

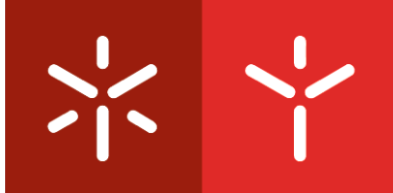


**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Flávio José Fernandes Oliveira

**A tutela plurifacetada dos bens jurídicos coletivos  
da Autonomia Punitiva do Direito do Penal à  
acessoriedade administrativa**





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Flávio José Fernandes Oliveira

**A tutela plurifacetada dos bens jurídicos coletivos  
da Autonomia Punitiva do Direito do Penal à  
acessoriedade administrativa**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado Direito Judiciário  
Direitos Processuais e da Organização Judiciária

Trabalho efetuado sob a orientação do  
**Professor Doutor Pedro Jacob Morais**

“...Há ocasiões que é mil vezes preferível fazer de menos que fazer de mais, entrega-se o assunto ao governo da sensibilidade, ela, melhor que a inteligência racional, saberá proceder segundo o que mais convenha à perfeição dos instantes seguintes.”

“...se antes de cada acto nosso, nos puséssemos a prever todas as consequências dele, a pensar nelas a sério, primeiro as imediatas, depois as prováveis, depois as possíveis, depois as imagináveis, não chegaríamos sequer a mover-nos de onde o primeiro pensamento nos tivesse feito parar.”

José Saramago

## DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

## DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações  
CC BY-NC-ND

## Gratulações

Um trabalho de mestrado é uma longa viagem, que inclui uma trajetória permeada por inúmeros desafios, tristezas, incertezas, alegrias e muitos percalços pelo caminho, mas apesar do processo solitário a que qualquer investigador está destinado, reúne contributos de várias pessoas, indispensáveis para encontrar o melhor rumo em cada momento da caminhada. Trilhar este caminho só foi possível com o apoio, energia e força de várias pessoas, a quem dedico especialmente este projeto de vida.

A primeira pessoa a quem incumbe um agradecimento é ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Jacob Morais, que sempre acreditou em mim, agradeço a orientação exemplar pautada por um elevado e rigoroso nível científico, um interesse permanente e fecundo, uma visão crítica e oportuna, um empenho incedível e saudavelmente exigente, os quais contribuíram para enriquecer, com grande dedicação, passo por passo, todas as etapas subjacentes ao trabalho realizado.

Sob o ponto de vista dos recursos institucionais, não posso deixar de agradecer a gentileza de determinadas instituições que contribuíram com a permissão de acesso a recursos bibliográficos fundamentais para esta investigação. É de louvar o empenho e dedicação da Biblioteca do Banco de Portugal de Lisboa, da Direção Geral de Polícia e Justiça, da Biblioteca de la Ciudad de Justicia de Cordoba e do Centro de Documentacion Judicial de San Sebastian.

Por fim, a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desta dissertação, o meu sincero agradecimento.

## Resumo

O tema “A tutela plurifacetada dos bens jurídicos coletivos - *da autonomia punitiva do direito penal à acessoriedade administrativa*” enquadra-se num estudo sobre os limites do *ius puniendi*, no quadro da moderna sociedade do risco.

O nosso objetivo primordial será estabelecer uma linha precisa entre o campo criminal e contraordenacional, no sentido de permitir aos aplicadores do direito, um melhor emprego da lei e conseqüentemente garantir um melhor exercício do sistema judicial no que concerne à proteção dos bens coletivos.

Primeiramente, teremos como desiderato delinear o conceito de bem jurídico coletivo, uma vez que foram as suas qualidades concretas que permitiram um tratamento legislativo diferenciado. Paralelamente a isso, exporemos a divergência doutrinal em torno das fronteiras entre o regime criminal e contraordenacional, e as implicações práticas de cada uma dessas teorias.

Aprofundando o tema introduziremos um elemento que no nosso entendimento tem sido esquecido por parte da dogmática jurídico-penal que é a conexão entre *sociedade e controlo de desvio comportamental*, trazendo à colação os estudos de sociologia jurídico-criminal.

De igual forma, com o anseio de apressar os contributos jurisdicionais serão apreciados devidamente os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia que minuciosamente têm arquitetado as bases do conceito de sanção jurídico-criminal.

Atendendo a todas as considerações, serão estabelecidos critérios objetivos que combaterão a discricionariedade e interpretações vagas e extensivas.

Não se pretenderá apressar uma solução imediata para o problema, mas alertar a comunidade científica para os perigos da instabilidade legislativa e incongruência jurisprudencial.

Além de tudo isto, e após uma análise profunda ao tema que aqui se tratará, conclui-se que a tutela plural de bens jurídicos nunca mereceu por parte da comunidade científica um estudo autónomo, aliás, a realidade da doutrina contraordenacional prende-se maioritariamente com as fronteiras exatas do conceito de contraordenação. Kostlin, no ano de 1845, aludia ao problema das contraordenações como a situação que levava os juristas ao desespero. De facto, passados 175 anos – o problema começa a aclarar-se, mas ainda assim não há uma resposta unívoca. Naturalmente que as fronteiras entre o campo criminal e contraordenacional são de enorme relevância, já que os estudos académicos e doutrinários que examinam minuciosamente o problema da conflitade entre os atos normativos contraordenacionais e criminais são diminutos.

Apesar de todo o esforço que fica sempre por acrescentar, acreditamos que este trabalho logre, de certo modo, auxiliar os aplicadores do direito, bem como os órgãos do poder legislativo, quando se debruçam sobre as áreas do direito substantivo contraordenacional e criminal. Evidenciamos que, por detrás, desta investigação encontra-se o desiderato de garantir um melhor funcionamento do sistema jurídico-penal, em especial no que concerne à tutela do bem jurídico coletivo, e ao estudo dos vários tipos de intervenção estadual.

Palavras-Chave: CONTRAORDENAÇÃO, CRIME, CONCURSO, FORMAS DE INTERVENÇÃO, BEM-JURICO,



## Plurifaceted protection of collective legal goods

The theme “The multi-faceted tutelage of collective legal assets - from the punitive autonomy of criminal law to administrative accessoriness” fits into a study of the limits of the *ius puniendi* within the framework of the modern society of risk.

Our overriding goal will be to draw a precise line between the criminal and the offense in order to enable law enforcers to better use the law and thus to ensure a better exercise of the judicial system as regards the protection of property, collective.

Firstly, we will aim to delineate the concept of collective legal asset, since it was its exact qualities that allowed a differentiated legislative treatment. In parallel to this, we will expose the doctrinal divergence around the boundaries between the criminal and counter-national regimes, and the practical implications of each of these theories.

Deepening the subject we will introduce an element that our understanding has been forgotten by the criminal-legal dogmatic which is the connection between society and behavioral deviance control, bringing to the forefront studies of criminal-legal sociology.

Similarly, with the desire to make the judicial contributions, due consideration will be given to the judgments of the Court of Justice of the European Union which have carefully laid the foundations for the concept of legal criminal sanction.

In the light of all considerations, objective criteria will be established that will combat discretion and vague and extensive interpretations.

It is not intended to present an immediate solution to the problem, but to alert the scientific community to the dangers of legislative instability and jurisprudential incongruity.

In addition to all this, and after a thorough analysis of the subject that will be dealt with here, it can be concluded that the plural tutelage of legal assets has never deserved an autonomous study by the scientific community. mostly with the exact boundaries of the concept of offense. Of course, the boundaries between the criminal and administrative offenses are of enormous relevance, since academic and doctrinal studies that thoroughly examine the problem of the conflict between counter-national and criminal normative acts are few.

Despite all the effort that remains to be added, we believe that this work is, to some extent, able to assist law enforcers as well as legislative bodies when addressing the areas of administrative offenses and criminal law. Of course, behind this investigation is the aim of ensuring a better functioning of the criminal-legal system, especially with regard to the protection of the collective legal good, and the study of the various types of state intervention.

## ÍNDICE

Modo de citar .....	12
Acrónimos e abreviaturas.....	13
Introdução .....	14

### Capítulo I

#### **Enquadramento Substancial e Histórico da Natureza do bem jurídico coletivo**

Enquadramento Substancial e Histórico da Natureza do bem jurídico coletivo.....	25
1. A natureza dos bens jurídicos coletivos no seio da mutabilidade do <i>ius puniendi</i> .....	25
2. A autonomia dos bens jurídicos coletivos face aos bens jurídicos individuais .....	35
3. Enquadramento histórico-sociológico do surgimento da tutela legislativa sobre o bem jurídico coletivo e as suas primeiras conflitualidades .....	40
3.1. As carências do Antigo Regime e os medos da sociedade moderna – a necessidade de Institucionalização dos Órgãos de Fiscalização Estadual e a carência de positivação penal.....	47
3.2. Do Iluminismo europeu à criação de um ordenamento Sancionatório em matéria de defesa de bens-jurídicos coletivos .....	54
3.3. Do surgimento de uma tutela criminal e contraordenacional à convergência entre ilícitos de diferente natureza – A questão da fluidez das fronteiras entre sanções penais e administrativas.....	65

5

### Capítulo II

#### **Subsídios epistemológicos sobre o conceito de contraordenação**

1.Premissa metodológica .....	76
1.1. A definição de sanção em geral e a especificidade da noção de sanção contraordenacional .....	76
1.2. Delimitação do conceito de sanção jurídica contraordenacional .....	77
1.3.Sanção Criminal e Sanção Contraordenacional.....	80
2.2.1 Critérios materiais qualitativos .....	82
2.2.2. Critérios materiais quantitativos .....	855
2..2.3 Critérios ecléticos .....	86

## ÍNDICE

Modo de citar .....	12
Acrónimos e abreviaturas.....	13
Introdução .....	14

### Capítulo I

#### **Enquadramento Substancial e Histórico da Natureza do bem jurídico coletivo**

Enquadramento Substancial e Histórico da Natureza do bem jurídico coletivo.....	25
1. A natureza dos bens jurídicos coletivos no seio da mutabilidade do <i>ius puniendi</i> .....	25
2. A autonomia dos bens jurídicos coletivos face aos bens jurídicos individuais .....	35
3. Enquadramento histórico-sociológico do surgimento da tutela legislativa sobre o bem jurídico coletivo e as suas primeiras conflitualidades .....	40
3.1. As carências do Antigo Regime e os medos da sociedade moderna – a necessidade de Institucionalização dos Órgãos de Fiscalização Estadual e a carência de positivação penal.....	47
3.2. Do Iluminismo europeu à criação de um ordenamento Sancionatório em matéria de defesa de bens-jurídicos coletivos .....	54
3.3. Do surgimento de uma tutela criminal e contraordenacional à convergência entre ilícitos de diferente natureza – A questão da fluidez das fronteiras entre sanções penais e administrativas.....	65

5

### Capítulo II

#### **Subsídios epistemológicos sobre o conceito de contraordenação**

1.Premissa metodológica .....	76
1.1. A definição de sanção em geral e a especificidade da noção de sanção contraordenacional .....	76
1.2. Delimitação do conceito de sanção jurídica contraordenacional .....	77
1.3.Sanção Criminal e Sanção Contraordenacional.....	80
2.2.1 Critérios materiais qualitativos .....	82
2.2.2. Critérios materiais quantitativos .....	855
2..2.3 Critérios ecléticos .....	86

### Capítulo III

#### O estado atual da (hiper)proteção do bem jurídico coletivo no ordenamento jurídico português em particular os casos de concurso aparente de normas

Enquadramento introdutório.....	89
a) O crime do artigo 281.º n.º 1 do Código Penal (Perigo relativo a animais e vegetais) e as incompatibilidades com o Dec. Lei. N.º 161/2003, e com o Dec. Lei N.º 289/99 – a ineficácia do art. 26.º do RGIAE.....	93
b) O crime de abuso e simulação de sinais de perigo (art. 306.º CP) e alínea n.º 3 do art.64 do Código da Estrada.....	99
b) O crime de dano contra a natureza (art.278.º do CP) e a contraordenação presente no art. 22.º da <i>Lei da Conservação dos Habitats Naturais</i> e os art. 43.º e 43 do RJCN .....	102
c) O crime de Violação de Regras Urbanísticas presente do art. 278 – A do CP e o art. 37.º do RJREN e 39.º do RJRAN.....	108

### Capítulo IV

#### A queda do princípio da subsidiariedade à luz do art 20.º do RGCO

1. Os impactos na Dogmática Jurídico-penal .....	115
2. Do surgimento de Antinomias normativas.....	117
3. A vulnerabilidade do princípio “ <i>ne bis in idem</i> ”.....	1199
4. As consequências no princípio da legalidade criminal .....	123
5. Limites à liberdade de conformação legislativa – a responsabilidade do legislador pela violação do princípio da legalidade criminal .....	132

### Capítulo V

#### A queda do princípio da subsidiariedade à luz do art 20.º do RGCO

A queda do princípio da subsidiariedade à luz do art 20.º do RGCO.....	140
1. As coordenadas ideológicas do princípio da <i>ultima ratio</i> .....	140
2. O princípio da proporcionalidade como eixo de equilíbrio da subsidiariedade do direito penal.....	143
2. As contraordenações como “ <i>prima ratio</i> ”.....	146
2.1. A sujeição do art. 20.º do RGCO às imposições do princípio constitucional da proporcionalidade.....	148
2.2.2 O princípio da prevalência da lei mais favorável no caso de criminalização de uma conduta contraordenacional preexistente – uma analogia necessária ao problema do concurso de normas criminais e contraordenacionais.....	151

Conclusão Preliminar do Capítulo .....	156
--	-----

## **Capítulo VI**

### **O concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais**

O concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais .....	158
1. Breve enquadramento do concurso de normas.....	158
2. O princípio da consunção como mecanismo de resolução do concurso aparente de normas.....	160
1. Apreciação crítica do princípio da consunção legislativa do art. 20.º do Regime Geral das Contraordenações .....	162
CONCLUSÃO .....	167
BIBLIOGRAFIA .....	174

## MODO DE CITAR

As obras citadas pela primeira vez são referidas pelo nome do autor (maiúsculas pequenas), título, número da edição ou reimpressão (se aplicável), volume (se aplicável), local de publicação, editora, ano e páginas. Nas posteriores referências apenas se faz menção ao nome do autor, obra e às páginas, sendo que a obra citada será identificada “op.cit.”. E, quando se faz referência a mais do que uma obra do mesmo autor, nas posteriores referências à primeira citação, a obra será identificada com as primeiras palavras do título.

Os capítulos e artigos citados de livros ou revistas são referidos pelo nome do autor maiúsculas pequenas), título do artigo/livro, nome do organizador (se aplicável), número da edição (se aplicável), volume (se aplicável), local da publicação, editora, ano e páginas. As citações de jurisprudência são feitas através da indicação do tribunal, data e local da publicação ou sítio da Internet onde se encontra disponível.

Na bibliografia, as obras são referidas pelo apelido do autor (maiúsculas), nome do autor, título de livro, número da edição ou reimpressão (se aplicável), volume (se aplicável), cidade, editora, ano. Os capítulos e artigos citados de livros ou revistas são referidos pelo apelido do autor (maiúsculas), nome do autor, título do artigo/livro, nome do organizador (se aplicável), número da edição (se aplicável), volume (se aplicável), local da publicação, editora, ano, primeira e a última página. A ordenação das obras do mesmo autor assenta num critério cronológico.

As transcrições são efetuadas na língua portuguesa.

## ACRÓNIMOS E ABREVIATURAS

art. - artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Cfr. - conforme

Cit. – citado

CP – Código Penal

CPP – Código de processo penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Dec. – Decreto

DGV – Direção Geral de Veterinária

DL – Decreto-lei

EU – União Europeia

FAO - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura

IGSFGA - Inspeção-geral dos Serviços de Fiscalização dos Géneros Alimentícios

LCNH – Lei da Conservação dos Habitats Naturais

N.º - número

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – Página

profess. – Professor

RAN – Reserva Agrícola Nacional

REN – Reserva Ecológica Nacional

RGCO – Regime Geral das Contra-ordenações

RJCN – Regime jurídico da conservação da natureza

RJIAE – Regime Jurídico das Infrações Antieconómicas

RJРАН – Regime jurídico da reserva agrícola nacional

RJREN - Regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional

s.l. – sem local

s.n. – sine nomime (sem editora)

ss. – seguintes

StGb. – Strafgesetzbuchm / código penal alemão

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

## INTRODUÇÃO

No Direito Penal, a proteção de interesses coletivos emergiu de um conjunto de alterações sociais e comportamentais com consequências diretas na esfera do princípio do livre desenvolvimento da personalidade humana.<sup>1</sup>

Perante tal situação, a dogmática jurídico penal não tardou em criar áreas bastante dissonantes no que concerne à conceção de novas áreas punitivas e consequentemente à amplitude, dimensão e objeto do bem jurídico (penal).

Quando nos debruçarmos sobre o campo de tutela do Estado de Direito, falamos em particular de um sistema punitivo penal. Este é, aliás, o primeiro aliado na proteção de bens jurídicos. Porém, as concretas particularidades destes bens (que desestruturam a teoria do ilícito criminal em todas os seus pressupostos objetivos<sup>2</sup>), exigem uma reação nova ou paralela em determinadas situações, surgindo entre nós outras figuras, entre as quais particular destaque para a contraordenação.

---

<sup>1</sup> Pedro Pais de Vasconcelos explica que “ A ideia do desenvolvimento da personalidade é permitir que a pessoa se desenvolva naquilo que é, naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser; significa, portanto, o respeito pelas escolhas de cada ser humano para a própria formação durante toda a vida como forma de preservar suas ínsitas individualidade e dignidade.” VASCONCELOS, Pedro Manuel de Melo Pais de. *Direito da personalidade – relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil*, Lisboa, Faculdade de Direito, 2006, p. 92.

Entre vários direitos deve-se observar com particular destaque o direito ao ambiente, a propósito Gomes Canotilho e Vital Moreira frisam que “a compreensão antropocêntrica do ambiente justifica a consagração do direito ao ambiente como um direito constitucional fundamental (...)” e continua o autor “o direito ao ambiente é desde logo um direito à abstenção por parte do Estado e de terceiros, de ações ambientalmente nocivas (...) Por outro lado trata-se de um direito positivo a uma ação do estado (art. 66-2.º da CRP), no sentido de defender o ambiente e de controlar ações poluidoras deste, impondo-lhe as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

No mesmo sentido Taipa de Carvalho esclareceu que a missão (função) principal do Direito Penal, *a latere* de constituir um sistema de tutela do indivíduo frente a agressões de outros indivíduos e assim, frente à intervenção estatal, é de proteger “os bens jurídicos” mais fundamentais da pessoa para possibilitar o desenvolvimento da sua personalidade e realização ética assim como a vida em comunidade” TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino, *Condicionalidade sócio-cultural do direito penal- Análise histórica. Sentido e limites*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. Separata N.º especial: Estudos Em Homenagem Aos Profes. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz (1985), p. 5-113.

Note-se o papel densificador da jurisprudência em matéria de defesa de direitos de personalidade, em especial no acórdão do STJ de 07.04.2011, relatado pelo Juiz Conselheiro Lopes do Rego da 7.ª secção no âmbito do processo 117/13.1TBMLG.G1.S1: “constituem a última linha de defesa daquele direito fundamental de personalidade, sempre que o mesmo não tenha sido devidamente acutelado pela atividade regulamentar ou de polícia da administração, em nada obstando à tutela prioritária do direito fundamental lesado a mera circunstância de ter ocorrido licenciamento administrativo da atividade lesiva ou os níveis de ruído – era de ruído que, no caso, se tratava – pericialmente verificados não ultrapassarem os padrões técnicos regulamentarmente definidos”.

<sup>2</sup> Para um estudo aprofundado sobre os critérios de imputação em matéria contraordenacional vide: COELHO, Joana Sofia Bento, *Critérios de imputação do facto à pessoa coletiva nas contraordenações bancárias*, Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito da Escola de Lisboa, março 2017.



Partindo destes postulados, a legitimidade interventiva do direito penal e do próprio *ius puniendi* como concebido *ab initio* é uma das primeiras incertezas. Importa sublinhar igualmente que as respostas teóricas que são criadas incluem uma nova forma de conceção do conceito do direito penal e uma reestruturação da própria principiologia basilar. Na realidade, todo o trabalho de construção de um conjunto de princípios penais (princípio da ofensividade, legalidade criminal, proporcionalidade, culpabilidade, subsidiariedade interventiva, dignidade jurídico-penal) originado a partir da necessidade de se impor limites à repressão estadual, fez nascer um sistema de garantias aos cidadãos, orientado por critérios de racionalidade jurídico-penal e assim delimitador do núcleo central do direito penal.

A inquietação sobre a utilização desmesurada dos recursos penais não é novidade, já no acórdão do TC n.º 634/83 frisou-se que o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. A limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva.”<sup>3</sup>

Não basta, porém, a afirmação da necessidade de pena a partir de um julgamento empírico. Na verdade, seguindo a lição de Maria Fernanda Palma<sup>4</sup>, é necessário sempre, ter em conta a discussão sobre as conceções valorativas da necessidade da pena e relacioná-la diretamente com o conteúdo material do crime. Além disso, a autora supra aludida, alerta-nos que o conceito de “*necessidade*” é um conceito multifacetado, com uma base valorativa e outra empírica. Relativamente à base valorativa, só é necessário o direito Penal justificado pela realização das condições essenciais do Estado de Direito democrático. Na sua base empírica, a necessidade exige que a verificação de tais condições assente num juízo casuístico. Consequentemente, como nos elucida a referida autora, a constatação de uma solução alternativa ao Direito Penal enfraquece o juízo de obrigatoriedade de incriminações.

De certo modo, compreende-se que o direito penal não possa transformar-se em suporte para todas as “mazelas” sociais, uma vez que lhe incumbe proteger um conjunto de valores que

---

<sup>3</sup> No mesmo entendimento Figueiredo Dias sustenta que o critério da necessidade ou da carência de pena está ao dispor do legislador, só podendo ser jurídico-constitucionalmente sindicado em «casos gritantes» FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *O 'Direito Penal do Bem Jurídico' como princípio jurídico-constitucional*, In: XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa. - Coimbra: Coimbra Editora, 2009. - p. 45.

<sup>4</sup> FERNANDA PALMA, Maria, *Direito Penal Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2006, p.54.

fundam historicamente um mínimo ético. De acordo com José de Faria Costa<sup>5</sup>, este mínimo ético, seriam “valores com funções garantidoras de valores jurídicos de relevância ético-social”.

Ora, esta proteção coletiva de valores supra-individuais, levanta um conjunto de interrogações, as quais pretendemos expor minuciosamente, entre elas destacam-se as suas características substanciais, e as várias alternativas de intervenção social como sejam os instrumentos de *soft law* e o próprio direito penal.

Assim gizado, esse panorama leva a que à ação política, no intuito de amenizar e controlar tais efeitos, recorra a diversos instrumentos, entre eles a tipificação penal e a contraordenação. Na verdade, como refere Costa Andrade<sup>6</sup>, “saber se um dado perigo pode ser suficientemente prevenido através de sanções civis ou de ordenação social ou se, pelo contrário, reclama a *ultima ratio*, que são as reações criminais, eis uma questão onde não podem esperar-se respostas unívocas nem soluções vinculadas.”.

É certo que a falta de ponderação na composição de preceitos normativos conduz-nos à incerteza na seleção do caminho a delinear quando ocorram verdadeiras violações àqueles bens<sup>7</sup>. Observámos, porém, que a sociedade reconhece a premência de salvaguardar esses “bens”. Nestes marcos, insta à doutrina criar critérios uniformizadores que permitam solucionar as dúvidas institucionais e dar cumprimento aos preceitos constitucionais.

Por um lado, somos da opinião de que o reconhecimento de um meio distinto de tutela para este tipo de bens impõe uma fundamentação de fundo, mas por outro, julgamos não ser suficientes os meros pressupostos doutrinários de distinção da contraordenação face à figura do crime associados à ilicitude (vulgarmente conhecidos como critérios materiais qualitativos ou quantitativos), porque persistem problemas de sobreposição legislativa, que põe em causa todas

---

<sup>5</sup> FARIA COSTA, José de. (coord.) *Temas de Direito Penal Económico*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005 p. 48.

No mesmo sentido CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e Direito de mera ordenação social* in *Direito Penal Económico Europeu – Textos Doutrinários – Vol. I – Problemas Gerais*, Coimbra Editora, 1998 - “Simplesmente se esse “mínimo ético” deve ser, como acentuamos depurado de todo o dogmatismo moral, o seu âmbito pode, por outro lado, ser enriquecido co a descoberta de novos valores incarnados na prossecução de certos interesses sociais.”

<sup>6</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*, in *Revista de Direito e Economia*, anos 6-7 (1980-81) (republicado em *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, vol I, Coimbra Editora, 1998) pág. 118.

<sup>7</sup> Costa Andrade explica-nos que “Quem sanciona um facto como ilícito contraordenacional e o trata ao mesmo tempo como ilícito criminal não deixa de violar o disposto no art. 18-2 da Constituição da República Portuguesa, incorrendo por vias disso em inconstitucionalidade material.” COSTA ANDRADE, *O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza de um acórdão do tribunal constitucional- Tribunal Constitucional Acórdão do Tribunal Constitucional n.º54704 – processo 640/03*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra : Gestlegal ano 134, p.122.

a legitimidade das teorias que foram concebidas na construção das margens de separação entre o ilícito criminal e contraordenacional.

Ainda que pouco se tenha avançado na compreensão da matéria, procuraremos demonstrar que no sistema jurídico português coexistem atos normativos contraordenacionais e criminais que se traduzem num verdadeiro conflito normativo ou com maior precisão num *antinomismo normativo* sobre o mesmo facto jurídico. Na verdade, não podemos conceber campos de discricionariedade punitiva, derivados de sobreposição de regimes, uma vez que o Direito Penal é a forma mais gravosa de intervenção na esfera das liberdades fundamentais, e neste sentido para que aquele ramo do direito seja um instrumento legítimo, numa sociedade democrática, é necessário que esteja vinculado às limitações impostas pelo legislador constitucional. A pluralidade de situações duvidosas leva a que o legislador frequentemente adote conceitos flexíveis (vulgarmente designados tipos penais em branco), deixando em aberto os limites concretos do princípio da legalidade criminal. Neste sentido, Pozuelo Perez<sup>8</sup> esclarece-nos que o principal problema sobre a tutela de bens jurídicos coletivos não reside em saber se a lei penal deve intervir ou não em determinadas matérias, mas no modo como o faz.

Relembre-se ainda que são precisamente as particularidades deste tipo de bens-jurídicos que permitem uma atuação especializada do Estado de Direito – preventiva, intergeracional e onde os padrões de prevenção individual assumem uma nova dimensão e propósito, cada vez mais latos e multifacetados. De certo modo, pode-se afirmar que foi o aumento de determinados padrões comportamentais, particularmente o alargamento de atividades com riscos e dimensões incontornáveis para a vida em comunidade, a vulnerabilidade dos sistemas financeiros, o aumento da concorrência desleal, a liberalização descontrolada das fronteiras internacionais, o consumo massificado, que anteriormente eram de formação lenta e controlados facilmente no espaço e no tempo, que impuseram uma nova cautela individual.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> POZUELO PÉREZ, Laura *De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de sus planteamientos críticos*, in *El funcionalismo en Derecho Penal*, Libro en Homenaje al professor Gunther Jakobs, Tomo II Universidad Externado de Colombia p.119. 2003.

<sup>9</sup> Para maiores desenvolvimentos, com particular destaque para a sociedade do risco, vide “SANCHEZ, Jesus Maria Silva, *La expansión del derecho Penal*, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, 2.ª ed. revisada y ampliada, Madrid: Civitas, 2001. Confira-se ainda os estudos sociológicos de Zygmunt Bauman “A antiga ordem fundada na estreita associação, no entrelaçamento ou combinação (ou na virtual unidade) de território, Estado e nação, e no poder amarrado em aparência para sempre, à política do Estado-nação territorial como seu único organismo operacional – a ordem recentemente encarada e utilizada como princípio da distribuição planetária da soberania e sua imperturbável fundação – está à morte, BAUMAN, Zygmunt, *44 Cartas do mundo líquido moderno*, Rio de Janeiro : Zahar, 2011. Também veja-se “Os medos não têm raiz. Essa característica líquida do medo faz com que ele seja explorado política e comercialmente. Os políticos e os vendedores de bens de consumo acabam transformando esse aspecto num mercado lucrativo. O comum é tentar reagir, fazer alguma coisa, buscar desvendar as causas

Observe-se, do mesmo modo, que as implicações que o mundo económico transporta, inclusivamente a ponderação das consequências na esfera da vida humana, dispersam incessantes preocupações normativas que passam, na maioria das vezes, pela inquietude que as ciências modernas<sup>10</sup> e as diretrizes comunitárias lançam sobre as assembleias parlamentares. Todo o clima de incerteza conduz ao questionamento de valores, medidas e formas de atuação que frequentemente se assumem como diretrizes comportamentais implicadas num sistema economicista. No decorrer disto, insta determinar se estes novos problemas<sup>11</sup> sociais serão “efetivamente” resolvidos com o expansionismo legislativo,<sup>12</sup> com o depósito de poderes autónomos em entidades administrativas independentes, ou com a criminalização de determinadas condutas. Ademais, o decurso do tempo tem demonstrado que as políticas legislativas adotadas, frequentemente, não assumem a ressonância social inicialmente determinada. Além do elencado, nota-se uma falta de estruturas (institucionais e formadoras de conhecimentos) e de recursos humanos que permitam o cumprimento de todos os objetivos delineados.

Nos tribunais, o problema reflete-se de uma forma inquietante. Isto explica-se porque a jurisprudência dos Tribunais portugueses e internacionais<sup>13</sup> tem demonstrado uma enorme preocupação com as fronteiras exatas das contraordenações, interrogando para o efeito onde começa o campo criminal, e de que forma é feita a distinção destes dois institutos e qual é a argumentação que preside a ambos. Como bem, frisou o Conselho Consultivo da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa<sup>14</sup> “e, sempre nos fica a dúvida sobre a necessidade de criação destes tipos de crime, face a um leque amplo de contraordenações, tanto mais que o risco presumido a que ali se atende se aparenta claramente com o substrato das transgressões e das contraordenações.” Na maioria dos

---

da ansiedade e lutar contra as ameaças invisíveis. Isso é conveniente do ponto de vista político ou comercial. Tal atitude não vai curar a ansiedade, mas alimentar essa indústria do medo. Adquirir bens para obter segurança só alivia uma parte da tensão e mesmo assim, por um breve tempo.” BAUMAN, Zygmunt, *Capitalismo parasitário*, Rio de Janeiro : Zahar, p.74, 2010.

<sup>10</sup> Entre várias áreas investigatórias particular destaque para ecologia social, a biologia alimentar, a tecnologia nuclear, a criminologia, a engenharia rodoviária).

<sup>11</sup> A panóplia de áreas abrangentes de intervenção contraordenacional é tanta que não é possível, de *per se*, circunscrever um problema social. Para uma melhor elucidação destacamos os riscos da industrialização, a proliferação de comportamentos económicos abusivos, o consumo descontrolado e massificado de bens e serviços, o excesso da liberdade concorrencial, a ocupação excessiva de espaços protegidos pela lei, o controlo de trafego rodoviário.

<sup>12</sup> Neste sentido vide Laure Gauthier-lescoup, explica-nos que “As causas do fenómeno são conhecidas. São geralmente estigmatizadas, a multiplicação das fontes do direito ligado ao desenvolvimento do direito internacional e do direito comunitário bem como a “intemperança normativa” dos poderes públicos agravada sob a pressão da mídia, de milhares de profissionais e de uma opinião pública impregnada de uma forte crença nas virtudes da lei.” GAUTHIER-LESCOUP, Laure. *Une résolution du parlement pour lutter contre l’inflation normative*. In : Revue du droit publique et de la science politique en France et à l’étranger, tome cent vingt-trois. N. 1 de 2007, p. 113, [tradução nossa].

<sup>13</sup> Entre outros veja: Caso Sergueï zolotoukhine c. rusia (*Processo 14939/03*) Estrasburgo, 10 de fevereiro de 2009).

<sup>14</sup> Parecer do Conselho Consultivo da PGR, N.º Convencional: PGRP00001112, SOUTO DE MOURA.

casos em apreciação nas cortes jurisdicionais internacionais<sup>15</sup>, o principal problema reside no sentido sancionatório atribuído a cada meio reativo concreto. Até agora, a solução hipotética, tem sido construída de uma maneira divergente, inclusive, pode-se dizer que a própria jurisprudência europeia tem sido instável. Na maioria das vezes, é necessário encontrar os pontos uniformes entre as várias teorias, e apreender o sentido sancionatório inerente a uma conduta. Estritamente relacionado com o dilema da construção do sentido sancionatório dual, Vânia Ramos<sup>16</sup> refere, precisamente quando nos deparamos com uma constelação de cúmulo de ações, o cúmulo de qualificações ganha proporções absurdas, tanto quanto à desproporcionalidade das sanções, como quanto à proteção do indivíduo, na sua própria segurança jurídica.

Segundo pensamos, não basta a consagração constitucional de bens jurídicos<sup>17</sup> penalmente dignos de tutela, é ainda necessário, para que seja legitimada a intervenção criminalizadora do legislador, que a lesão ao bem seja suscetível de provocar verdadeiros danos sociais. Na expressão de Figueiredo Dias, é necessário que a conduta a criminalizar abarque “lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais da livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem.”<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Vide Processo Jamil v. França do TEDH, Sentença 15917/89 de 8 de junho de 1995 - O Tribunal recorda que a qualificação da "penalidade" contida no artigo 7.1 tem um escopo autónomo. Para efetivar a proteção oferecida por essa disposição, o Tribunal deve ser livre para ir além das aparências e avaliar a si próprio se uma determinada medida é finalmente traduzida em "penalidade". Investigará se a medida foi imposta como resultado de uma condenação por uma "infração" e também levará em consideração a qualificação no direito interno da medida, sua natureza, seu objetivo, os procedimentos relacionados à sua adoção e execução e sua seriedade.

De igual relevância no Caso Franz Fischer v. Áustria (número de processo 37950/97) O Tribunal observou que não era contrária ao artigo 4 do Protocolo n.º 7, se um único ato constituiu mais do que uma ofensa. Este foi um comum recurso ao direito penal de muitos países europeus. No entanto, também foi aceito na doutrina direito penal que, por vezes, um único ato só apareceu para constituir mais do que uma ofensa, ao passo que a interpretação mostrou que um crime totalmente coberto o erro contido no outro modo que não havia necessidade de mais punição. Assim, o artigo 4 do Protocolo n.º 7 proibiu o julgamento e punição de alguém para crimes diferentes se a interpretação mostrou que um excluiu a aplicação do outro. Quando, como no presente caso, a lei previa explicitamente que um crime não foi controlado para outro, ele teve que ser guiado pelo artigo 4 do Protocolo.

<sup>16</sup> RAMOS, Vânia Costa. (2009) *Ne bis in idem* e União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora p.27

<sup>17</sup> Há autores que entendem que o simples reconhecimento constitucional de um bem não é condição legitimadora de intervenção penal. Neste sentido vide MIR PUIG, Santiago: «*Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Ius puniendi"*». Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV, Cursos e Congresos n.º 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-731-9, p. 210 - 1991; SILVA SANCHEZ, Jesús M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 273 a 275; CARO CORIA, Dino, *El Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima, 1999, p. 46 y ss.; RODRÍGUEZ SANABRIA, *El bien jurídico penal: límite del ius puniendi estatal basado en el ser humano*, p. 18. MATEU, Juan C. Carbonell, *Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*, en Arroyo Zapatero, Luis A. - Berdugo Gomez de La Torre, Ignacio (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p. 134.

<sup>18</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. «*O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal*», Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, pp. 806-807.

Com esta investigação, procurar-se-á demonstrar o impacto que o bem jurídico (coletivo) e as suas particularidades concretas sobre os meios reativos estaduais, em especial no que concerne aos meios jurisdicionais e administrativos. Assim, partindo da análise da concreta natureza sancionatória de determinadas contraordenações, procuraremos examinar se existe uma verdadeira dualidade punitiva, complementar ou coexistente. De igual forma, pretende-se averiguar de que modo a existência de uma dualidade punitiva é respeitadora dos princípios da legalidade criminal e do *ne bis in idem*. Note-se que, o nosso Tribunal Constitucional<sup>19</sup> já teve oportunidade de se pronunciar, no sentido de que “o princípio *ne bis in idem* consagrado no n.º 5 do artigo 32.º da Constituição, pode ter aplicação, por analogia, em hipóteses de concurso de crimes e contraordenações, quando os bens jurídicos tutelados pelas respetivas normas sejam idênticos.”

Além de tudo já elencado, procuraremos, com precisão, apurar quem define e baliza o meio reativo estadual, uma vez que por força do art. 38.º n.º 1 do DL 438/82 a autoridade judiciária possui a decisão final, mas se a decisão não for a recurso *lato sensu* (cfr. art.40.º n.º 1 do DL 433/82) a opção do órgão administrativo permanece intocável<sup>20</sup>. Assim, verificamos no ordenamento jurídico português, situações de contraordenações muito graves, que se (eventualmente) fossem superintendidas pelo Ministério Público assumiriam a forma de verdadeiros crimes. De facto, o poder de independência decisório da autoridade administrativa e a conformação da vontade do arguido nesse procedimento, implicam perigos e riscos na aplicação das sanções<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Acórdão n.º 244/99/T. Const. — Processo n.º 234/97, DR, II Série de 12-07-1999, p. 10073.

<sup>20</sup> A seu tempo, veremos o impacto da acessoriedade administrativa na interpretação normativa.

<sup>21</sup> Nuno Brandão, explica-nos “Como é por demais sabido, a atribuição de competência decisória à administração é uma das marcas-de-água do sistema contra-ordenacional, no que vai implicada uma desjudicialização do processamento das contra-ordenações. Esta característica essencial do direito de mera ordenação social constituiu uma das razões da sua criação e contribuiu decisivamente para o seu franco desenvolvimento<sup>5</sup>. Característica que foi, inclusivamente, acolhida pela nossa Constituição, como denota o n.º 3 do artigo 37.º da Lei Fundamental” BRANDÃO, Nuno *O controlo judicial da decisão administrativa condenatória manifestamente infundada no processo contra-ordenacional*, Boletim da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra 94/1 pp. 309-332 (2018).

Sob a base do exposto anteriormente, o problema tem sido objeto de várias inquietudes jurisdicionais devido à duplicação de processos sancionatórios de carácter penal<sup>22</sup>, em concreto na aplicação do Protocolo n. 7.º da CEDH<sup>23</sup> e do art. 50.º da CDFUE. Na realidade, quando se cumulam processos ou sanções relativas a ações idênticas, instruídas por órgãos jurisdicionais do ordenamento penal, a aplicação do princípio *ne bis in idem*<sup>24</sup> não suscita grandes dificuldades. Contudo, existem regras de natureza repressiva que os legisladores nacionais podem configurar como sendo de direito administrativo sancionatório, e não de direito penal, para evitar a aplicação das salvaguardas e das garantias próprias dos processos penais.

Em boa verdade, observe-se que, neste último caso, existe um problema relacionado com a relação e coexistência entre sanções (porventura sobrepostas) que tutelam um mesmo facto jurídico e que provêm de entidades e poderes estaduais distintos. Porém, os conflitos do *ne bis in idem* são um problema jurídico que se coloca numa fase *a posteriori*, em que a aplicação do direito aos factos já está concretizada. Todavia, todo o arquétipo investigatório que aqui se encetará pretende analisar o momento de qualificação da infração<sup>25</sup>, a partir da análise das razões de facto e de direito que sustentam e modelam as escolhas dos organismos estaduais. Ainda assim, como veremos, há quem defenda que o princípio do *ne bis in idem* impõe limitações ao princípio da legalidade criminal, no que concerne precisamente ao seu conteúdo e à sua exequibilidade legal. Segundo pensamos, não restam

---

<sup>22</sup> Vide a título exemplificativo o caso Ponsetti e Chesnel v. France (dezembro), numero processual 36855/97 e 41731/98, ECHR 1999-VI), o Tribunal considerou que a imposição de uma multa fiscal pelas autoridades fiscais e punição criminal por um tribunal penal não violou a regra *double jeopardy* previsto no artigo 4 do Protocolo.

Por seu turno no Acórdão Goktain O TEDH afirmou que o requerente realmente confunde o julgamento e a decisão do tribunal penal que detido depois de sua prisão para que ele executa posteriormente a coima administrativa. É nosso entendimento que assumindo-se o Direito Contraordenacional como elemento integrante do Direito Sancionatório Público, não faz sentido criar campos de autonomia punitiva, facultando-se a dupla punição.

Em Portugal destaque-se o acórdão do TC 244/99 “o Direito de mera ordenação social é um ramo de direito sancionatório publico, com uma conexão entre o direito penal e processo penal”.

<sup>23</sup> artigo 4 do Protocolo o 7, que, na parte relevante, dispõe: “1. Ninguém pode ser processado criminalmente ou punidos pelos tribunais do mesmo Estado para uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença transitada em conformidade com a lei eo processo penal desse Estado.

<sup>24</sup> Note-se que historicamente os gregos e os romanos já possuíam este princípio “bis de eadem re ne sit actio, a proibição da dupla punição da mesma pessoa pela prática do mesmo delito. Para uma visão mais detalhada e abrangente das origens históricas do *ne bis in idem*, veja-se, na doutrina nacional, COSTA RAMOS, V. *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. Na doutrina francesa, LELIEUR- FISCHER, J. *La règle ne bis in idem: du principe de l’ autorité de la chose jugée au principe d’ unicité de l’ action répressive: étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, tese de doutoramento, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2005.

<sup>25</sup> Na verdade, o problema da sobreposição legislativa como veremos mais à frente coloca-se quer no procedimento contraordenacional administrativo. Na realidade as áreas de sobreposição legislativa em matéria criminal e contraordenacional são crimes públicos, o que quer dizer que havendo um crime de carater público competiria ao MP a abertura de inquérito criminal e a prossecução do mesmo. Mas, é certo que o problema também se coloca na ótica das entidades administrativas, pois as mesmas vêem-se confrontadas com a necessidade de garantir a vigência e eficácia dos seus próprios sistemas normativos.

dúvidas que uma exata delimitação dos pressupostos legais, principalmente nas áreas de frágil conflitu, iria dissipar bastantes incertezas interpretativas. Em boa verdade, a necessidade de precisão na definição da natureza em que se enquadra uma determinada infração é de extrema relevância, uma vez que estão em causa, na maioria destas disposições, atuações preventivas, e sendo estas restritoras dos direitos fundamentais sem um juízo inteiramente genuíno (nomeadamente sob se ocorre uma verdadeira lesão de um bem jurídico ou a um bem-administrativo<sup>26</sup>, se a culpa<sup>27</sup> apresenda uma censura ética endereçada à personalidade do agente, bem como a delimitação dos fundamentos<sup>28</sup> na qual se baseia a consequência sancionatória expiatória ou se existe apenas uma exortação de dever) deve-se exigir um cuidado e atenção particular na atividade legislativa. Ora, é precisamente esta premência que no início do século XX conduziu Rudolph Kukula<sup>29</sup> (penalista austriaco), a defender a posição de que se não existir uma clara separação entre o direito penal e contraordenacional a compreensão das finalidades relacionadas com a falta de um imperativo moral kantiano, em particular a compensação do mal causado pelo crime e pelo mal feito ao autor ou se existe apenas a necessidade de respeitar a manutenção da vigência de uma norma ordenacional, está largamente comprometida.

Consideramos não ser arriscado afirmar que as consequências de uma errada ponderação do meio reativo são sempre preocupantes<sup>30</sup>. Neste último sentido, Orlando Nascimento<sup>31</sup> reconheceu que em determinadas situações, “para além de não se vislumbrar valores sociais a proteger, com a manutenção de dois níveis de ilícitos, a duplicação da atividade sancionatória, para além de dispendiosa, dificulta a sua interligação e pode até neutralizar qualquer uma delas ou mesmo as duas.”

---

<sup>26</sup> SHMIDT, Eberhard, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht : Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950 p.20.

<sup>27</sup> SHMIDT, Eberhard, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht : Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950 p.51.

<sup>28</sup> SHMIDT, Eberhard, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht : Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950 p.46.

<sup>29</sup> R. Kukula, *Der Verwaltungszwang - Eine Kritische Studie des sogenannten Verwaltungsstrafrechtes*, Viena 1918, p. 97, também citado em M. Zimmerman, Art. 72, p. 35.

<sup>30</sup> “consagrado a partir de 1979, o ilícito de mera ordenação social tem vindo a assumir uma importância antes dificilmente imaginável. Com efeito, a par do programa de descriminalização desde então gizado, com a inerente transformação em contraordenações de muitas infrações anteriormente qualificadas como contravenções ou como crimes, regista-se um crescente movimento de neopunição, com o alargamento notável das áreas de atividade que agora são objeto de ilícito de mera ordenação social” – cfr. preâmbulo do Decreto Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro que alterou o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro

<sup>31</sup> NASCIMENTO, Orlando Santos, Discurso de abertura do presidente do tribunal da relação de Lisboa, no âmbito da - Conferência organizada pelo Centro de Estudos Judiciários - *A Reforma do Direito das Contraordenações* – II Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 2018, Santarém.



Aprofundando o tema, a necessidade de precisões conceituais foi salientada por Jorge de Figueiredo Dias<sup>32</sup> apontando que cada vez mais há uma fragilidade do princípio da legalidade: “não pode esperar-se que a norma cumpra a sua função motivadora do comportamento da generalidade dos cidadãos — seja na sua vertente negativa de intimidação, seja sobretudo na sua vertente positiva de estabilização das expectativas — se aqueles não puderem saber, através de lei anterior, estrita e certa, por onde passa a fronteira que separa os comportamentos criminalmente puníveis dos não puníveis”. Na explanação deste raciocínio, Figueiredo Dias explica que “por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso, sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos”<sup>33</sup>. No mesmo sentido, Ernst Mayer<sup>34</sup> realça que “a rigorosa delimitação do tipo, que pretende significar univocamente quais ações são puníveis e a fixação de um mínimo e um máximo, que deixa a individualização da pena muitas possibilidades, imprimem o selo do direito penal da nossa época.”

É evidente que as consequências de uma sobreposição normativa afetam a estabilidade do sistema jurídico-penal<sup>35</sup>. Aliás, a norma penal perde sentido e *autoridade social*, em detrimento de juízos de valor. Esse perigo é afirmado por Vicente Martínez<sup>36</sup> quando mencionou que “a falta de um critério de diferenciação leva ao fato de que, na prática, a questão ser resolvida na maioria das vezes em favor das contraordenações.”

Contrariamente aquilo que se possa pensar, são vários os países europeus que, na segunda década do século XXI, têm reformado os códigos penais mediante a abolição ou reestruturação de ilícitos penais que apresentavam incompatibilidade com os ilícitos contraordenacionais. Em

---

<sup>32</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Direito Penal — Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 2.ª edição, p. 180. Augusto Silva Dias refere “A exigência de lei certa visa interditar o emprego de conceitos dotados de um elevado grau de indeterminação ou de técnicas em branco difusas, que possibilitam amplos espaços de apreciação e podem diluir por isso o vínculo do aplicador à lei. Esta proibição tem no presente contexto um rigor e alcance menores que na lei penal...” SILVA DIAS, Augusto, Direito das Contraordenações, Coimbra: Almedina, 2019 p. 71 e 72.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.ª edi. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 168.

<sup>34</sup> MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Bdef. 2007 p.39.

<sup>35</sup> No mesmo sentido Mário Monte reitera que os desrespeito pelos limites do ilícito de mera ordenação social pode conduzir-nos a uma situação de inconstitucionalidade. MONTE, Mário Ferreira, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga: Aedum, 2.ª edição, 2017 p.17.

<sup>36</sup> Vide VICENTE MARTÍNEZ, Rosário, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, Tiranch lo Blanc, 2008, p. 151.

particular deve-se salientar a Hungria que desde o código penal de 2012 excluiu certas categorias de ilícitos penais<sup>37</sup>, e a Suécia que fez modificações no seu direito sancionatório desde que foi condenada<sup>38</sup> pelo TEDH para garantir a conformidade da legislação nacional com a jurisprudência desse tribunal.

Não querendo nos prolongar demais, e adotando uma estratégia sistémica, orientada dentro do quadro do sistema penal português, num primeiro momento iremos reconhecer quais os bens jurídicos violados, examinando, expondo as suas peculiaridades práticas, os seus defeitos e as suas fragilidades. Numa segunda fase, serão estabelecidas hipóteses, no sentido de aferir qual o melhor meio reativo, e que critérios jurisprudenciais e legais permitem traçar uma linha precisa, com o objetivo do combate à discricionariedade administrativa e jurisdicional.

---

<sup>37</sup> TJUE, Directorate-General for Library, Research and Documentation, *Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle*, parágrafo 21, March 2017.

<sup>38</sup> Vide acórdão Åkerberg Fransson - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013 - Processo C-617/10.

## CAPÍTULO I

### ENQUADRAMENTO SUBSTANCIAL E HISTÓRICO DA NATUREZA DO BEM JURÍDICO COLETIVO

**SUMÁRIO:** 1. A natureza dos bens jurídicos coletivos – no seio da mutabilidade *do ius puniendi*. 2. A autonomia dos bens jurídicos coletivos face aos bens jurídicos individuais 3. Enquadramento histórico-sociológico do Surgimento da Tutela legislativa sobre o bem jurídico coletivo e as suas primeiras conflitualidades. 3.1. As carências do antigo regime e os medos da sociedade moderna – a necessidade de uma institucionalização dos órgãos de fiscalização estadual e a carência de positivação penal. 3.2. Do iluminismo europeu à criação de um sistema sancionatório em matéria de defesa de bens jurídicos coletivos. 3.3 Do surgimento de uma tutela criminal e contraordenacional à convergência entre ilícitos de diferente natureza.

#### 1. A natureza dos bens jurídicos coletivos no seio da mutabilidade do *ius puniendi*

Previamente à análise dos meios de reação estadual, sob condutas que ofendem bens jurídicos coletivos fundamentais, é necessário explanar simplificada e aquilo que é o bem jurídico. Ora, esta necessidade de explicar, primariamente, este conceito deriva da própria legitimação de toda a intervenção jurídico-criminal, já que o direito penal (e entendemos nós o próprio direito contraordenacional) é um direito de proteção<sup>39</sup> de bens jurídicos criminalmente relevantes<sup>40</sup>. Na verdade, como refere Cláudio Brandão,<sup>41</sup> o bem jurídico desempenha os contornos do substrato material da tipicidade, bem como da sua substância valorativa. Assim, qualquer juízo de valor (prévio) que seja realizado é feito a partir do objeto de valoração do tipo penal, isto é, do valor tutelado em face da descrição legal da conduta proibida, a qual gera um comando imperativo de comportamento.

Contudo, a compreensão que concede ao direito penal a função de tutela subsidiária de bens jurídicos, embora predominante, não é acolhida uniformemente, já que nem sempre o bem jurídico foi considerado nos precisos moldes que a doutrina o concebe <sup>42</sup>, e além disso, não é

---

<sup>39</sup> Vide neste sentido CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal: I parte* in: BFDUC, p. 852. 1988. FARIA COSTA, José, *Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal* in: Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º. 3978, ano 142, 2013, p. 158.

<sup>40</sup> De igual modo: ROXIN, Claus *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, berlin: Verlag Beck, §2/1; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, “Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 114.

<sup>41</sup> BRANDÃO, Cláudio, *Tipicidade Penal – Dos elementos da dogmática ao giro concetual do método entimemático*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, p.68.

<sup>42</sup> No final do século XVIII, Feuerbach desenvolveu sua teoria dos direitos subjetivos, baseada no pensamento do contrato social. Para ele, o Estado só poderia intervir penalmente quando houvesse um delito que lesionasse algum direito do cidadão. Assim,

admitida pela totalidade da doutrina jurídico-penal como elemento constituinte das infrações contraordenacionais.<sup>43</sup>

Dada a impossibilidade de num trabalho de investigação examinar todas as teorias do bem jurídico penal, perfilharemos, de acordo com o argumento da consensualidade doutrinária, o conceito teórico construído por Figueiredo Dias. O autor concebe o bem jurídico sob uma perspectiva teleológico-funcional e racional, em virtude de sua amplitude funcional, acreditando que o conteúdo do bem jurídico melhor o expressa do que apenas uma mera definição<sup>44</sup>. Na construção teórica de Figueiredo Dias existem três pressupostos mínimos de exigência para a construção de uma conceção do bem jurídico. Primeiramente, o autor em apreço, reitera que o bem jurídico deve possuir um conteúdo material, com o objetivo de ser um “indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito”<sup>45</sup>. Posteriormente, o bem jurídico deve servir como padrão crítico da *lex lata* e da *lex ferenda*<sup>46</sup>, porque

---

a lesão aos direitos subjetivos dos membros da sociedade burguesa era tida como o núcleo do delito. Sem a lesão a direito subjetivo não haveria crime a ser punido.

Para Binding, o delito consistia na lesão a um direito subjetivo do Estado, havendo, contudo, total correlação entre a norma e o bem jurídico.

<sup>43</sup> Vide Joana Polónia de Sousa explicando Goldschmidt “Esta forma de ver as coisas, acaba por ter uma forte influência no conceito de ilicitude que veio a associar às contraordenações, na medida em que estas não lesariam bens jurídicos: quanto muito, agrediriam os interesses administrativos porque obstavam ao normal e saudável funcionamento da máquina administrativa. Pelo contrário, na redoma do Direito Penal encontrar-se-iam aquelas atuações que, de facto, constituíssem uma agressão a bens jurídicos vitais e estruturantes da comunidade, fossem estes de natureza individual ou coletiva”. SOUSA, Joana Polónia de, *Manifestações do princípio da colaboração dos obrigados tributários faltosos no Direito das Contraordenações Tributárias*: seus efeitos na redução do montante das coimas Dissertação de Mestrado: Mestrado em Direito Tributário, 2018 Universidade do Minho

<sup>44</sup> Como definição de bem jurídico penal podem-se apesendar as seguintes de acordo com o país de origem. No Brasil, Fábio D’Ávila, «O bem jurídico-penal é – i.e., deve ser, inapelavelmente – a representação jurídica de um valor transcendente e corporizável». D’ÁVILA, Fábio, *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo* in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 197. Na Espanha, Polaino Navarrete, «Por bien jurídico pueden entenderse, [...] todas las categorías conceptuales que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado que son positivamente evaluados, dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el derecho, como merecedores de la máxima protección jurídica, representada por la cominación penal de determinados comportamientos, mediante descripciones típicas legales de éstos» POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla: Serie Derecho 19, 1974, p. 266. Na Alemanha, ROXIN «realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantiza los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de un fin». ROXIN. Claus, *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* In: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 448. Em Portugal, FIGUEIREDO DIAS «expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso» FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, “Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 114.

<sup>45</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, “Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”*, Coimbra: Coimbra Editora, p 116.

<sup>46</sup> Expressão latina: lei que exista e lei que está em elaboração.

segundo o autor “só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização”<sup>47</sup>. Possui ainda uma noção transistemática ao sistema normativo jurídico-penal e não dependente deste. Em terceiro e último lugar, o bem jurídico deve ser “político criminalmente orientado, nesta medida, intra-sistemático<sup>48</sup> relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional”<sup>49</sup>.

Perante a necessidade de exatidão e tomando em consideração todos estes pressupostos, Figueiredo Dias estruturou o conceito de bem jurídico como: “expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso<sup>50</sup>”.

Não querendo desconsiderar todas as outras contribuições teóricas<sup>51</sup> em torno daquilo que é o bem jurídico, entendemos ser bastante oportuno, e no respeito do preenchimento de um conteúdo axiológico e ético, assinalar os acréscimos doutrinários de José de Faria Costa, quando delimita o bem jurídico como “*pedaço da realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal*”<sup>52</sup>.

Progressivamente, na doutrina e em particular a partir do surgimento do Estado moderno pós-industrial (como teremos oportunidade de analisar mais adiante), a atividade económica e em especial a cumulação dos excessos da industrialização produziram reflexos visíveis em toda a comunidade. Este panorama levou a uma nova reflexão, concentrada nos valores que estavam preservados como estruturas indestrutíveis dos códigos liberais (particularmente os direitos associados à tutela da integridade física e do direito de propriedade). Na verdade, as transformações industriais, político-económicas, demográficas e científicas ocorridas entre o século XIX e XX<sup>53</sup>, foram decisivas para a caracterização da sociedade contemporânea como uma “sociedade do

---

<sup>47</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, “Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 116.

<sup>48</sup> Somente um critério pode ser aceite como qualificado para proceder a concretização material e operativa do bem jurídico penal, a Constituição, pois possui um carácter transistemático, legítimo democraticamente, tornando-se um norte, um horizonte à orientação necessária sobre quais valores são vitais para aquela específica sociedade.

<sup>49</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, “Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 116.

<sup>50</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.114.

<sup>51</sup> Vide a propósito o elencado na nota 29.

<sup>52</sup> COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis), Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2015, p. 258

<sup>53</sup> Vide NEUMANN, Franz. *The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society*. Leamington: Berg Press, 1986.

risco<sup>54</sup>". Pode-se dizer que à medida em que a relação entre Estado e sociedade civil se complexificava sensivelmente, os indivíduos compreenderam que as transformações sociais vigentes traziam consigo um grande potencial destrutivo, nunca verificável. Esta nova realidade inquietante conduziu, como já se deve depreender, a uma introdução de novos bens jurídicos penais e ao aparecimento de novas formas de controlo adaptadas a novas realidades jurídicas. A propósito desta realidade legislativa Eduardo Correia<sup>55</sup> esclarece-nos que "a diversidade dos fins que o Estado se propõe ou se pode propor realizar implica inevitavelmente uma modificação dos meios que servem a sua prossecução e assim, concomitantemente, dos delitos que lhes estão associados."

Tomando em consideração este pano de fundo tormentoso e considerando a lei um instituto imemorial de prevenção geral e especial com carácter coercitivo<sup>56</sup>, os Estados neosociais vêm-se obrigados a integrar nas suas legislações o paradigma da sociedade do risco, surgindo assim um conjunto de interesses<sup>57</sup> supra-individuais, sociais e coletivos que caberia ao Estado tutelar, seja por via do direito penal ou outros instrumentos capazes de garantir a proteção de todos os direitos fundamentais do cidadão, nos precisos termos e amplitude que as Constituições o definem.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> A expressão sociedade do risco foi arquitetada por Ulrich Beck e foi apresentada pela primeira vez no livro "*Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*" no ano de 1986, Edition Suhrkamp, Frankfurt.

<sup>55</sup> CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Coimbra, Almedina, 1949, p. 30.

<sup>56</sup> Jakobs a propósito das análises e controlo dos processos internos e externos do indivíduo explica-nos que "A "ação externa" perde no Reichsgericht a qualidade de ser um distúrbio social em si, já é apenas a razão extrínseca para tomar em consideração o aspeto subjetivo do fato. A razão porque foi o mais longe possível: a sociedade atual só subsiste se comportamentos complexos também puderem ser executados sem danos, porque a garantia de que existe, na medida do possível, uma livre seleção de comportamentos, estando nela, Além disso, é necessário um comportamento altamente diferenciado para garantir a subsistência da sociedade e de seus membros. Nesta situação, pode governar seu comportamento de maneira completa ou, até mesmo, não centralmente dominante; além disso, não apenas o governo centralizado, mas sim uma descrição detalhada de todas as formas de comportamento desejadas ou toleradas (ou, inversamente, de todas as formas de comportamento na prática) só é possível nas poucas áreas vitais que se prestam à padronização, como tráfego rodoviário." JAKOBS, Günther, "*Estudios de Derecho Penal*", Universidad Autónoma de Madrid, Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324.

<sup>57</sup> Neste sentido TIEDMAN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Economico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, p.31

<sup>58</sup> Observe-se Cfr. HEFENDEL, cit., pp. 128 ss., "quien distingue dentro de los bienes jurídicos colectivos entre los que crean «espacios de libertad» para el desarrollo del individuo y los que representan condiciones básicas para la propia existencia del Estado, de modo que éste pueda asegurar aquellos «espacios de libertad»".

Na verdade, por exemplo a nossa Constituição é bastante concreta em matéria de bens jurídicos coletivos, Gomes Canotilho reflete que "O princípio da sustentabilidade recebe uma consagração expressa no texto constitucional português. É configurado (i) como tarefa fundamental no artigo 9.º/e ("defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar o correcto ordenamento do território"); (ii) como princípio fundamental da organização económica no artigo 80.º/d ("Propriedade pública dos recursos naturais..."); (iii) como incumbência prioritária do Estado nos artigos 81.º/a ("...promover o aumento do bem-estar social (...) no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável"), 81.º/m("Adoptar uma política nacional de energia (...) com preservação dos recursos naturais e equilíbrio ecológico") e 81.º/n ("Adoptar uma política nacional da água, com

Tal como se apresenta o problema, qualquer raciocínio que seja realizado em matéria de “novos bens jurídicos modernos” implica uma reestruturação do modo como o bem jurídico é afetado, assente numa ótica de prevenção de danos, e já não na ótica feuerbachiana de lesão efetiva de direitos subjetivos. Na verdade, falar em *prevenção* implica um controlo estadual das situações que envolvam um risco potencial para outros bens jurídicos, sendo esta atitude preventiva compatível com a noção de Figueiredo Dias de “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>59</sup>.

Pese embora o risco permaneça na nossa sociedade atual como uma realidade imanente e, entenda-se, necessária ao desenvolvimento económico, determinados investigadores já se debruçaram em torno daquilo que é a sociedade do risco, nomeadamente Ulrich Beck<sup>60</sup>, Niklas Luhman e Anthony Giddens<sup>61</sup>. Na verdade, as conclusões que obteve Ulrich Beck<sup>62</sup>, a propósito das causas do risco alicerçaram-se, em particular, no aparecimento de novas ameaças à escala planetária (decorrentes do progresso tecnológico, científico, político e social), mas também deixou a dúvida de que as perceções dos cidadãos quanto aos riscos não são irracionais ou puros problemas de informação, mas sim produto de processos complexos que definem o que é aceitável. Paralelamente a esta nova perceção do risco, Silva Sánchez<sup>63</sup> menciona que o surgimento de novos

---

aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos”); (iiii) como direito fundamental no artigo 66.º/1 (“Todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”); (iiii) como dever jusfundamental do Estado e dos cidadãos, no artigo 66.º/2 (“Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos...” CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional*, Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review, 2010, Vol VIII, nº 13, 007-018.

<sup>59</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal - Parte Geral, Tomo I - *Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.114.

<sup>60</sup> A publicação do livro de Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*, em 1986, uns meses antes do acidente nuclear de Chernobyl, iria traçar o destino de uma das teorias sociológicas mais debatidas, e que originou toda uma linha teórica baseada na modernização reflexiva. O quase efeito premonitório do livro, que se confirmou pela realidade da explosão nuclear, dava força a uma visão eminentemente sociológica, baseada em fatores de mudança estrutural, assente no próprio conceito de sociedade e na força e na imanência dos fenómenos sociais. Isto porque a radicalidade da modernidade assenda na irrupção da imanência do social nos discursos, nas práticas e nas políticas, configurando a novidade do próprio conceito de sociedade.

<sup>61</sup> O principal contributo de Giddens foi, na senda de outros sociólogos daquela época desmitificar o conceito de risco. Para este sociólogo antigamente, as pessoas viviam sobre a ameaça de fatores de risco que tinham origem no mundo natural (exemplos: terramotos, tempestades, seca) e que não derivavam diretamente da ação humana (riscos externos), mas os riscos emergentes das sociedades industrializadas são manufacturados porque resultam da ação do conhecimento e da tecnologia humana sobre a natureza GIDDENS, Anthony. (1995), *As Consequências da Modernidade*, Oeiras: Celta Editora.

<sup>62</sup> Para mais pormenores sobre o conceito de Sociedade de Risco cfr. BECK, Ulrich, 1944 - *World risk society* - Reimp. 2000. – VIII Cambridge : Polity Press, 1999.

<sup>63</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria, *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, Civitas.

bens jurídicos está correlacionado com a propagação de novas realidades que antes não existiam ou se já existiam, não tinham a mesma incidência, e em cujo contexto vivem as pessoas que se veem influídas por essas alterações. Posteriormente, já numa vertente de legitimação jurídico-penal, no que concerne à mutabilidade dos bens-jurídicos, Silva Sánchez diz-nos que está em causa a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes e que nos nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, atribuindo-se-lhes agora um valor que anteriormente não tinham.

Se prestarmos atenção, o conceito de sociedade de risco<sup>64</sup>, engloba, como refere Gomes Canotilho <sup>65</sup>, elementos que lhe são típicos, tais como o “sentimento de insegurança” e enfim, acrescenta mesmo o autor “excesso de juridicidade” e de “garantismo”<sup>66</sup> e a “angústia tecnológica”, bem como as questões jurídicas que lhe estão intrinsecamente associadas, nomeadamente a `nova` definição de novos bens jurídicos, a nova dogmática da ilicitude, da culpa e do nexo de causalidade.

Com todas as considerações já apresentadas, pode-se assinalar que a inserção de novos bens no território jurídico penal exigiu uma extensão dos pressupostos de punição. Como se pode depreender, esta nova configuração do princípio da ofensividade conduziu a novas possibilidades de afetação de bens jurídicos e, por fim, a uma dilatação da proteção da integridade humana a eventuais lesões. O caminho para tal solução que se pretendia de equilíbrio, exigiu uma conciliação entre as liberdades fundamentais tradicionais (nomeadamente o direito ao livre desenvolvimento económico – consagrado na *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento da ONU*<sup>67</sup> e na CRP

---

<sup>64</sup> De acordo com Pierre Pradier, a Itália é o lugar na Europa onde aparece documentada pela primeira vez a palavra risco de modo isolado. O seu uso verifica-se já em 1193, com difusão posterior em Marselha, Catalunha e Provença. Já no século XV a palavra risco está presente na Croácia – só a partir de então a palavra é usado pelos germanos. PRADIER, Pierre Charles *Histoire du risque* in Jesus Santos del Cerro e Marta Garcia Secades, *Historia de las probabilidades y la estadística* (III) Madrid, Delta publicaciones (171-186), 2004). Vide também MENDES, José Manuel, *A sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*, Imprensa da Universidade de Coimbra.

<sup>65</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes., “*Terrorismo e Direitos Fundamentais*”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

<sup>66</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *As deslocações de compreensão do Estado de Direito*, UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, N.º 1, janeiro. Centro de Estudos em Direito da União Europeia Escola de Direito – Universidade do Minho, 2017, pp 4 – 9.

<sup>67</sup> Adotada pela resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.



no seu art.º 61.º, e enfim, o direito de propriedade consagrado no art.º 62 da CRP), com outros direitos que não assumiam um estatuto jurídico-constitucional relevante.<sup>68</sup>

Assim estabelecidas estas exigências, somos da opinião de que a tarefa hercúlea de ponderar quais os bens que constitucionalmente merecem a intervenção do *ius poenale*, não pode ser objeto de uma delimitação *a priori*, uma vez que por força do art. 165 n.º 1, c) da CRP, a definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como do processo criminal está sempre suscetível de ser alterada de acordo com a vontade do órgão legislante primário. Naturalmente que isto deriva da natureza plural do Estado de Direito democrático (vide. art. 2.º da CRP) e da própria maleabilidade dos sistemas legislativos ocidentais. Esta conceção assente na liberdade do legislador na delimitação das fronteiras do campo punitivo foi doutrinariamente tecida, mesmo antes da existência da atual constituição, no acórdão de 1947 do STJ,<sup>69</sup> onde se mencionava que:

“ O legislador cura da essência da infração, dos factos precisos que a constituem, da ilicitude desses factos, e, dominado por certa ética e princípios, classifica tais factos como constituindo a infração. Se, passado tempo, atendendo a considerações de ordem política e social, numa compreensão mais perfeita das necessidades sociais e jurídicas, informado doutra ética e princípios, o legislador se convence e conclui que errou na qualificação desses factos - de ilícitos e antissociais, altera o seu primitivo conceito, retifica o seu anterior juízo acerca de tal qualificação, e, em lei nova, elimina a infração (formada por estes factos) do numero das infrações. Nesta hipótese, o critério do legislador modificou-se, consideraram-se não reprovados pela consciência coletiva e não antissociais os referidos factos - praticados tanto depois da vigência da lei nova, como já no domínio da lei anterior que punia a infração;”

Contudo reconhecemos, apesar de não ser possível definir taxativamente e com carácter *ad aeternum* aquilo que pode ou não se constituir como bem jurídico, ser oportuno, do ponto de vista da dogmática jurídico-penal, a “desmitificação” dos fundamentos jurídico-penais que alicerçam a atual tipificação, e além disso a harmonização dessa reação com outras vias sancionatórias

---

<sup>68</sup> Neste sentido Habermas explica-nos que “Está em causa algo mais do que a própria liberdade. Trata-se perante a expansão da técnica, da defesa do ambiente contra a destruição industrial e em ultima instancia da integridade do próprio homem. HABERMAS, Jurgen, sobre a natureza interior do Homem como ambiente (e limite) do sistema p.39.

<sup>69</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Processo: 026328 de 18-07-1947, Relator: Sampaio e Melo.

que o Estado concebeu para os mesmos bens jurídicos. A propósito, convém notar que o estudo da relação entre a atividade sancionatória estadual implicaria uma análise profunda sobre as teorias do antropocentrismo da atividade jurídico-penal, mas por uma questão metodológica será preferível restringir o objeto de estudo, e assim, analisaremos as estruturas delituais<sup>70</sup> que permitem compreender devidamente a relação entre a conduta típica e o bem jurídico, bem como os problemas nos princípios fundamentais inerentes à nova conceção do direito penal do risco.

Além de tudo já referido, nunca poderemos perder a noção de que o ponto nevrálgico de qualquer atividade que restrinja ou limite os direitos fundamentais, em detrimento de qualquer interesse comunitário ou estadual alicerça-se na lei constitucional<sup>71</sup> – na medida em que esta última delimita o modo como são controlados e a admissibilidade legal da sua diminuição pelas forças públicas (em especial no art.27.º e seguintes da CRP), e além disso, legitima o poder legislativo a definir o âmbito das políticas jurídico-criminais (conforme já foi analisado no art.165-1 b), c) da CRP). A propósito da dilatação da bens com dignidade sancionatória penal, esta surgiu da ampliação da interpretação dos direitos constitucionais e em particular da exposição do princípio da dignidade humana a lesões<sup>72</sup>. No raciocínio de Figueiredo Dias<sup>73</sup>, estes direitos começaram a ter uma “refração legitimadora na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos, era necessário do ponto de vista da prevenção geral negativa e positiva” conceber uma figura doutrinária e concetual que conseguisse proteger os “*bens úteis*” à sociedade, neste sentido emergiu o contexto dos *bens jurídicos coletivos*. Assim exposto este nosso raciocínio, embora haja quem discorde de tal posição, perfilhamos a ideia maioritária da

---

<sup>70</sup> Não deixa de ser paradoxal, como assinala Ioanna Anastasopoulou, o facto de a doutrina discutir intensamente o problema da responsabilização penal através dos crimes de perigo abstracto nos casos de concretamente comprovada absoluta falta de perigosidade para o bem jurídico e ao mesmo tempo deixar a questão passar em claro no espaço dos bens jurídicos supra-individuais, assumindo que em relações a estes nunca é possível avaliar com segurança se sequer e em que medida a conduta típica é ou não susceptível de ser perigosa para o bem jurídico, Nuno Brandão, Crimes e contraordenações, Apud ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 135.

<sup>71</sup> Vide a propósito, FERNANDA PALMA, Maria, *Direito Penal Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2006 p.46 onde se faz uma relação entre o conteúdo constitucional e a atividade punitiva estadual.

<sup>72</sup> Cfr. SÁ, Octávio, *Dignidade humana em sua dimensão ecológica*, Revista Leopoldianum, ano 38, 2012, no 104/105/106, p. 125 – 154.

<sup>73</sup> CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», Porto: Editora Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 299 e s., 346 e ss., 406 e ss., pp. 299 e s., 346 e ss., 406 e ss., num pensamento que converge para a conclusão de que “cremos não ser forçado considerar que a Constituição, ao impor a proteção da dignidade humana, da integridade física e da saúde, como valores fundamentais, diríamos mesmo primordiais, exige, *em princípio*, a intervenção penal face a quaisquer condutas *particularmente* perigosas ou lesivas destes bens”.

doutrina portuguesa de que a tarefa de regulação estadual de bens jurídicos coletivos é uma imitação da própria Constituição<sup>74</sup>. Na verdade, qualquer comportamento limitador estadual de direitos fundamentais implica uma reorganização das obrigações estaduais e das novas funções estatuidas, especialmente correlacionadas com a garantia de condições materiais básicas da comunidade, bem como a integração de novos direitos fundamentais de caráter prestacional, especialmente os de segunda geração. Esta conceção deriva da ideia de que o Estado, ao dignificar constitucionalmente um direito fundamental, deve não somente abster-se de violá-lo, como também protegê-lo da ameaça de ataques de terceiros, além de fomentá-lo.<sup>75</sup>

Ora, debruçando-nos sobre as obrigações constitucionais implícitas e perfilhando os ensinamentos de Lenio Streck<sup>76</sup>, assinalamos que é incumbência do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. Todavia, o autor destaca que a constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, a sua configuração. Apesar disso, Lenio Streck evidenciou que o legislador tem o dever de observar o princípio da proibição da insuficiência, sendo os critérios adotados a adequabilidade da proteção e eficiência e além disso, exige-se cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.

Independentemente de qualquer noção ou critério que possa existir na atividade normativa, reconhecemos a ideia de Antonio Argandoña Ramiz<sup>77</sup>, na medida em que existe sempre uma verdadeira obrigação estadual de proteção contra todos os atos que ofendam a integridade e as

---

<sup>74</sup> Em sentido idêntico Para Canaris, o dever de proteção impõe ao Estado uma atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse liminar mínimo. O princípio da proibição do déficit, contudo, exige a eficiência da proteção, bem como que os bens jurídicos e interesses contrapostos não sejam sobreavaliados CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 138/139. Ao enunciar um direito fundamental, incumbe ao Poder Público não somente respeitá-lo, evitando, desse modo, por ação, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também imprescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional. De opinião contrária e bastante interessante vide ALVAREZ GARCIA "Bien Jurídico e Constitución"- p.32 no que concerne à penalização explícita acolhida no art. 45-3 da Constituição espanhola (referente à proteção penal e contraordenacional do ambiente) Alvarez Garcia assinala que se trata de uma obrigação relativa porque o preceito constitucional faculta ao legislador eleger entre a sanção penal ou administrativa, mas não o obriga necessariamente a eleger sanções penais. Também NARES SAMANIEGO "Los delitos contra el medio ambiente, Valencia, 1999 p.19 – Pelo contrário, considerando que a proteção penal é um imperativo derivado da constituição, isto é o legislador não pode optar por impor sanções penais ou administrativas, sem que haja uma verdadeira obrigação constitucional de sancionamento.

<sup>75</sup> Na mesma ideia MACEDO, Fabrício Meira, *O Princípio da proibição da insuficiência no supremo tribunal federal*, RIDB, Ano 3 (2014), n° 9.

<sup>76</sup> STRECK, Lenio. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*, Revista do Ministério Público n.º 53, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP).

<sup>77</sup> ARGADOÑA RAMIZ, Antonio, *El bien comum*, Documento de investigación, DL937, Julio, 2011, IESE Business School- Universidad de Navarra.

estruturas sistêmicas nas quais se desenvolve o ser humano na sua plenitude, ainda que o estabelecimento da causalidade com o dano na esfera do ser humano dependa um processo de aferição logico-preventivo. Partindo da ideia de que existe uma relação de interdependência necessária entre os bens jurídicos marcadamente individuais e os bens coletivos ou supraindividuais, o autor espanhol previamente citado<sup>78</sup> esclarece que “a centralidade da pessoa humana exige que o fim da sociedade inclua o bem das pessoas, de todas e de cada uma. Há, pois, um bem da pessoa e um bem da sociedade, que não coincidem, mas que se relacionam mutuamente.” Na verdade, os bens jurídicos individuais (nomeadamente a vida, a integridade física e o património) estão relacionados com a coletividade, uma vez que a infração expõe um número significativo de pessoas ou bens em *situação provável de perigo*, podendo hipoteticamente decorrer algum dano (que representará apenas o preenchimento do delito). Daí frisava Magalhães Noronha<sup>79</sup> que estes crimes “ultrapassam a ofensa a determinada pessoa para se propagarem, ou, pelo menos, poderem estender-se a um indeterminado número de pessoas, prejudicando ou ameaçando a segurança da convivência social”.

No que concerne ao surgimento destes novos bens jurídicos, e enfim, o reconhecimento legislativo sublinhe-se que não se pode falar de um aparecimento espontâneo de uma classe de bens jurídicos, mas de um processo gradual de dignificação jurídico-penal. Além do mais, a introdução dos sistemas políticos da noção de *Welfare State*, e a conceção de um Estado que dispõe de mecanismos de garantia e defesa contra tudo o que impeça o normal desenvolvimento da personalidade humana<sup>80</sup>, alargou por completo a tutela de bens coletivos<sup>81</sup>. Porém, esta particularidade, não pode permitir toda e qualquer legislação desnecessária e um afastamento dos princípios da proporcionalidade e inclusive, aos demais do sistema constitucional, nomeadamente do princípio da *ultima ratio* do direito penal, ou uma afetação do princípio da legalidade criminal.

---

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> NORANHA MAGALHÃES, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1975.

<sup>80</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, pp. 195-207; . “a compreensão antropocêntrica do meio ambiente justifica a consagração do direito ao ambiente como um direito constitucional fundamental, o que constitui uma relativa originalidade em direito constitucional comparado”.

<sup>81</sup> Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico-constitucional português destaque-se o direito à segurança (art.º 27 da CRP), os direitos dos consumidores (art. 60 da CRP), o direito à saúde (art.64 da CRP) e o direito ao ambiente e qualidade de vida (art.66 da CRP).

## 2. A autonomia dos bens jurídicos coletivos face aos bens jurídicos individuais

O reconhecimento da existência de bens jurídicos coletivos parte do princípio de que os mesmos são distintos dos tradicionais de carácter estritamente personalista, na medida em que o objeto sobre o qual incide a sua proteção assume um papel determinante na sua autonomização dogmática.

Primeiramente, há que destacar que todos os bens jurídicos coletivos são dotados de uma impossibilidade de mensuração quantitativa<sup>82</sup>. Derivada desta característica, surge a impossibilidade de apropriação pessoal, e de não rivalidade no gozo, na medida em que o aproveitamento individual não obstaculiza, nem impede o aproveitamento de todos.<sup>83</sup> Augusto Silva Dias menciona ainda que "(...) pese embora impalpáveis e intangíveis, esses bens são pessoal e socialmente perspectivados como uma "entidade bem real"<sup>84</sup>, que pode ser efetivamente lesada ou posta em perigo. Sendo eminentemente normativo o processo de determinação dos bens jurídicos objeto de proteção penal, bem como de definição das formas da sua agressão."<sup>85</sup>

Consequentemente, estas características têm impactos diretos na imputação objetiva do tipo<sup>86</sup>. Aliás, na maioria destes bens a tutela preventiva do direito penal concretiza-se na tipificação de crime de perigo abstrato. De facto, os crimes de perigo e de dano são configurações de

---

<sup>82</sup> Vide neste sentido SOTO NAVARRO, Susana, *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos - El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos*, ADPCP, VOL. LVIII, 2005 e também no mesmo sentido SAMUELSON, Paul A., "The pure theory of public expenditure", *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n.º 4, 1954, p. 387.

De opinião contrária bastante elucidativo HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 112. Explica-nos que não tendo o bem jurídico uma natureza puramente ideal, reconhece que os bens jurídicos coletivos são suscetíveis de diminuição ou de destruição, que, a verificarem-se, necessariamente acarretam a redução ou impossibilidade do seu uso por terceiros.

<sup>84</sup> Aspas nosso.

<sup>85</sup> DIAS, Silva, "*Delicta in se*" e "*Delicta mere prohibita*" : *uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, - Dissertação de doutoramento da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: (s.n), 2003 p. 776.

<sup>86</sup> Um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3). Nesse sentido fala-se em diminuição do risco, risco permitido, fim de proteção da norma de cuidado, atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio. ROXIN, Claus. *La problemática de la imputación objetiva*. In: Cuadernos de Política criminal, n. 39, 1989. p. 104. Disse-se já que, no âmbito da responsabilidade contra-ordenacional, a imputação objectiva de um facto a um agente tem por referente legal e dogmático um conceito extensivo de autoria de matriz causal, conceito este segundo o qual é considerado autor de uma contra-ordenação todo o agente que tiver contribuído causal ou co-causalmente para a realização do tipo, ou seja, que haja colocado uma causa para a sua realização ou que haja promovido, com a sua ação ou omissão, o facto ilícito, podendo isso ocorrer de qualquer forma (cfr. Frederico Lacerda da Costa Pinto, ob. cit. pg. 230).

violação do bem jurídico. Porém, enquanto os últimos pressupõem uma efetiva lesão<sup>87</sup> ao objeto jurídico protegido – na medida em há uma minoração da fruição do bem, já nos primeiros existe uma situação de risco na qual fica exposto o objeto jurídico tutelado, sem que se crie a efetiva diminuição do gozo do bem.<sup>88</sup> Assim gizado, o princípio da ofensividade deverá ser entendido como critério de valor dilatável modelado por princípios, entre os quais se destaca o princípio da precaução.<sup>89</sup> Tal como se apresentam as próprias características destes bens jurídicos, nem toda a comunidade doutrinária é anuente com a dignificação jurídico-penal, em particular veja-se que Anastasopoulou considera que <sup>90</sup> “sendo teoricamente impossível determinar quando o bem jurídico tutelado pode ser lesado pela conduta típica individual, então é também impossível falar em uma colocação em perigo de tal bem jurídico, e um tipo penal destinado à sua proteção não é equacionável nem sequer sob a forma de crime de perigo abstrato.”

Além do anteriormente referenciado, na maioria dos bens jurídicos coletivos, tal como Sgubbi nos esclarece “o autor é aqui não a pessoa ética, mas o individuo no desempenho de um papel, a peça terminal de um sistema de prescrições funcionais.”<sup>91</sup>

Pese embora a importância dogmática dos estudos teóricos de Feuerbach, a afirmação feuerbachiana de que, todo o crime exige uma conduta danosa, não elucidou qual o limite exato dos danos, na medida em que, a premissa básica do princípio da ofensividade reside no carácter valorativo das normas penais<sup>92</sup>, e por fim, num entendimento dinâmico sobre o conceito de dano. Assim é que, na maioria das vezes e derivado do princípio da precaução, nestas condutas não se

---

<sup>87</sup> Note-se que não basta a simples conduta danosa, na verdade, o ilícito penal somente fica completamente constituído quando o desvalor da ação se soma ao desvalor do resultado.

<sup>88</sup> Noronha de Magalhães refere que é insuficiente a possibilidade de perigo, sendo necessária a probabilidade de sua ocorrência, pois a pena mais severa deve ficar reservada para aqueles crimes em que o advento do resultado é próximo, em que existe probabilidade de ocorrer. Do contrário, “a atividade de qualquer pessoa restringir-se-ia de muito, pois em toda a ação existe sempre um risco mínimo” NORANHA MAGALHÃES, Edgard. *Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1975 p. 343.*

<sup>89</sup> O princípio da precaução surge no Direito Administrativo Ambiental alemão nos anos setenta e adquire importância nodal, sobretudo, na esfera do Direito Internacional.

<sup>90</sup> ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 138.

<sup>91</sup> SGUBBI, Filippo, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, 1990, p.67.

<sup>92</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTON, Tomás, *Derecho penal - Parte General, Tirant lo blanch*, 1999, p. 248 y ss; RODRIGUEZ MOURULLO. *Derecho penal – Parte General*, p. 324 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «*Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma*». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm.1 (1977). *Cursos e Congresos n° 9*. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-017-9, pp. p. 25 y ss.

pode esperar a ocorrência de verdadeiros danos, isto significa que a tutela, nestes casos, se assume como uma tutela preventiva, assente na incerteza e num juízo negativo de probabilidade póstumo.

Partindo do pressuposto da danosidade, Luíz Gomes<sup>93</sup> elucida-nos que “só quando esse valor (bem jurídico) resulta significativamente afetado, perturbando a convivência em sociedade, a sanção *penal*/adquire sentido. Se a norma penal existe para a salvaguarda de um bem jurídico, não basta, por conseguinte, a mera intenção do autor (má vontade) ou que a conduta seja exteriorizada (princípio da materialização da ação) ou tão pouco que se verifique a descrição da substância formal da lei. Mas, só quando alcança o núcleo de garantia e proteção da norma, que expressa um bem ou interesse jurídico, se poderá falar numa conduta típica em sentido material e garantidor.”

Para obviar a quaisquer dúvidas estritamente relacionadas com a figura do dano, Lothar Khulen criou uma conjectura legitimadora da atuação preventiva criminal – os delitos cumulativos. O autor alemão<sup>94</sup> concluiu que o que caracteriza o tipo cumulativo é a desnecessidade de a conduta individual nele prevista determinar uma lesão ou uma colocação em perigo do bem jurídico, justificando-se a criminalização pelo facto de essa ação pertencer a um género de condutas que quando praticadas em elevado número, conduzem à sua lesão ou colocação em perigo e que caso não fossem objeto de proibição criminal seriam provavelmente praticadas em larga escala, e consequentemente o dano seria irreversível.

Além do dano ser de difícil apreensibilidade, a própria circunstância de qualificação de uma conduta como crime exige a utilização de conhecimentos teóricos oriundos das ciências naturais e exatas. Deste modo, o bem jurídico sobre o qual incide a proteção jurídica em si é muitas vezes de difícil “cognição” e identificação porque depende de um processo de confrontação de elementos frequentemente externos ao direito penal (nomeadamente com variáveis científicas, sanitárias, demográficas ou até estatísticas). Na realidade, só a partir de um processo de análise de requisitos externos ao direito penal (assentes em valores, regras e práticas de segurança) se

---

<sup>93</sup> GOMEZ, Luíz Flávio, *Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: contribución al estudio del delito en cuanto "hecho ofensivo típico"*, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido”, - Tese doutoral, Madrid, Universidade Computense de Madrid 2001.

<sup>94</sup>KUHLEN, Lothar “*Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*, Heidelberg: Decker (§ 324)”, p. 390 e ss.

consegue apurar se o agente praticou um facto integrador de um ilícito criminal ou contraordenacional.<sup>95</sup> Com efeito, todas estas dificuldades originam uma discordância sobre qual o meio de reacção que o Estado, enquanto portador do *ius puniendi*, alicerça os seus mecanismos de intervenção.

Seja como for, da especial natureza diversa dos bens jurídicos coletivos, exige-se uma ponderação assente nos princípios constitucionais que garantam um respeito das escolhas do legislador. Porém, como temos vindo a insistir, a tarefa de tutelar o bem jurídico-coletivo é bastante complexa, precisamente porque no ordenamento jurídico português o mesmo goza, paralelamente ao regime contraordenacional, de um regime criminal. Juan Fuentes Osório,<sup>96</sup> a propósito da convergência normativa, salienta que “consequentemente, em volta destes bens jurídicos, pode-se estabelecer um sistema sancionador dual em que convivem ilícitos administrativos e penais. O direito penal perde a sua autonomia: a construção do tipo penal e a sua interpretação necessariamente deve olhar para a norma administrativa.”

E aqui surge a questão fulcral. A pretensão de estabelecer novos bens jurídico-penais, desintegrada de elementos que permitam criteriosamente delimitar o campo criminal conduziu ao aproveitamento de todos os instrumentos que o ordenamento jurídico dispõe<sup>97</sup> para combater as ofensas a esses bens, conduzindo à perda da utilidade prática de certos mecanismos, ou no caso

---

<sup>95</sup> Repare-se, no que precisamente concerne à culpa do agente, que mesmo no direito contraordenacional, o carácter censurável da conduta é elemento da noção legal de contraordenação (art. 1.º do RGCO), pelo que só é sancionável a conduta voluntária culposa, inexistindo assim responsabilidade contraordenacional objetiva. Ana Marta Dias Crespo esclarece-nos “É que, como vimos, de entre os vários critérios mobilizados para distinguir crime e contraordenação, um dos mais antigos (ainda que ao nível do tipo de ilícito), é o da irrelevância ética do ilícito contraordenacional...” CRESPO PEREIRA, Ana Marta, Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto factor de autonomização do Direito das Contraordenações, no mesmo sentido SILVA DIAS, Augusto, Direito das Contraordenações, Almedina, 2019.

<sup>96</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis, Artículo realizado en el contexto del proyecto de investigación «*Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en la era de la globalización*», Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016). ISSN 1137-7550: 553-603 » (ref. DER2014-56417-C3-1-P).

<sup>97</sup> Destaque-se os regulamentos, a contraordenação, as recomendações, a tipificação penal enquanto dispositivos reguladores do comportamento colectivo, que permitem estabilizá-lo de forma recorrente.

Nuno Brandão refere que “ Não obstante, numa perspectiva de confronto do direito penal com o direito contra-ordenacional em ordem a avaliar se este apresenta uma diferença de natureza que justifique que para ele valha um regime constitucional e legal também ele materialmente distinto, a dimensão da comparação que se reveste de decisivo relevo é aquela primeira, ou seja, a que procura descortinar se o direito das contra-ordenações se apresenta perante o direito penal como um ramo sancionatório de carácter distinto em virtude de lhe ser estranha uma função de tutela daqueles mesmos bens jurídicos cuja protecção é ou pode legitimamente ser cometida ao direito penal. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contraordenações – Da cisão à Convergência Material*, Tese de Dissertação de Doutoramento – Universidade de Coimbra p. 506.



da sobreposição normativa associada a um concurso aparente de normas - a um desvio da lei contraordenacional (por força do art. 20.º do RGCO).

Na verdade, segundo parece-nos, o bem jurídico coletivo já não assume um problema relacionado com a sua legitimação jurídico penal, mas precisamente sobre a duplicidade de vias reativas às quais estão sujeitos esses mesmos bens jurídicos. De certo modo, parecer-nos-ia claro que os tipos penais que incidissem sobre bens-jurídicos coletivos, já tutelados em legislação contraordenacional, distinguir-se-iam destes últimos em virtude dos tipos penais exigirem um perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado. Assim é, por exemplo, no crime de incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas (art. 272.º do CP), no crime de poluição com perigo comum (art.280.º CP), no crime de perigo relativo a animais ou vegetais (art.º 281.º do CP), no crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais. Contudo, este requisito não é exigível em todos os tipos penais de perigo<sup>98</sup> que incidem sobre bens jurídicos coletivos, e assim discordamos de Mário Monte<sup>99</sup> quando refere que o direito penal visa a proteção de “bens concretos em casos concretos, pautando a sua intervenção por critérios de lesividade ou perigosidade concreta e de imputação individual de um ilícito”. Na verdade, entendemos que tal posição não pode ser asseverada sem a salvaguarda de certas realidades, já que tal definição teórica, não abarcaria em particular os crimes de perigo abstrato, que estão presentes, por exemplo, no artigo 25.º do RGIAE ( o crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais), o crime de abuso e simulação de sinais de perigo (art. 306.º do CP)<sup>100</sup>, o crime do art. 24.º do RGIAE relativo aos crimes contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios<sup>101</sup>, o crime de Incendio Florestal (art.274.º do CP), o crime de dano contra a natureza (art.278.º do CP).

---

<sup>98</sup> Vide o art. Artigo 274.º do CP que estabelece o crime de Incêndio florestal, ou criminalização de atos preparatórios (art. 275.º do CP), o crime de danos contra a natureza (art.278), o crime de violação de regras urbanísticas (Artigo 278.º-A)

<sup>99</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga: AEDUM, 2017 p. 65.

<sup>100</sup> Perfilhamos inteiramente a posição do TRL quando entende que “Para praticar o crime de abuso e simulação de sinais de perigo previsto no artigo 306.º do Código Penal é necessário que o agente (a) utilize abusivamente sinal o\*u chamada de alarme ou de socorro ou (b) faça crer através de simulação que é necessário auxílio alheio em virtude de desastre, perigo ou situação de necessidade colectiva. É necessário ainda que essa conduta seja acompanhada de dolo directo ou necessário” Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo:502/17.0T9L RS.L1-9 de 11-4-2019.

<sup>101</sup> Também o Tribunal da Relação de Coimbra entendeu tal posição no acórdão do processo: 557/04.7TAACB.C1 de 2/05/2007, onde se mencionou que “. Os crimes previstos nos artigos 24, n.º 1, al. a) do DL 24/84 – contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares – e artigo 282º do CP são crimes de perigo comum. No primeiro caso o perigo é abstratamente considerado, no segundo o perigo é o perigo concreto.”

### 3. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-SOCIOLÓGICO DO SURGIMENTO DA TUTELA LEGISLATIVA SOBRE O BEM JURÍDICO COLETIVO E AS SUAS PRIMEIRAS CONFLITUALIDADES

Uma vez que o âmbito temático deste trabalho científico se centralizará com particular intensidade no domínio do Direito Contraordenacional, em especial no regime do sancionamento duplo (ou paralelo), não poderíamos partir imediatamente para o estudo desta realidade jurídica, sem antes compreendermos a sua génese e, desde logo, as motivações jusfilosóficas que a consolidaram. Precisamente é, na verdade, no seio da relação entre Estado interventivo (social) ou ausente que se colocará o dilema principal da “*tutela plurifacetada de bens-jurídicos coletivos*”. Na realidade, falar em Estado interventivo implica conhecer as razões que justificam essa proteção, e esse conhecimento só poderá ser adquirido através da análise do panorama do *direito penal do risco*.

Neste escopo, consideramos pertinente para o estudo da relação entre o Estado de Direito<sup>102</sup> e tutela de bens jurídicos coletivos, a inclusão de elementos históricos<sup>103</sup>, uma vez que é a partir de um conjunto de fatores em que se assentou a necessidade de intervenção<sup>104</sup> e em grande medida o espoletar legislativo com particular incidência sobre esses mesmos bens. Ademais, a relação entre Estado de Direito e tutela de bens jurídicos coletivos dependeu das funções que cada ideologia (política) atribuiu ao Estado, na condição de administrador do interesse da coletividade e, em decorrência disso, o poder que concedeu ao ente estadual para interferir ou controlar ações dentro da sociedade.

Ora, por detrás do início da legislação sobre bens de interesse coletivo estaduais, está uma pulsão volitiva social<sup>105</sup> alicerçada no perigo de um conjunto de comportamentos afetarem

---

<sup>102</sup> Para o nosso caso especial relevo o estado na vertente do *ius puniendi*. No entendimento de Figueiredo Dias, este *ius puniendi*, compreende um poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas. (DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime, Almedina, 2007, p.6).

<sup>103</sup> Não se anseia, de modo algum, uma caracterização completa, mas apenas uma breve descrição de elementos historiográficos com impacto na modificação da ideologia jurídico-penal e consequentemente no processo de intervenção.

<sup>104</sup> Ao analisar a relação existente entre o delito e a ordem social é necessário considerar o sistema judiciário e seu funcionamento mais do que as leis a que o delito está supostamente submetido. O sistema judiciário estadual expressa-se por meio da política criminal. O pressuposto é que o poder de punir, expresso pela política criminal, foi construído histórica e socialmente – portanto tanto pode punir quanto não punir, perseguir ou não perseguir, condenar ou não condenar, encarcerar ou não encarcerar. Desse modo, não há uma resposta punitiva automática para uma conduta ilegal e reprovável, já que a resposta está submetida à preservação das relações sociais que configuram a ordem social. (falta o autor).

<sup>105</sup> Uma necessidade é o estado de um ser em que falta um elemento, e a sua realização é indispensável para viver num estado de bem-estar corporal completo, espiritual ou comunitário.

Mário Monte<sup>105</sup> a propósito esclarece-nos no que que concerne à necessidade de intervenção jurídica: “É certo que tais necessidades não têm todas a mesma intensidade, nem surgem todas da mesma forma. Um são inerentes à própria condição humana, na medida em que existem simplesmente porque o Homem existe e enquanto existe; outras são criadas pelo próprio Homem,

gravemente os cidadãos consumidores (neste último especialmente incluindo-se a sua saúde), as atividades económicas e os sistemas paralelos na qual se desenvolve a vida humana e outros sistemas naturais que se tornaram vulneráveis. Na realidade, a atividade legislativa está dependente das perceções de risco<sup>106</sup>, que compreendem considerações qualitativas, como o temor, a potencialidade catastrófica, o carácter controlável dos acontecimentos, o grau de incerteza, a suscetibilidade de afetar as gerações futuras, a tipologia dos bens afetados, o tempo de propagação, e ainda a avaliação dos dados empíricos obtidos.<sup>107</sup>

Face a tudo o já referenciado importará, neste momento, demarcar que circunstâncias históricas, políticas e sociológicas motivaram a introdução do bem-coletivo na legislação portuguesa, para posteriormente analisarmos as vias de tutela que o legislador consagrou como métodos reativos. De um modo mais preciso, pretende-se averiguar de que forma e em que circunstâncias o bem jurídico coletivo adquiriu relevância social até que se requereu a intervenção do poder sancionatório estadual através de uma “medida punitiva prevista em ato normativo (...), a quem, sem justificação, deixasse de cumprir um *dever administrativo* certo e determinado e normativamente imposto”<sup>108</sup>.

Na verdade, esta necessidade de entendimento dos motivos histórico-sociológicos da intervenção sancionatória estadual, alicerça-se, nas palavras de Augusto Silva Dias, no facto de “que a atribuição de uma sanção a uma conduta ter de ser entendida como algo mais do que um ato de definição discricionário, praticado por uma autoridade competente, segundo “normas de

---

como Ser sociável que é e que as vai interiorizando como sendo praticamente essenciais ou pelo menos, habituais, outras ainda, são criadas e promovidas artificialmente por meios técnicos, em virtude do realce que é conferido à utilidade de certos bens e serviços.” MONTE, Mário Ferreira, *Da Proteção penal do consumidor - A despenalização do incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra.

Porém, no que respeita à legislação de novos bens, há também quem entenda que se trate de um processo desmesurado de judicialização da política : “Quanto à judicialização da política, observa-se que se trata de um fato institucional, no qual se manifesta um tipo de juridificação das esferas sociais, ou seja, há uma constitucionalização de um conjunto de necessidades como direitos, que dependem de um conjunto de medidas ou programas finalísticos (políticas públicas ) para sua materialização, o que implica a possibilidade da utilização da revisão judicial dessas decisões, tornando o Poder Judiciário um órgão de fiscalização da constitucionalidade não só de normas jurídicas, mas também de políticas públicas e da operação funcional das instituições político - democráticas.)” SODRÉ, Habacuque Wellington, Seção Especial – *Teorias e Estudos Científicos As Deficiências da Atuação Legislativa Como Fator de Ativismo: Hipertrofia e Omissão Legislativa*. Uma Análise da Sociologia Jurídica sobre o Caso Brasileiro de Ativismo Judicial.

<sup>106</sup> Neste sentido vide FLYNN, J.; SLOVIC, P. *Avaliações dos peritos e do público acerca dos riscos tecnológicos*. In: GONÇALVES, M. E. (Org). *Cultura científica e participação pública*. Oeiras: Celta, 2000. p. 109-128.

<sup>107</sup> Para uma análise científico-racional a propósito das intervenções nas condutas de risco recomenda-se a leitura de CÉCILE, Martha, « *Étude du sens des conduites à risque actuelles* », Sociétés, 2002/3 (no 77), p. 55-68.

<sup>108</sup> Foi adotada aqui a posição de Marcelo Madureira Prates. PRATES, Marcelo Madureira, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra: Almedina, 2005 p. 54 e ss.

reconhecimento”, admitidas, para a prossecução de um interesse público”. O autor explica ainda que essa iniciativa só será legítima e será eficaz se servir para a proteção de necessidades humanas socialmente experimentadas como fundamentais<sup>109</sup>.

Do ponto de vista histórico, podemos afirmar que em razão do elevado desenvolvimento comunitário e político, as antigas civilizações<sup>110</sup> já tinham inquietações sobre a regulamentação de algumas realidades próximas a bens jurídicos coletivos (entre outros salientam-se as águas públicas, as florestas, a saúde pública e a atividade mercantil)<sup>111</sup>. Na realidade, encontramos exemplos de provisões “públicas” de bens como estradas, água potável ou defesa nacional já nas antigas civilizações asiáticas e europeias. Paralelamente às razões normativas atuais, o bem coletivo estava aqui relacionado como necessidade comunitária pública, e, portanto, competia ao Estado o provisionamento do bem. Contudo, fazendo um exame legístico minucioso, conclui-se que para além da simples provisão desses bens, havia determinados códigos na antiguidade, que já atribuíam um regime sancionatório para quem atentasse contra a integridade do bem jurídico coletivo. Porém, não se consegue concretamente aferir o grau de perigo exigível da “forma reativa” a essas condutas ou a forma como era percecionado, mas é certo que o perigo e o risco assumiriam uma relevância jurídica. Assinale-se também que paralelamente ao perigo e riscos, outras realidades onde o perigo assumia uma vertente de proteção económica, foram gradualmente qualificadas como bens coletivos – como sejam a proteção da estabilidade financeira e concorrencial<sup>112</sup>. A propósito destes últimos, Machado Guedes<sup>113</sup> frisa que a regulação estadual na *economia sobre bens coletivos* sempre existiu, só que era denominada com outros termos. Acrescente-se ainda

---

<sup>109</sup> DIAS, Silva, "Delicta in se" e "Delicta mere prohibita" : uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, - Dissertação de doutoramento da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: (s.n), 2003.

<sup>111</sup> Reconhecemos, porém, que apesar de a construção teórica da figura do bem jurídico penal ser de raiz oitocentista (com BIRNBAUM), e assumir um sentido ético-funcional dentro do Direito Penal após o surgimento da codificação moderna penalista, não se pode negar que houve na legislação avulsa ao longo de toda a história a manifestação de um interesse, embora esse interesse não estivesse estritamente relacionado com a noção de “bem jurídico” enquanto limite à atuação do Estado.

<sup>112</sup> Neste sentido Flávia Novera Loureiro esclarece a propósito da liberdade concorrencial, mas ainda assim de relevo “(...) a liberdade económica não pode senão ser encarada como mais uma dimensão do desenvolvimento pleno da pessoa, sujeita, por isso, as regras de concatenação e equilíbrio com os direitos de todos os outros cidadãos. Uma tal harmonização tem vindo a ser feita, na generalidade das sociedades ocidentais, através da figura da regulação, forma lassa de interferência estatal sobre a economia, em que se atribui a uma entidade administrativa independente a competência para regulamentar a atividade económica, supervisionar a atuação dos seus agentes e sancionar os comportamentos ilícitos que afetem o livre e regular desenvolvimento do mercado.” LOUREIRO, Flávia Novera, *Direito Penal da Concorrência - a tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Tese de Dissertação de Doutoramento, Universidade do Minho, Braga, 2015 p.27.

<sup>113</sup> Em certo sentido o “conceito de “regulação”, de origem anglo-saxónica, equivale ao conceito tradicional de *intervenção, stricto sensu na literatura europeia. Esta é, geralmente, entendida como a interferência do estado na atividade económica*”, MOREIRA, Vital, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997, p.35 .

que as razões de intervenção legislativa sobre bens jurídicos coletivos nem sempre assumiram a mesma dimensão, nomeadamente associadas às modernas noções de perigosidade e danosidade social. Aliás, as próprias representações sociais desempenham uma função motivadora da própria normatização. Deste modo, podemos concluir que é com base na análise histórica que percecionamos esta realidade. No mesmo sentido, Breton<sup>114</sup> esclarece-nos que as representações sociais de perigo e risco não são universais, imutáveis ou fixas e não repousam nas mesmas condições para todos os indivíduos. O risco é, pelo contrário, uma construção social, originada pelo consenso e reconhecimento social da existência de um estado de incerteza, que acompanha as próprias condutas e o desenvolvimento humano.<sup>115</sup>

A título elucidativo, repare-se que o Código de Manu (na Índia) de 1500 a.C já possuía uma tutela sobre a Higiene e Limpeza de espaços públicos.<sup>116</sup> Posteriormente é de salientar que o código de Hammurabi<sup>117</sup> já detinha um regime sancionatório para os responsáveis pelas edificações e construções privadas<sup>118</sup>, consagrando assim, tal como nos dias de hoje, a segurança estrutural das edificações como “bem” sobre supervisão e tutela pública. Observe-se, do mesmo modo, que no código base das legislações peninsulares ibéricas – designado como “*Corpus Iuris Civilis*” - já tinha presente a tutela da segurança alimentar no comércio de produtos vinícolas, limitando esses produtos a condições de ingestão seguras.<sup>119</sup> Assim percecionadas estas disposições históricas, pode-se assinalar que o risco e o perigo,<sup>120</sup> em determinadas condutas, era já assumido

---

<sup>114</sup> LE BRETON, David. *La sociologie du risque*. Paris : PUF. In: Agora débats/jeunesses, 3, Autonomie et dépendance financière des jeunes. 1995 p. 114.

<sup>115</sup> Neste sentido vários autores explicam conceito de perigo enquanto estado societário vejam-se: NIGET, David, PETITCLERC Martin, *Pour Une Histoire Du Risque*, Québec, France, Belgique. 1st ed., Presses De L'Université Du Québec, 2012. JSTOR. Do mesmo veja-se CASTEL, Robert, *La gestion des risques, de l'antipsychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, France : Minuit., 2011. e também HACKING, Ian. *Between Michel Foucault and Erving Goffman: between discourse in the abstract and face-to-face interaction*. Journal Economy and Society, Vol. 33 (issue - 3), 2004. pp. 277-302.

<sup>116</sup> Art. 698º Aquele que faz suas refeições na estrada real, sem uma necessidade urgente, deve pagar dois karshapanas e limpar imediatamente o local que ele emporcalhou.

<sup>117</sup> O mais antigo código de leis conhecido foi o Código de Hamurabi, escrito na Babilônia por volta do ano 1700 a.C. Nele, Hamurabi, rei da Babilônia, estabeleceu uma série de definições que visavam não só manter a ordem, mas também homogeneizar a cultura e o comportamento por todo o reino.

<sup>118</sup> No código de Hamurabi vide o art 229º - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.

<sup>119</sup> Vide Livro 18 Digestos, linha 18.6.1 *Ulpianus libro 28 ad Sabinum*: Mas, se o próprio vendedor em perigo, a sujeitou, ao mesmo tempo, o risco de sustentar a um, que a sujeitou, em relação a: a hora marcada, que, se não o fez, nessa medida o perigo, deve ser preservado, desde que ele pode provar o vinho, isto é, por assim dizer, naquele tempo, e sendo ser totalmente vendido, mas quando se foi e saboreá-lo. Based upon the Latin text of Mommsen's edition.

<sup>120</sup> Vide SANDERS, M.S.; McCORMICK, E. J. *Human Factors in Engineering and Design*. 7 th ed. New York: McGraw-Hill, 1993 p. 675 - Perigo é uma condição ou um conjunto de circunstâncias que têm o potencial de causar ou contribuir para uma lesão ou morte.

como um “elemento” que merecia um controlo preventivo geral e especial, e deste modo carecia de uma intervenção estadual, elevando-se a uma realidade muito próxima à figura atual de bem jurídico coletivo.

Como seria de esperar, a atividade normativa não era perfeita e, deve-se notar que à medida que a atividade normativa ia sendo produzida, iam surgindo os primeiros conflitos normativos entre diferentes fontes do direito. Na realidade, podemos verificar conflitos normativos, conforme nos explica Emanuel Bouzon<sup>121</sup>, na Mesopotâmia, com os primeiros escritos legais referentes a orientação da conduta da sociedade humana (em particular nos códigos de Urukagina, de Ur-Nammu, de Eshnunna, de Lipit-Ishtar de Isin, e de Hammurabi) e a sua incompatibilidade com as normas/costumes locais, sendo que estes eram solucionadas com a estipulação de uma norma de prevalência do direito costumeiro local.

Pese embora os conflitos normativos nas civilizações antigas tenham estabelecido uma dinâmica propiciadora a uma nova reflexão sobre a relação de consunção, especialidade e subsidiariedade entre as normas, do mesmo modo, convém evidenciar o contributo conceptual do Direito Romano no âmbito do estabelecimento de vias de tutela reativas distintas em matéria de bens jurídicos coletivos. Se nos debruçarmos com cuidado, podemos mesmo afirmar que aí existiam pressupostos distintos para a intervenção de cada método reativo. De facto, foi o Direito Romano a fonte da qual brotam as atuais divisões entre os atuais crimes e contraordenações e daí a sua particular importância. Ali se distinguiram os delitos de “*natura turpia sunt*” dos denominados “*civiliter et quasi mor civitatis*”. Esta separação coincide com a tradição natural “quia

---

José Luis Serrano elucida-nos que “A palavra risco é um neolatinismo (*risicum*) que não surge até meados do século XVI (*Adomnen risicum, periculum et fortuna dei*). Ignoramos a origem da palavra (árabe, talvez). Ocorre que por volta de 1500 os observadores precisam introduzir o conceito de risco para caracterizar situações que supomos que não estavam bem caracterizadas com termos muito antigos como sorte, perigo, acaso ou medo. O surgimento tardio da palavra não significa que não se tivesse antes consciência de risco. Nas transações comerciais do mais antigo comércio marítimo, há normas jurídicas para a cobertura de riscos, há emprestadores de capital que atuam como seguradores e há definitivamente um controle planejado do risco, embora não se chame assim, e as normas jurídicas apareçam mescladas com a ideia do dano como castigo divino ou com a adivinhação como prognóstico de riscos. A palavra, sem dúvida, somente pode ser contemporânea do conceito como diferença entre risco e perigo. Estamos, por isso, diante de um conceito próprio da modernidade. A partir daqui o risco é um complexo cultural que substitui o arrependimento em confissão. Se pensarmos bem, a catástrofe entendida como castigo de Deus pelo pecado somente pode ser abrandada mediante o arrependimento e o propósito de emenda. Isto é, mediante a não repetição da ação pecaminosa que levou ao dano. Exatamente o contrário é o cálculo de riscos: a redução ao mínimo de arrependimento e a maximização das ações arriscadas. Isto somente é possível em sociedades que não vejam a ordem natural como a ordem desejada por Deus e em sociedades que substituam a divina providência pela cobertura estatal ou monetária do acaso.” SERRANO, José Luis, *A diferença risco/perigo*, NEJ – Vol.14 n.º 2 p.233.

<sup>121</sup> BOUZON, Emanuel. *Origem e Natureza das Coleções do Direito Cuneiforme*, *Revista Justiça e História* v.2, n. 3, 2002 p. 17-54.

mala in se” e “*mala quia prohibita*”.<sup>122</sup> Assim estreitado o caminho, é precisamente na Europa romana que germina o nosso problema de investigação, tendo aí sido construídas as bases teórico-legislativas de diferentes formas sancionatórias adequadas a diferentes pressupostos de ilicitude, retribuição moral e dano, muito semelhantes a realidades que persistem na Europa Ocidental.

Paralelamente aquilo que se passava na Europa medieval, em Portugal podemos aferir que a intervenção sobre realidades próximas à figura do bem jurídico coletivo, numa primeira fase da História, assumiu-se com recurso a instrumentos de recomendação (atualmente designados *enforcement*), direcionados às principais cidades do país onde os riscos iam crescendo. Já numa segunda fase surgiu a intervenção de agentes municipais sancionadores, e posteriormente é definida a intervenção codificatória penal. Em termos legislativos, podemos afirmar que uma das primeiras leis portuguesas que disciplinavam comportamentos prejudiciais e que atribuíam sanções pecuniárias foi a *Lei da Almotacaria*<sup>123</sup> de 1253, cujo objetivo era controlar os preços das mercadorias e controlar a especulação monetária.

Ainda que pouco se tenha avançado, convém destacar que para além da sanção pecuniária, no século XIII, já existia aqui, sobre determinadas figuras próximas a bens jurídicos, uma tendência para a sua dignificação criminal, como seja por exemplo o estabelecimento do crime do corte de árvores frutíferas.<sup>124</sup> Já no que concerne à utilização de mecanismos sancionatórios para o controlo das atividades económicas, é aumentada a legislação e conseqüentemente o papel dos juizes almotacés no controlo dessas infrações. De entre os vários regimes regulamentares, deve-

---

<sup>122</sup> CORTAZAR, Maria Graciela, *Los delitos veniales : Estudios sobre derecho contravencional*: analisis de la normativa vigente en la provincia de buenos aires, editorial de la Universidad del sur, Bahia Blanca, Argentina p. 16.

Veja-se a propósito do conceito de *Mallum quia proibithum*: GREEN, Stuart, P. *L' utilità concetuale della nozione Mallum quia proibithum*, *Revista Dialogue (vol. 55) I*, 2016 pp. 33-43, *Canadian Philisopher Association, Cambridge University Press* .

<sup>123</sup> Os bens tabelados pela 'Lei da Almotacaria' eram essencialmente mercadorias manufaturadas ou transformadas: os têxteis, os couros e as peles (tanto as matérias primas, como os produtos finais fabricados com as mesmas). Acresciam ainda os animais (de caça e pecuária - nestes últimos recaía uma taxa dupla: no salário dos trabalhadores e no preço do gado); os metais (ouro, prata, cobre, estanho, chumbo e ferro) e um grupo de tantos outros produtos, tais como a "cera, mel, sebo, unto, óleo de peixe, greda, pez, alcatrão, grã, pimenta, amêndoas, alúmen e açafraão". Por estranho que possa parecer, a lei não se aplicava aos produtos de grande consumo alimentar e que podiam efetivamente escassear (como é o caso dos cereais, vinho, azeite e carne), já que esse controlo era rigorosamente efetuado pelas almotacarias de administração municipal. VIANA, Mário. «*A lei de almotacaria e a política económica de Afonso III*», in *Abordagens à história rural continental e insular portuguesa, séculos XIII-XVIII, Estudos & Documentos*, vol. 20, Centro de História de Além-Mar, Ponta Delgada, 2013, p. 54.

<sup>124</sup> Assim estabelece MAGALHÃES, Juraci Perez. *A Evolução do Direito Ambiental no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 88. Também no mesmo sentido MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.135 – Há referencias que referem que arvore de fruto teria que ter um valor superior a 30 cruzados.

se destacar o *Livro das Leis e Posturas*<sup>125</sup> com normas de obrigatoriedade de venda em determinados locais e de géneros específicos, assim como de fiscalização económica, estabelecimento de regulamentos profissionais e da concessão de feiras por funcionários próprios.<sup>126</sup>

Com um país em constante desenvolvimento económico-político, com um dinamismo comercial cada vez mais intenso, a preocupação com a “*res publica*” vai ocupando espaço nas cortes e nos condados de Portugal, começando-se a especializar os mecanismos de fiscalização e intervenção. Deste modo, no reinado de D. Manuel I são expandidos os órgãos especializados<sup>127</sup> em várias áreas de interesse público, referimo-nos particularmente aos pelouros municipais especializados em higiene de carnes, limpezas, almotaçarias e saúde pública, sendo que estes já possuíam mecanismos sancionatórios individualizados, embora sempre dependentes da vontade do rei. Além disso, com as Ordenações Manuelinas de 1521 são estabelecidas regras relativas à comercialização de abelhas e também relativos à caça de animais como coelhos e perdizes com instrumentos que pudessem denotar crueldade, o que demonstra já uma preocupação cada vez maior com bens que se afastam do padrão “individual clássico”.

Embora em moldes substancialmente diferentes dos atuais, podemos asseverar que a apreciação jurisdicional das questões relativas à aplicação de sanções pecuniárias, já era objeto de um juízo especializado, designados como “Juízos da Almotaçaria”. Constata-se assim que determinados delitos menores mereciam um tratamento jurisdicional distinto dos “delitos comuns.” Estas entidades jurisdicionais eram responsáveis, para além do julgamento das causas onde eram aplicadas sanções pecuniárias, tinham ainda poderes de fiscalização concreta. Estariam a seu

---

<sup>125</sup> Vide para um estudo atento SILVEIRA, Marta de Carvalho, *O livro das leis e posturas: uma proposta de análise*, Anais do Encontro Internacional e XVIII Encontro de História da Anphu Rio de Janeiro: História e parcerias, 2018

<sup>126</sup> Maltez, José Adelino, *Crónica do Pensamento Político Reinado de D. Afonso III: Lei da Almotaçaria*. [Em linha]. [Acedido em 19 jan. 2016]. Disponível em: <URL: <http://maltez.info/aaanetnovabiografia/1250-1299/1253.htm>>.

FARIA, Diogo, *A burocracia régia e os seus oficiais no tempo de D. Manuel I*, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Instituto de História Económica e Social, ed. lit. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, Aparece nas colecções: Revista Portuguesa de História nº 45, pág. 601.

<sup>127</sup> Embora a função de zelar pela limpeza da cidade fosse retirada à Câmara, temporariamente, por D. Manuel I, como é visível da seguinte postura: “carta d'el-rei que tirou da cidade o cuidado da limpeza d'ella, pelo muito em que os vereadores tinham em que cuidar em outras coisas da governança, tantas e tamanhas. Escripta em Almeirim, a 6 de junho de 1510”<sup>21</sup>, a partir de 1512 a distribuição dos pelouros da Câmara passou a ser: “Carnes e Hospital de S. Lázaro, Limpeza e Obras, Almotaçaria e Saúde”<sup>22</sup>; a responsabilidade de aplicação da justiça nesta área mantém-se na Câmara, por decisão do rei, através de um “alvará por que el-rei declara ser privativo da camará os feitos que se processarem sobre os negros e negras que fôrem presos por fazerem sujidades no adro a Sé, e que n'isso se não intrometta nenhuma outra justiça.



cargo, basicamente, as funções reconhecidas aos almotacés<sup>128</sup>, acrescidas da questão de aplicação das coimas. Contudo, como explica Franz Paul Langhans,<sup>129</sup> a sanção aplicada nessa altura era uma sanção com um grau de penitência tipicamente penal.

Da atividade judicativa dos Juizes surgiam as *‘Correições da Almotacaria’*<sup>301</sup>. Em concreto, estas *correições* tratavam de registos dos termos de condenações dos que cometiam delitos comerciais ou infringiam os acórdãos e as posturas estabelecidas, assim como a indicação das respetivas “coimas” e contas da receita, apresentadas pelo tesoureiro da câmara ao Corregedor da Comarca. As condenações eram aplicadas, na generalidade, aos vendedores, lavradores, moleiros e taberneiros; tendo por base a falta de licença para exercício do ofício, a transgressão aos regulamentos e posturas ou ainda a venda de alimentos em condições impróprias. Os visados eram notificados para comparecer ao chamado ‘Auto de correição’, onde prestariam as alegações que entendessem convenientes para a sua defesa, relativamente aos factos de que eram acusados. Na grande maioria confirmava-se a condenação, por haver testemunhas que corroborassem a transgressão ou por não haver indícios contrários à acusação<sup>131</sup>.

### **1.1. As carências do Antigo Regime e os medos da sociedade moderna – a necessidade de Institucionalização dos Órgãos de Fiscalização Estadual e a carência de positivação penal**

Ao contrário da Idade Média onde as ruas, as praças, os locais públicos eram os pontos de encontro da população através das feiras, dos atos políticos e artísticos e mesmo das execuções de criminosos<sup>132</sup>, a partir do século XIX, estes mesmos locais, passam a ser os locais dos perigos,

---

<sup>128</sup> Entre outras funções destacavam-se fazer cumprir posturas sobre esterqueiras, canos, chafarizes, fontes e poços; controlar a atividade dos almotacés; fiscalizar os preços, os pesos e o tamanho do pão nos mercados e açougues; garantir a limpeza dos locais onde passaria o rei; mandar arranjar caminhos, calçadas e pontes por onde o monarca circulasse

<sup>129</sup> LANGHANS, Franz-Paul, *Estudos de Direito Municipal: As Posturas*, Ed. Tipografia da empresa Nacional de Publicidade, 1938 p.24, 31.

<sup>130</sup> MOURÃO, Carla, *Escritos do Arquivo Municipal de Ferreira do Zêzere, Curiosidades de outrora - livro para as correições e coimas da almotacaria da vila de ferreira*, Fevereiro, 2016.

<sup>131</sup> Nas audiências, eram levados “diários das inquirições que levantavam em correição, sob pretexto da demora causada pelas partes que intentavam” 22, com testemunhos diversos. Não seria este facto digno de nota se não fosse prática habitual “receber-se 480 réis por cada informação que se dava às partes, em correição ou fora dela” ou até mesmo “admitir testemunhas voluntárias que, em regra, depunham em função de vinganças e ódios pessoais”. Mais, havia casos em que as condenações eram tão numerosas (para além de injustas), que o povo as considerava “perdas de tempo (...) mais onerosas do que a própria condenação”.<sup>23</sup><sup>131</sup>

<sup>132</sup> sobre o assunto, por exemplo, Foucault, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

das rebeliões, das doenças e, por isso, devem ser evitados e, efetivamente, são esvaziados. Em consequência destes fenómenos inquietantes, Cecília Coimbra<sup>133</sup> explica-nos que nesta época histórica vai ser produzido “*o homem*” que hoje conhecemos: um ser voltado para dentro de si, onde o que predomina é a sua vida “interior”, os seus sentimentos, a sua “autenticidade”, enfim, o seu “íntimo”. Na realidade, ocorreu um processo psicossocial de alteração das prioridades em função dos tempos laborais, o Homem é agora uma ferramenta ao serviço do mundo laboral, aliás, a ciência e a técnica substituem o ser humano e este passa a questionar todos os fenómenos naturais e artificiais. Assim, tal como a autora anteriormente referida alude “o Homem moderno, sente necessidade de segurança, voltando-se para o “refúgio” que é a família, o lar, desqualificando e atribuindo grandes perigos aos espaços públicos. A intimidade do privado é que lhe dará garantias de bem viver; no público, nas ruas mora o mal, a desordem, as doenças.”<sup>134</sup> Como veremos adiante, esta conduta social terá um impacto na introdução e alargamento de mecanismos sancionatórios com vista a ampliar os níveis de segurança e estabilidade social.

Dos factos anteriormente referenciados, Richard Sennett<sup>135</sup> corrobora que esses sinais gritantes de uma vida pessoal desmedida e extremamente valorizada e de uma vida pública esvaziada e desqualificada são resultados de diferentes práticas que aparecem com a queda do Antigo Regime (sociedade absolutista) e fortaleceram-se com a formação de uma nova cultura urbana, secular e capitalista.

Apesar de até esta época histórica terem existido resquícios de preocupações com realidades próximas a bens jurídicos coletivos, a criação de um aparelho sólido de controlo estadual, apenas ocorreu na Europa, com a instituição do Absolutismo Régio<sup>136</sup>. Também se deve apontar, na senda de Franz Paul Langhans,<sup>137</sup> que não encontramos no período anterior ao século XVIII

---

<sup>133</sup> COIMBRA, Cecília Maria, Produção do Medo e da Insegurança, Disponível em “ <https://app.uff.br/slab/uploads/texto64.pdf>” Acesso em 15-02-20.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> SENNETT, Richard, *O Declínio do Homem político*, São Paulo, Cia das Letras, 1988.

<sup>136</sup>. Em bom rigor no que concerne especificamente às contraordenações, assistimos ao longo da idade média à existência de infrações de polícia, primeiro nos forais e depois nos degredos e posturas municipais e uma jurisdição própria para a sua punição e para a execução das respetivas sanções.

Costa Andrade explica-nos que o estado absoluto se caracterizou por uma vocação fortemente centralizadora e intervencionista. O seu triunfo significou um conflito com os velhos privilégios estamentais e a criação de um aparelho de poderosas máquinas administrativas a comandar tentacularmente as estruturas sobre as quais o novo estado assentava: exército, sistema fiscal e aduaneiro, e comércio externo. Cfr. COSTA ANDRADE, Manuel da «*Contributo para o conceito de contra-ordenação*», em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários* (Vol. I), ed. Coimbra Editora (Coimbra, 1998), p. 85.

<sup>137</sup> LANGHANS, Franz-Paul, *Estudos de Direito Municipal: As Posturas*, ed. Tipografia da empresa Nacional de Publicidade, 1938 p.120.

uma discussão sobre os fundamentos das *infrações de polícia* nem da sua relação com os fundamentos do poder punitivo do Estado, a sua localização no ordenamento jurídico e a sua diferenciação dos crimes e das penas. Uma das razões para a afirmação de um sistema autónomo foi a progressiva normatização dos órgãos policiais (com a consequente submissão a uma lei orgânica). Neste sentido Airton Seelaender<sup>138</sup> explica-nos que o sistema fiscalizatório policial era encarado inicialmente como um campo separado do direito, a “polícia” podia e devia ser objeto de normatização. Esta particularidade de submissão, assume, tal como explica Tiago Lopes de Azevedo<sup>139</sup>, um marco determinante para o progressivo afastamento entre o direito penal e o direito penal administrativo. Enquanto o direito penal se centrava nos direitos subjetivos individuais, o direito penal administrativo, nas palavras de Figueiredo Dias<sup>140</sup> supunha uma “proteção antecipada de perigos”.

Como já ficou antevisto, a necessidade de redimensionar a atuação do *ius puniendi* estatal começou logo desde que surgiram novos riscos da modernidade.<sup>141</sup> Nesta linha de inteligibilidade, Catarina Frade<sup>142</sup> aclara que “da Renascença italiana até ao século XX, o risco foi ganhando relevo principalmente nas práticas comerciais e no pensamento económico, com destaque para a chamada teoria da decisão racional. A partir da segunda metade do século XX, o discurso do risco galgou definitivamente as fronteiras da economia para tomar de assalto as ciências naturais, a psicologia, a antropologia ou a sociologia, adquirindo no processo novos significados.” Como se pode depreender, a partir de então a atividade legislativa passou a integrar a dimensão

---

<sup>138</sup>SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite, A “Polícia” e as funções do estado - notas sobre a “polícia” do antigo regime, Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. Vide também ORTOLAN. Joseph-Louis-Elzéar. *Éléments de droit pénal. Pénalité, Juridictions, Procédure. Suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles*, Paris, Plon, 1855, 907 p; 2e éd., 1856, prevendo as principais contravenções de polícia, que estariam subtraídas à competência da polícia municipal, as penas respetivas e instituindo os tribunais de polícia.

<sup>139</sup>AZEVEDO, Tiago Lopes de, *Da Subsidiariedade do Direito das Contraordenações*, Coimbra Editora.

<sup>140</sup>DIAS, José Figueiredo, *O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in Direito Penal económico e europeu – problemas gerais, Coimbra, Coimbra editora, 1998.

<sup>141</sup> Também Figueiredo Dias ressalta “Foi no tempo do Estado de polícia iluminista que surgiu uma ampla esfera da administração e um profuso ordenamento policial, todavia ainda sem subordinação a preceitos jurídicos. Com a Revolução Francesa, porém, a Administração juridifica-se e submete-se à legalidade, ao mesmo tempo que a atividade policial se concentra na produção antecipada de perigos indeterminados para a consistência dos direitos subjetivos do cidadão. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – A doutrina geral do crime*, Almedina, p.156.

<sup>142</sup> FRADE, Catarina, *O direito face ao risco*, Revista Critica de Ciências Sociais, 86, Setembro 2009, pp. 53-72.

do risco, e assim a introduzir métodos sancionatórios de controlo de determinadas condutas nocivas. Partindo desta ideia, Augusto Silva Dias<sup>143</sup> reitera que ocorreu no século XVIII uma autonomização do “magistério de polícia” material e institucionalmente distinto do “magistério criminal”.

Em boa verdade, como referencia Silva Leal <sup>144</sup>, a partir do momento em que se centraliza no Estado as estruturas de governabilidade, e inclusive a resolução dos conflitos a partir da ideia de punição, é que se verifica “uma total subtração do conflito por parte do Estado, que passa a ser o grande ofendido na sua potestade, apresentando-se a infração mais como uma ofensa ao paradigma de organização social baseada na legalidade, do que propriamente uma preocupação com o todo social, e com a comunidade politicamente organizada”<sup>145</sup>. Neste sentido, a afirmação dos estados absolutos, desenvolveu-se, como refere Alexandra Vilela<sup>146</sup>, o direito penal de polícia, sendo por essa altura que encontramos uma alteração do sentido dado aos conceitos de polícia e de soberania.

Do que ficou exposto podemos aferir que o alargamento das competências do Estado, e dotando o *poder executivo* de mecanismos sancionatórios próprios, as “coimas” tornaram-se num elemento permanente do direito moderno, servindo especialmente para garantir a eficácia da administração pública, muitas vezes embutidas na figura do “crime”. Tanto assim é que os projetos do Novo Código de Direito Público e do Código Criminal de Mello Freire introduziram várias disposições relativas à autonomização do poder policial dentro do próprio código, bem como um elenco vasto de delitos de polícia que passam por delitos de “armas defesas”, “caças e pescarias defesas”, “de vadiagem”, “de jogos e theatros”<sup>147</sup>.

Pese embora o alargamento dos mecanismos sancionatórios tenha contribuído para aumentar a estabilidade social e económica, cada vez mais, ao Estado enquanto órgão responsável pelo poder legislativo, iam sendo apontados vários problemas relacionados com a conflitualidade normativa que ia sendo construída em cima das leis já existentes. Na verdade, vários académicos do período da Idade Moderna, dedicaram-se ao estudo do impacto da conflitualidade normativa

---

<sup>143</sup> SILVA DIAS, Augusto, *Direito Contraordenacional*, Coimbra: Almedina, 2019 p.9

<sup>144</sup> LEAL, Jackson da Silva, *O paradoxo na história do poder punitivo moderno: entre a pretensão sistematizadora e a manifestação usurpadora e totalitária*, *Revista MÉTIS: história & cultura*.

<sup>145</sup> LEAL, Jackson da Silva, *O paradoxo na história do poder punitivo moderno: entre a pretensão sistematizadora e a manifestação usurpadora e totalitária*, *Revista MÉTIS: história & cultura*.

<sup>146</sup> VILELA, Alexandra, *O Direito de mera ordenação social, entre a ideia de recorrência e a erosão do direito penal clássico* Coimbra editora, ano de 2013, p. 33.

<sup>147</sup> Menções retiradas das epígrafes do código do projeto do Código Criminal de 1856.

no mundo do direito – em especial nas decisões judiciais e nos códigos que iam sendo construídos. Deve-se neste sentido destacar o contributo de Rudolf Goclenius der Jüngere (1613) que na sua obra “*Lexicon philosophicum, quo tanquam clave philosophiae fores aperiuntur*”,<sup>148</sup> o autor distinguiu com especial destaque, o conceito antinomia<sup>149</sup> normativa tanto em sentido amplo, que ocorria entre sentenças e atos normativos, quanto em sentido estrito, existente entre leis, o que indica que os fenómenos da pluralidade normativa sobre determinados factos típicos já eram uma realidade que preocupava a comunidade doutrinária. Assim iniciava-se o dilema doutrinário relativo à tutela plurifacetada dos bens jurídicos coletivos, em particular derivados de um regime de sobreposição normativa.

É certo que as mudanças comerciais, sociais e laborais que o século XVIII trouxe, e o choque provocado na sociedade pelas novas tendências económicas e comportamentais fizeram com que o poder político optasse, muitas vezes, por combater as “novidades modernas”, em nome da “conservação” do Estado e da ordem social tradicional. Nesses termos, adotando os ensinamentos de Seelander “competia à “polícia”, nesse contexto, restaurar a “boa ordem”, combatendo práticas e vícios contrários aos valores tradicionais de roupagem cristã (jogo, bebida, prostituição, bigamia, desonestidade no comércio, sedução de freiras), bem como indesejáveis condutas (como o nomadismo dos ciganos e de camponeses desenraizados, ou a imitação, por burgueses ricos, do modo de vida aristocrático)”<sup>150</sup>. Especial ênfase era dado, aqui, à proteção das barreiras interestamentais e intraestamentais: regulava-se detalhadamente não só a ordem de

---

<sup>148</sup> Obra do ano de 1616 disponível para consulta online. O autor apresenta na sua obra, para além da definição, soluções jurídicas assentes nos critérios dos dias de hoje (especialidade, hierarquia, consunção) Cfr. GOELENIUS, Rodolphus, *Lexicon philosophicum, quo tanquam clave philosophiae fores aperiuntur (etc.)*, 1613 p. 110. Local disponível de consulta digital da obra: <https://play.google.com/store/books/details?id=2etMAAAcAAJ&rdid=book-2etMAAAcAAJ&rdot=1&pli=1>.

<sup>149</sup> A propósito do significado da palavra antinomia remete-se as aceções para “*Ranzoli, Dizionario de Scienze filosofiche*” onde se diz que « Antinomia : Vocabolo usato originariamente nella teologia e nelle scienze giuridiche, per indicare la contraddizione tra due leggi o principî nella loro applicazione pratica a un caso particolare - Ranzolin, Cesare, Dizionario de Scienze filosofiche, 1952, Hoepli editora. O significado comum da palavra antinomia, mais exatamente o significado etimológico: “*Avtwopla*”, significa absolutamente uma contradição nas leis ou a citação de duas leis contrárias pelas partes no tribunal. A palavra latinizada (antinomia, ae) é encontrada em Roma com o mesmo escopo. FORIERS, Paul. “*Les antinomies en droit.*” *Dialectica*, vol. 18, no. 1/4, 1964, pp. 20–38. JSTOR, [www.jstor.org/stable/42964432](http://www.jstor.org/stable/42964432). Accessed 12 Dec. 2020. (p.20).

<sup>150</sup> SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite, “*Polícia*” e as funções do estado - notas sobre a “polícia” do antigo regime, Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. Para uma análise da restauração da “boa ordem” como razão de ser da “polícia” no início da Idade Moderna vide MAIER, Hans (1980). *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*. 2.ed., München, (C.H.), Beck.; SIMON, Thomas (2004). *Gute Policey- Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*. Frankfurt/M., V. Klostermann.

precedências em todas as ocasiões imagináveis, mas também tudo o que pudesse indicar a posição social de alguém (roupas, chapéus, carruagens, caixões, formas de tratamento)<sup>151</sup>. Daí o combate incessante ao luxo – que, além de perigoso para as almas e para o património dos súbditos, podia ocultar escandalosamente as diferenças estamentais.<sup>152</sup> Todo o surgimento deste Direito Penal de Polícia alicerçou-se nas palavras de Heinz Mattes, na necessidade de assegurar uma configuração social que satisfizesse as exigências dos tempos, bem como da sua ideia de Estado.<sup>153</sup>

Contudo, o início da integração de um sistema sancionatório não foi acolhido unanimemente na sociedade burguesa do século XVIII devido à violação de princípios fundamentais como sejam o princípio da igualdade ou princípio da proporcionalidade na restrição dos direitos fundamentais principalmente na classe mercantil. Gradualmente, as bases da “polícia” absolutista começaram a ser corroídas na fase final do Antigo Regime, em sociedades mais dinâmicas (como a francesa) em que crescia a oposição às ingerências da Coroa na vida social, sobretudo na esfera económica. Contudo, a burguesia francesa fortaleceu-se a ponto de não precisar mais de se submeter às iniciativas do Estado. Assim, ampliavam-se a resistência às companhias comerciais que monopolizavam todo o comércio<sup>154</sup>, às manufaturas monopolistas, às interferências governamentais nos negócios particulares e aos impostos necessários para manter a máquina administrativa em expansão.

---

<sup>151</sup> Para uma análise da legislação lusitana e seus objetivos de diferenciação estamental, cf. SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*. Frankfurt/M., V. Klostermann, ano 2003 .

<sup>152</sup> Já sob o prisma económico, cumpre advertir, ainda, que o combate ao luxo também tinha usualmente o objetivo de reduzir importações e assim impedir a “fuga da moeda” para outros estados (cf., e.g., as leis portuguesas elencadas em SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*. Frankfurt/M., V. Klostermann. p.48, n.14).

<sup>153</sup> MATTES, Heinz, *Problemas de derecho administrativo*, trad. Castelhana de J. M. Rodriguez Devesa, Privado, Madrid, 1979 p.76

<sup>154</sup> Filipe Araujo explica-nos que “Com o objetivo de aumentar os lucros comerciais com a exploração das colónias, aprimorar o processo produtivo e ultrapassar os países concorrentes, as nações europeias organizaram as Companhias de Comércio. Apesar de apresentarem administração independente, estes órgãos possuíam uma parte do capital que provinha do Estado. Durante os séculos XVII e XVIII, Portugal, que era o país colonizador do Brasil, organiza-se em quatro Companhias de Comércio: Companhia Geral do Comércio do Brasil, Companhia do Comércio do Maranhão, Companhia Geral do Comércio do Grão-Pará e do Maranhão e Companhia Geral do Comércio de Pernambuco e Paraíba. Entre essas, a primeira a ser criada foi a Companhia Geral do Comércio do Brasil (1649) e seu objetivo era referente às primeiras necessidades dos colonizadores no País. Fornecia escravos e garantia a locomoção do açúcar no território europeu, mantinha o auxílio à resistência de Pernambuco contra os invasores da Holanda e apoiava a recuperação da agricultura de cana-de-açúcar na região nordeste após os tumultos com os holandeses.” Fonte: Acesso em linha: Companhias de Comércio, <https://www.infoescola.com/historia/companhias-de-comercio/> .

Flávia Novera Loureiro realça que “ Na verdade, a luta contra o monopólio teve, por um lado, uma dimensão política, assente na tentativa de desconcentração dos poderes legislativo, executivo e judicial que, no período absolutista, estavam reunidos sob a égide do monarca. A centralização destes poderes e competências numa única pessoa, sem possibilidade de escrutínio ou controlo ou com uma capacidade muito limitada para tal, foi posta em causa através da progressiva difusão de um pensamento assente na compreensão do homem enquanto ser intrinsecamente digno e igual, dotado de um conjunto de direitos fundamentais que deveria

Em consequência dos movimentos político-liberais, os Estados europeus tornaram-se em órgãos ausentes da sociedade. Na realidade, com a revolução francesa é edificada “uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos”, como explica Gomes Canotilho<sup>155</sup>. No sentido liberal, a economia funcionava automaticamente de acordo com os impulsos espontâneos da “mão-invisível<sup>156</sup>”. Neste entendimento, o papel do Estado<sup>157</sup> deveria ser apenas o de simples garante dos direitos fundamentais dos cidadãos e garantia de todos os bens mínimos.

Deve-se assinalar, com especial importância para o nosso objeto de investigação, que a Revolução Francesa se assumiu como um marco primordial na consolidação de um sistema jurídico assente na “tripartidarização” e na submissão do direito administrativo sancionatório a uma lei – o que implicou a assunção de uma nova dinâmica na concepção da Administração sancionadora e do poder jurisdicional – enquanto órgão fiscalizador do comportamento executivo. Para além disso, assistimos no Código Penal Francês a uma correspondência a cada tipo de infração associada à natureza da pena aplicável, bem como a uma correspondência entre cada tipo de infração um específico tribunal competente e um específico tipo de processo.<sup>158</sup> Por último, deve-se referir que no plano da divisão entre os crimes, delitos e contraordenações, é precisamente no iluminismo francês (no Código Penal de 1791), que ocorre um marco teórico, no que respeita a fundamentação teleológica de cada um desses institutos, segundo a qual os crimes eram atos que violavam as leis da natureza, os delitos eram crimes que violavam o contrato social, e por fim as contraordenações eram violações das regras da ordem pública.<sup>159</sup> Tomando em apreço as palavras

---

poder expressar e fazer cumprir, LOUREIRO, Flávia Noversa, *Direito Penal da Concorrência - a tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Tese de Dissertação de Doutoramento, Braga, Universidade do Minho, 2015.

<sup>155</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2002 p. 58.

<sup>156</sup> Teoria criada e desenvolvida por Adam Smith.

<sup>157</sup> Sobre a concepção liberal do Estado, também sob o ponto de vista pessoal de cada cidadão, Luis. S Cabral Moncada faz uma caracterização interessante ao afirmar que a “concepção do Estado distingue-se das outras consoante o fim prosseguido. Qual será o fim do Estado para a concepção liberal? É a liberdade individual. Segundo esta concepção de Estado é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual. Dizer que o Estado tem como fim o desenvolvimento da liberdade individual significa também dizer que não tem um fim próprio, coincidindo o seu fim com os fins múltiplos dos indivíduos. A tarefa do Estado não consiste, portanto, em prescrever fins para cada cidadão mas em actuar de modo a que cada cidadão possa alcançar livremente os seus próprios fins individuais; o Estado deve garantir para cada indivíduo uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouverem. O Estado liberal não se preocupa nem com a salvação da alma nem com a virtude nem com o bem-estar económico, mas só com a garantia das condições externas para que cada cidadão possa prosseguir os seus fins individuais”. Cf., MONCADA, Luis S. Cabral, *Direito Económico*, Coimbra, Edições Almedina pág.23.

Vide ainda a propósito a propósito do papel do Estado guarda-noturno: SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1969 p.32.

<sup>158</sup> PRINS, Adolphe, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1899, p. 8.

<sup>159</sup> Closer, J.Pradel, *Droit pénale comparé*, Paris 1995, pp. 227 e segs.

de Alexandra Vilela<sup>160</sup>, a verdade é que no ordenamento jurídico português, aquando a criação do primeiro Código Penal (1852) o legislador em função do tipo de pena que fazia corresponder às diferentes infrações previstas no Código Penal, acabou por evidenciar que no fundo seguiu o critério classificatório tripartido francês.

### **Do Iluminismo europeu à criação de um ordenamento Sancionatório em matéria de defesa de bens-jurídicos coletivos**

É certo que o êxodo rural e o dinamismo económico citadino vieram impor a disciplina de condutas sobre um aglomerado de indivíduos que precisavam de ser reeducados para a vida das fábricas nos meios urbanos (desde a eliminação de resíduos sólidos, e comportamentos nocivos à saúde pública, à determinação da obrigatoriedade de licença de condução<sup>161</sup> e hábitos de higiene). Ademais, a vida social atingiu novas dimensões<sup>162</sup>, nomeadamente com o aumento dos tempos livres, aumento das acessibilidades, do poder económico e inclusive do tráfego comercial, que exigiam resolução de conflitos e novas dinâmicas punitivas e disciplinadoras dos novos riscos e perigos sociais.

É precisamente no século XVIII, com a doutrina de Mello Freire<sup>163</sup> que começa a busca pela delimitação, no ordenamento jurídico português, dos conceitos delitos de polícia e os delitos criminais. O caminho para tal solução passaria pela consideração – nas palavras de Mello Freire - “de factos que só por si e por sua natureza são inocentes e lícitos (...) que são impunes à falta de lei que os proíba; no entanto bem podem os governantes proibi-los se constituírem um grande perigo para a nação.”

---

<sup>160</sup> VILELA, Alexandra, *O Direito de mera ordenação Social*, entre a ideia de “recorrência” e a “erosão” do direito penal clássico Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 126.

<sup>161</sup> De enorme relevância, em 1928 foi publicado o primeiro Código da Estrada. Aliás, em boa verdade foram publicados o primeiro e o segundo. Em 6 de Fevereiro é publicado, em anexo ao Decreto n.º 14.988, o Código da Estrada, que entrou em vigor no dia 1 de março desse mesmo ano.

<sup>162</sup> BELL, Daniel, *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Alianza, Madrid, 1976, p. 65 explica-nos que: “A fonte mais importante de mudança estrutural na sociedade - mudança nas formas de inovação, na relação da ciência com a tecnologia e as políticas públicas - o que constitui a mudança do conhecimento: crescimento exponencial e especialização da ciência, surgimento de uma nova tecnologia intelectual, a criação de pesquisas sistemáticas por meio de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, além de todas as opções acima, a codificação do conhecimento teórico”.

<sup>163</sup> Cfr. MELLO FREIRE, Paschoal, *Instituições de Direito Civil Potuguez*, 155 (n.º 256), p.202 – Documento histórico.



Posteriormente, os movimentos do constitucionalismo moderno, influenciados pelos ideais liberais, trouxeram uma reflexão sobre a necessidade de positivizar alguns dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Assim, paralelamente ao que se passava no resto da Europa, o constitucionalismo português (apesar de ser de cunho liberal) do século XIX, introduziu novas incumbências, agora com caráter *de lei fundamental*. Aliás, no que particularmente respeita os bens jurídicos coletivos, surgem, ainda no século XIX, alguns indícios sobre uma preocupação com a conservação da natureza. Na verdade, na Constituição de 1822, por exemplo, atribuía-se o dever às câmaras municipais de plantarem árvores em terrenos concelhios e em baldios, e em 1892, com o Decreto n.º 8, de 5 de dezembro de 1892, falava-se já em contaminação das águas e no regime sancionatório do Regulamento dos Serviços Hidráulicos. Como consequência, em 1919<sup>164</sup>, encontramos uma Lei das Águas. De salientar, ainda a propósito do bem jurídico ambiental, as políticas de enriquecimento dos solos<sup>165</sup>, ou a sistematização das diretrizes para uma política de conservação da natureza.

De enorme contributo para o nosso objeto de estudo, os programas da Regeneração portuguesa não se limitavam a uma nova Constituição, mas também incorporaram um Código Penal. Apesar do Código Penal de 1856, ter sido objeto de várias críticas, do mesmo consegue-se concluir que ocorreu uma tentativa de localização sistemática das “contravenções”. Perfilhando os ensinamentos de Augusto Silva Dias<sup>166</sup> “a nova infração penal apresentava assim dois traços fundamentais: a natureza preventiva, centrada no afastamento de perigos, e a irrelevância do *dolus malus*”. Na realidade, esta tentativa de enquadramento, nas palavras de Silva Ferrão<sup>167</sup> procurava que a diferenciação das infrações penais das contravenções estivesse apenas a cargo do legislador e não dos órgãos aplicadores do direito.

No que concerne precisamente à dimensão volumétrica das contravenções, no sentido em que cada vez mais aumentou a sua aplicação no século XIX, Silva Ferrão<sup>168</sup> observava já que era um sinal característico da civilização moderna. Para além disso, deve notar-se que paralela-

---

<sup>164</sup> Decreto com força de Lei n.º 57/87 iiii, de 10 de Maio.

<sup>165</sup> referidos no próprio relatório que acompanhava o Plano de Povoamento Florestal de 1938.

<sup>166</sup> SILVA DIAS, *Augusto, Direito das Contraordenações*, Coimbra: Almedina, p.13, 2019.

<sup>167</sup> SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Coódigo Penal Portuguez*, ed. *Typographia Universal*, 1856 vol. 1, p. 15.

<sup>168</sup> SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Coódigo Penal Portuguez*, ed. *Typographia Universal*, 1856 vol. 3, p. 226.

mente à introdução das contravenções no Código Penal, assistimos a uma progressiva criminalização. Faria Costa<sup>169</sup> é do entendimento de que a *hipercriminalização* começou por força do ideário demoliberal e mais cedo do que o que normalmente se aponta e que por outro lado, tal atitude não correspondia de modo algum a uma intenção de circunscrever tentacularmente todas as atividades dos particulares, mas com o intuito de os proteger, já que só através da justiça criminal estariam aqueles defendidos da arbitrariedade da administração.

Para que não restem quaisquer ambiguidades, assinale-se que já existia no Código Penal de 1856 um conjunto de ilícitos típicos com um *bem jurídico protegido* semelhante aos atuais bens jurídicos coletivos presentes no atual código penal e na legislação penal avulsa. Neste sentido, convém evidenciar a presença de um artigo dedicado à *criminalização de venda de substâncias venenosas*, abortivas ou sem as formalidades exigidas pela legislação (art. 248.º)<sup>170</sup>, à criminalização da corrupção de géneros alimentares (artigo 251.º) incluindo neste último a alteração de géneros destinados ao consumo humano, venda de géneros corruptos, e objetos cujo uso seja necessariamente nocivo à saúde, a criminalização do fabrico, venda e posse de qualquer mecanismo tendente a gerar explosão (art.253.º), a criminalização da violação dos períodos de caça autorizados pelos municípios, à entrada em terrenos de caça sem autorização do proprietário (art.254.º) e a utilização de redes de pesca proibidas (art.255 n.º 2), o crime de alteração dos preços, que resultariam da natural e livre concorrência nas mercadorias, géneros ou fundos do comércio (art.276.º).

Para além da proteção constitucional do ambiente, o código penal de 1856 dedicou um artigo à proteção da água, sub-articulado no artigo 251 n.º 2.º do código referido precedentemente,

---

<sup>169</sup> FARIA COSTA, José «A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social», AA. VV., *Direito Penal Económico: textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

<sup>170</sup> “Aquele que expozer à venda, vender ou subministrar substâncias venenosas ou abortivas, sem legitima autorização e sem as formalidades exigidas pelas respetivas leis ou regulamentos, será condenado à pena de prisão correccional não inferior a três meses e multa correspondente. “Tal como se colocou o artigo, nos moldes acima concebidos, este levantou várias dúvidas, que ainda hoje se suscitam – no que concerne precisamente à criminalização da venda de substâncias perigosas sem licenciamento, devido às interpretações doutrinárias a propósito da dignidade penal. João Teixeira de Rebello<sup>170</sup> nos comentários ao Código Penal de 1856 refere que o “facto previsto neste artigo é uma contravenção” acrescenta ainda o autor que se tratava de uma contravenção apenas porque assume unicamente um carácter preventivo e não repressivo. ( REBELLO, João Teixeira de, *Código Penal Anotado*, Porto, Typographia Guthenberg, 1895 ). Naturalmente que esta interpretação não coincide com a letra da lei uma vez que o Código Penal de 1856 era bastante claro quando referia que a venda de substâncias perigosas sem licenciamento implicava pena de prisão correccional.

reiterando que aplicar-se-ia a mesma pena de prisão do art.º 251 ao “que lançar em fonte, cisterna, rio, ribeiro ou lago cuja água serve a bebida, qualquer cousa que torne a água impura ou nociva à saúde.”

Como seguramente se depreende da análise das disposições referenciadas, o perigo enquanto realidade imanente à sociedade humana e à tomada de consciência da fragilidade da vida humana e dos sistemas onde se desenvolvem as atividades económicas e sociais levou o legislador penal de 1856 a formar juízos criminalizadores sobre condutas de carácter potencialmente perigoso.

Segundo pensamos o modo como se desenhou a estrutura sancionatória oitocentista, a mesma levantou vários problemas – pois, pese embora a separação do capítulo das contravenções<sup>171</sup> de polícia no código penal de 1856, uma parte da doutrina<sup>172</sup> entendia que os crimes na qual estava prevista uma pena de prisão poderiam revestir a forma de contravenções. Tal posição denota já uma dificuldade quer na aplicação dos conceitos de crime e contraordenação, quer na delimitação dos pressupostos que circunscrevem os limites materiais do direito penal. Compreende-se que o velho problema da delimitação das fronteiras entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional começava já a ganhar contornos à medida em que a vontade do legislador aumentava no plano da criminalização. Na verdade, a propósito desta hipertrofia legislativa no século XIX, Nuno Brandão<sup>173</sup> alude que uma das principais consequências da Constituição de 1822 foi o facto “da entrada no seio jurídico-penal de toda a ordem de prescrições do poder executivo central e local que faziam acompanhar as suas determinações de ameaças de sanções que contendiam tanto com a liberdade, como com a fazenda ou o património dos infratores, mediante aplicação de prisão, de multas, de coimas, de confiscos, *etc.* ”

---

<sup>171</sup> Nuno Brandão explica-nos que pese embora existir um capítulo dedicado às contravenções “o Código não tipificou qualquer contravenção no título a elas referido, a identificação, de entre as muitas infrações criminais da parte especial do Código e da legislação extravagante, de quais seriam aquelas que deveriam merecer a qualificação de contravenção, continuando a ideia de polícia a jogar um papel determinante ” BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contraordenações, da cisão à convergência material*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra p.108.

<sup>172</sup> Vide que Henriques da Silva dizia-nos que “o facto incriminado como crime ou como delito constitui por si a violação de certas condições da vida social ou da ordem legal, o facto incriminado a título de contravenção, como a venda de substâncias venenosas ou abortivas sem legitima autorização(...), em si mesmo não afecta por nenhum modo qualquer dessas condições.” Também Levy Maria Jordão referiu que é de “lamentar a falta de uma previsão sistematizada e separada dos tipos contravençionais, que faz com que algumas delas se achem introduzidas no Código por entre os crimes” JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez, I*, Typographia de José Baptista Morando, Lisboa, 1853 p. 10.

<sup>173</sup> BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contraordenações – Da cisão à Convergência Material*, Tese de Dissertação de Doutoramento – Universidade de Coimbra p. 103.

Para além dos ilícitos elencados anteriormente, surge ainda no século XIX uma preocupação legislativa sobre as normas de higiene e saúde no local de trabalho <sup>174</sup>. Ora, no que precisamente diz respeito à Higiene e Saúde Laboral, observa-se que os Decretos de 14 de abril de 1891 e de 16 de março de 1893, dispuseram sobre inspeção das condições de trabalho, norteados já por princípios que hoje subsistem. Por eles foram criadas, “para efeito de inspeção,” circunscrições industriais, havendo em cada uma delas um inspetor industrial, subordinado à Direção-Geral do Comércio e Indústria. Por seu turno, pelo Decreto de 14 de abril de 1891 regulamentou-se o trabalho de menores e das mulheres nos estabelecimentos industriais.

Em Portugal, apesar de todos os esforços regulamentares, o surgimento de um organismo policial destinado ao controlo das infrações económicas e comerciais, apenas aparece na História portuguesa no ano de 1893, na Polícia Civil de Lisboa, por decreto do Rei D. Carlos I – com a Polícia de Inspeção Administrativa (esta tinha já competências muito semelhantes às da atual ASAE<sup>175</sup>, sendo responsável pelo combate aos delitos económicos e contra a saúde pública – apenas na cidade de Lisboa).

À medida que nos aproximamos do século XX, as novas tecnologias fomentadas pela revolução industrial <sup>176</sup> deixavam adivinhar uma profunda alteração do mundo operário e agrícola. Na realidade, a substituição do homem pela máquina, suscitou um aumento dos níveis de desemprego<sup>177</sup>, e um esgotamento dos recursos naturais, com consequências drásticas para o ambiente, e consequentemente para os bens jurídicos coletivos, em particular nas palavras de Mário Monte<sup>178</sup> emergia uma administração mais intervencionista, mais comprometida com a realização das tarefas generalizadas. Aliados a estes fatores, estavam ainda as falhas de mercado, às quais o Estado liberal amplamente limitado na sua função não era capaz de dar resposta. Por outro lado, era

---

<sup>174</sup> Informação obtida diretamente no site oficial da ACT. Acesso em linha [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/SobreACT/QuemSomos/EvolucaoHistorica/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/SobreACT/QuemSomos/EvolucaoHistorica/Paginas/default.aspx) .

<sup>175</sup> A informação contida neste estudo a propósito da História da ASAE foi extraída do site oficial da ASAE <https://www.asae.gov.pt/>

<sup>176</sup> A Revolução Industrial levou à urbanização, que, por sua vez, também provocou problemas relacionados à geração de resíduos sólidos (lixo), à ocupação desordenada do solo com desmatamento e impermeabilização, à contaminação dos recursos fluviais com esgotos e resíduos sólidos, ao aparecimento de ilhas de calor etc.

<sup>177</sup> Um estudo bastante interessante veja-se FORD, Martin Rise of the Robots, *Technology and the Threat of a Jobless Future*, BASIC BOOKS, New York 2015 .

Conferir também BRUCKNER, Matthias (Et als.) , *The impact of the technological revolution on labour markets and income distribution*, Department of Economic & Social Affairs, Frontier issues, ONU.

MOHAJAN, Haradhan Kumar, *The First Industrial Revolution: Creation of a New Global Human Era*, Journal of Social Sciences and Humanities Vol. 5, No. 4, 2019, pp. 377-387.

<sup>178</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga: AEDUM, 2017 p.108.

patente que este tipo de modelo não era apto a corrigir as perigosas falhas de mercado<sup>179</sup>, deixando brechas que já não poderiam ser ignoradas.

Além de tudo o referido, ocorreu ainda em meados do século XX, uma internacionalização das economias mundiais<sup>180</sup>, sobretudo com a criação de uniões económicas e monetárias, uma proliferação de bens e serviços de um modo descontrolado e um aumento das práticas consumistas, em virtude da melhoria geral das condições de vida. Porém, as melhorias na economia, no bem-estar, trouxeram consigo um conjunto de riscos e perigos associados à incerteza e falta de informação sobre os possíveis resultados das ações. Perante tal situação, incumbiu ao Estado Social de Direito criar novas dimensões regulatórias do risco<sup>181</sup> e do perigo, na medida em que os tornassem aceitáveis no modelo social vigente e que acomodassem as exigências de segurança inerentes à convivência social e à atividade económica. Nesta perspetiva, o risco<sup>182</sup> é considerado como *o quid* sobre o qual se exerce a missão reguladora do direito, como o problema ou o conflito que exige uma solução capaz de restabelecer o equilíbrio e a segurança na sociedade.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> Vide por exemplo MARCIANO, Alain and MEDEN, Steven G., *Market Failure in Context, History of Political Economy 47* (annual suppl.) Copyright 2015 by Duke University Press.

BOLTHO, Andrea, TONILOLO, Gianni, *The assessment: the twentieth century*, Oxford Review of Economic Policy, Volume 15, Issue 4, December 1999, Pages 1–17.

<sup>180</sup> Para um estudo aprofundando vide CRAFT, Nicolas, *Globalization and Growth in the twentieth century*, International Monetary Fund, Março de 2000 p. 25-31.

<sup>181</sup> Vide a propósito LEVI-FAUR, David, *The welfare state: a regulatory perspective*. Rev. Public admin, 92: 599-614, Wiley, 2014.

<sup>182</sup> Convem notar na senda de TAYLOR-GOOBY, Peter, *New Risks and Social Change*, Article in Perspectives on Politics – Cambridge Core, December 2005 "New social risks are the risks that people now face in the course of their lives as a result of the economic and social changes associated with the transition to a post-industrial society.

<sup>183</sup> Soraya Boudia et Nathalie Jas explicam-nos que [Traduzido do inglês] "Todas essas dificuldades levaram os cientistas envolvidos nas investigações a desenvolver uma variedade de estratégias para lidar com os ataques feitos contra eles e afirmarem a sua posição na ciência. Essas estratégias incluem a definição de "normas" para "padronizar" práticas especializadas, a fim de obter, salvo os casos de resultados inigualitários, resultados com o menor número possível de discrepâncias. Aperfeiçoando a experiência padrão práticas e desenvolvendo sistemas regulatórios, para especialistas foi uma atividade importante (...). Dependendo do contexto, foi dada ênfase ao desenvolvimento e promoção de sociedades profissionais (Reino Unido, Alemanha) e / ou a criação de sociedades profissionais com diplomas ou credenciações oficiais. A legislação designou oficialmente os próprios especialistas e as práticas a serem usadas por esses especialistas (França). A dificuldade de conhecimento científico e dos especialistas em adotar posições de destaque e suplantando outros tipos de prática não é exclusiva para o século XIX. A sua presença, sobrevivência profissionalismo e visibilidade dependiam do trabalho em andamento que eles realizaram, que envolveu muitos compromissos sobre o que eles foram capazes de saber ou o que sabiam e o que aqueles com quem interagiram (...) Além disso, enquanto os sistemas regulatórios abrangiam muitas atividades, a partir do final do século XIX, tornou-se mais complexo, assumindo um papel cada vez mais nacional e uma dimensão internacional a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e enquanto expandiam maciçamente e adquiriam um alto perfil, outros métodos de gerenciamento de risco continuaram a existir, especialmente o controle legal. Embora os processos judiciais sejam relativamente visíveis - principalmente através dos meios de comunicação-, as práticas profissionais, como observa Nathalie Jas no caso de pesticidas, continuam a competir com sistemas regulatórios. Essa prática, que se baseou em outras formas de lógica, visava minimizar a realidade dos "riscos" e remover, tanto quanto possível, as restrições que os "riscos" constituíram depois de terem sido realmente reconhecidos. Uma dessas formas de prática tem sido o controle direto ou

Apesar de todos os problemas que a Europa vintista sofria (em particular a desocupação de postos de trabalho e a concentração do capital nas mãos de capitalistas industriais<sup>184</sup>), há que salientar que na República Portuguesa se principiou neste momento a entender que as estruturas policiais “concebidas para a criminalidade geral” e a própria *Polícia de inspeção administrativa*<sup>185</sup>, não estavam aptas para a resolução eficaz contra os delitos económicos e comerciais. De tal modo que se admitiu, desde então, na legislação e nas estruturas orgânicas a vertente da especialização policial, partindo-se do pressuposto que determinadas condutas careciam de modos fiscalizatórios e de controlo distintos de outras infrações. Assim em 1910<sup>186</sup>, é criada a Polícia Administrativa (também referida como "Polícia Administrativa e Sanitária"), sucedendo à Polícia de Inspeção Administrativa de Lisboa, mas, desta vez, com extensão nacional. A Polícia Administrativa pertence a uma repartição diretamente dependente da Direcção-Geral de Segurança Pública (DGSP). Em 1931, é criada a Inspeção-geral dos Serviços de Fiscalização dos Géneros Alimentícios (IGSFGA) para a defesa da saúde pública, com o objetivo principal de combater a falsificação de alimentos.

Não poderíamos deixar de mencionar que fruto do Estado Novo, obteve-se uma diversidade de legislação avulsa contravencional e legislação penal sobre uma diversidade de atividades económicas e condutas públicas que atentavam contra a ordem do regime. Na verdade, o surgimento do DI n.º 41.204 de 24 de junho de 1957 respeitante às Infrações Contra a Saúde Pública

---

indireto dos sistemas reguladores. (...) BOUDIA, Soraya et JAS, Nathalie, « *Risk and Risk society in Historical Perspective* », *History and Technology*, 23, 4, 2007, p. 317-331.

<sup>184</sup> Vide com uma explicação bastante pormenorizada “A crise financeira de 1891: uma tentativa de explicação, SANTOS, Luís Aguiar, *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, e também no âmbito do mesmo período histórico REIS, Jaime, *O atraso económico português em perspetiva histórica* (1860-1913) *Análise Social*, vol. XX (80). 1984-1.º, 7-28. Este último autor acrescenta salienta que “Essencialmente são três as teses que têm sido utilizadas para explicar este fracasso. Segundo uma delas, o mal radicava-se na dependência externa do País. Durante o século XIX, Portugal foi forçado a especializar-se na produção de produtos primários, uma boa parte da qual era exportada para um mercado largamente dominante – a Inglaterra. Em consequência da falta de protecionismo alfandegário, imposta em larga medida por este último país ou pelos interesses sectoriais portugueses mais ligados a ele, Portugal apresentava uma elevada propensão para importar manufaturas inglesas. Isto dificultava o seu desenvolvimento industrial. Deste modo, a economia via-se relegada a uma especialização produtiva, a primária, de produtividade não só baixa, como difícil de elevar. Portugal via-se igualmente privado de beneficiar de uma das principais fontes de crescimento ao dispor das economias avançadas – a indústria moderna.

Já no âmbito de crise financeira internacional vide: FELS, Rendigs. "American Business Cycles, 1865-79", *The American Economic Review* Vol. 41, No. 3 (Jun., 1951), pp. 325–349 em JSTOR. A propósito das causas do pânico de 1878 convém ver DAWNAY, Ludo, *A Cliometric investigation into the causes of the us panic of 1873*, *The student economic review* VOL. XXIX trinity college, Dublin p. 27-38, 2015.

<sup>185</sup> Com o DECRETO-LEI n.º 18:640/30. D.G. I Série. [Criação da Inspeção Geral dos Serviços de Fiscalização de Géneros Alimentícios] e com DECRETO-LEI n.º 20:282/31. D.G. I Série. (31-08-31). [Regulamentação dos serviços da Inspeção Geral dos Serviços de Fiscalização de Géneros Alimentícios] *Polícia urbana em Portugal: história da polícia e histórias de polícias, 1860-1960*.

<sup>186</sup> Por decreto de 17 de outubro de 1910, Vide SOUSA, António Francisco de, *Manual de Direito Policial: Direito da ordem e segurança públicas*, *Vida económica*, julho 2016, p.121.

e a Ordem Económica, bem como do Decreto lei n.º 42.641 de 12 de Novembro de 1959 – este último relativo à regulação das infrações bancárias e atos de comércio, manifestava já a preocupação em ordenar sistematicamente as infrações económicas. É precisamente nos inícios do século XX, que a coima, nas palavras de Lang-Hinrichsen<sup>187</sup>, transformou-se paulatinamente na “rapariga para todo o serviço”, no “abre-te Sésamo” da nova política criminal, sendo através dela possível resolver um sem-número de questões sancionatórias que quebraram a cabeça a várias gerações passadas.

No que concerne à evolução dos órgãos de fiscalização de atividades económicas, a disseminação da Polícia Cívica em várias polícias, conduziu à autonomização da Polícia de Segurança Pública (PSP) em 1935, a qual herda, igualmente, as competências das antigas Polícia Administrativa e IGSFGA. Acresce-se ainda que as dificuldades dos abastecimentos provocadas pela Segunda Guerra Mundial levaram à necessidade de embutir o seu racionamento em Portugal. A falta de abastecimentos levou ao aumento de crimes como a cartelização e a especulação. Neste sentido, com o objetivo de coordenar o racionamento dos abastecimentos e de combater a criminalidade económica daí resultante, é criada, em 1943, a Intendência-Geral dos Abastecimentos (IGA), no seio do Ministério da Economia. A IGA também assume as competências de fiscalização económica que tinham ficado com a PSP em 1935.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado social, o Estado incapaz de lidar sozinho, delegou competências sancionadoras na Administração, face ao crescente número de infrações resultado do intervencionismo desmesurado nas diversas áreas da vida social e aos movimentos generalizados de criminalização.<sup>188</sup> Lobo Moutinho defende mesmo que foi o intervencionismo do estado na segunda metade de novecentos que levou ao surgimento da legislação contraordenacional.<sup>189</sup>

Todo esse contexto de limitação do *ius puniendi* do Estado atingiu conceitos muito mais complexos com o advento das organizações internacionais e suas necessidades específicas, principalmente no que diz respeito à circulação livre de pessoas, mercadorias e bens e a integração

---

<sup>187</sup> LANG-HINRICHSEN, Dietrich, “« *Verbandsunrecht*». Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten”, in: Geerds / Naucke (orgs.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 62.

<sup>188</sup> Marcelo Prates fala no “retorno” da Administração ao poder punitivo e não no “ingresso”: ob. cit., pág. 26.

<sup>189</sup> LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contraordenações – ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica editora, 2008, p.17.

num espaço comum. Em boa verdade, após a II Guerra Mundial, expandiu-se a necessidade de um controle sobre os Direitos Humanos na Europa, surgindo instituições alicerçadas na tutela dos valores fundamentais como sejam o Conselho Europeu e mais tarde o TEDH, bem como legislação que incide precisamente sobre a tutela dos Direitos Fundamentais, referimo-nos aqui, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante “CEDH”).

Contudo, à medida que a intervenção estadual ia aumentando, os problemas relacionados com o tipo de sancionamento que existia no ordenamento jurídico e em particular, aqueles relacionados com a localização das contravenções e das transgressões de polícia dentro do código penal iam perturbando os tribunais judiciais e administrativos, bem como a comunidade doutrinária. Com o desiderato de pôr fim ao conflito entre crimes, contravenções e transgressões, Eduardo Correia trouxe para o ordenamento jurídico português as noções alemãs de Erik Wolf, Eberhard Schmidt, que já tinham sido sujeitas a apreciação negativa na década de 1940 por Beleza dos Santos<sup>190</sup>, inaugurando-se agora o novo trilha do “*direito de mera ordenação social*”.<sup>191</sup> Na verdade, a pedra angular de Eduardo Correia assentou na modificação do código penal e na “redefinição” dos fundamentos da sanção jurídico-penal. Da análise do Projeto do Código Penal concebido por Eduardo Correia, ressalta-se que a pena criminal passou a assendar o seu fundamento como consequência da culpa ética, não podendo esta entender-se “num sentido puramente externo de vingança, de retribuição do mal com o mal, mas alcança, justamente num verdadeiro plano ético, um sentido de expiação.”<sup>192</sup> Assim sendo, se analisarmos com cuidado o pensamento de Eduardo Correia, constatamos que o mesmo foi inspirado na doutrina de Eberhard Schmidt,<sup>193</sup> no que se refere precisamente à função e finalidade da *pena criminal*. Face a esta delimitação substancial do conceito de ilícito criminal, estavam criadas as bases para a autonomização do novo ilícito contraordenacional. Do mesmo modo que no ilícito criminal, foi na doutrina alemã que Eduardo Correia buscou a fundamentação teleológica e axiologicamente neutra do conceito de contraordenação, expurgando do código penal tudo o que fosse as contravenções e as transgressões de

---

<sup>190</sup> Referimo-nos ao estudo SANTOS, Beleza dos, “*Ilícito penal administrativo e ilícito criminal*”, Revista da Ordem dos Advogados, p. 40 e ss.

<sup>191</sup> “Pode dizer-se que [o Decreto-Lei n.º 232/79] se integra num movimento de reforma geral da legislação penal portuguesa, o qual se iniciou há duas décadas, tendo estado na origem de um Projecto de Código Penal (1963-1966), da autoria do Prof. Eduardo Correia, Ministro da Justiça que, cerca de quinze anos mais tarde, assinou, aliás, o Decreto-Lei n.º 232/79” (Parecer n.º 4/81, in: *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º vol., Lisboa, INCM, 1983, p. 224).

<sup>192</sup> CORREIA, Eduardo, “*Código Penal. Projecto da Parte Geral*”, Coimbra, 1963, p. 30.

<sup>193</sup> Vide SCHMIDT, Eberhard, “*Probleme des Wirtschaftsstrafrechts*”, SJZ, 1948 e também SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Grundsatzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung, Tubingen., J.B.C. Mohr, 1950. p. 27 e ss.



polícia (embora a extinção definitiva das contravenções só ocorresse com a Lei 25/2006 e com a Lei 30/2006). Esta construção moderna de Eduardo Correia, foi um passo primordial na delimitação do conceito de *ilícito criminal* e *ilícito contraordenacional*, ilícito este que nas palavras de Eduardo Correia<sup>194</sup> :

“(...) não envolve a violação daquele mínimo ético, daqueles valores éticos fundamentais que ao direito penal cumpre afirmar pela inflição de penas, mas a infração de normas que servem certos fins técnicos ou de ordenação da sociedade, no domínio da economia, da saúde, da instrução, do tráfego, etc., ou de carácter puramente policial e cuja inobservância significa tão-só desobediência, falta de atenção, intempetividade relativamente ao cumprimento de normas da administração e que, menos que a ideia ética de expiação, de culpa, e, portanto, de pena, exige a aplicação de medidas de outra espécie: coimas, multas não penais, etc.”

De notar que, pese embora existir vários projetos legislativos com vista a mudança do regime jurídico-penal vigente, só após a instituição da Constituição democrática e liberal de 1976 é que finalmente é composta uma Comissão de Reforma do Código Penal<sup>195</sup>. Para além da reforma do código penal, foram também objeto de estudos, conforme observa Figueiredo Dias<sup>196</sup>, os domínios da delinquência juvenil, do direito de mera ordenação social, do direito processual penal e do direito de execução das penas.

No que precisamente diz respeito à Lei das Contraordenações, o Decreto-Lei n.º 232/79 espelhou os princípios e as regras da Lei das Contraordenações alemãs, estabelecendo-se desde logo um critério formal identificador do facto ilícito contraordenacional: “constitui contraordenação todo o facto ilícito e subjetivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima” (art. 1.º-1).”

---

<sup>194</sup> CORREIA, Eduardo, “*Código Penal. Projeto da Parte Geral*”, p. 78.

<sup>195</sup> A Comissão, indigitada pelo Ministro da Justiça do VI Governo Provisório, era integrada pelos Professores Eduardo Correia e Jorge de Figueiredo Dias, pelo Conselheiro António Miguel Caeiro e pelos Assistentes da Faculdade de Direito de Coimbra José Beza e José de Faria Costa – cf. MONTEIRO, Cristina Libano, “*O Código Penal de 1982 – subsídio para uma compreensão histórica da sua génese*”, *BFUDUC*, vol. LXVIII, 1992, p. 268.

<sup>196</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *A reforma do direito penal português: princípios e orientações fundamentais*, Imprensa: Coimbra, Universidade de Coimbra, 1972. p. 12.

Como confirmado por Mário Monte<sup>197</sup>, o critério estabelecido no art.1.º do RGCO, é um critério que encerra poucos problemas, mas é também muito incipiente. Elucida-nos ainda Mário Monte que “esse critério, porém não responde à questão mais complexa de saber que critérios se devem seguir para atingir esse resultado formal, isto é que critérios deve o legislador se orientar, para consagrar uma conduta como contraordenação, como infração punível como coima”. Na mesma senda que Mário Monte, Miguel Machado<sup>198</sup> explica-nos que esta impossibilidade de saber qual o tipo de infração que está associado à forma de se ter introduzido no sistema punitivo um molde necessariamente abstrato, “remetendo o seu preenchimento para um conteúdo, que não se encontra definido”.

Saliente-se do mesmo modo que, para além das “questões” relacionadas com a natureza da “*contraordenação*” e os pressupostos exigíveis para a sua intervenção, o decreto-lei n.º 232/79 apresentou um conjunto de problemas, nomeadamente a falta de condições de funcionamento e de organização dentro da Administração Pública, adequadas a intervir no processamento das contraordenações, a passagem brusca das transgressões e contravenções para contraordenações e problemas de constitucionalidade. Tudo isto conduziu a que a aplicação do DL 232/79 fosse suspensa até ao ano de 1982, ano que foi promulgado o DL 433/82.

Além das incertezas sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, o diploma aqui em análise, expôs como razão para essa revogação vários problemas de aplicação prática, particularmente, a inexistência de quaisquer iniciativas promovidas no sentido de dotar a Administração das condições de funcionamento e de organização adequadas a intervir no processamento das contraordenações e das contravenções a elas equiparadas, sugerindo a que a execução do regime legal fosse “suspensa” até serem concretizadas as medidas tidas por necessárias a “uma eficaz aplicação do diploma”.

Aqui chegados, tomamos emprestadas as palavras de Nuno Brandão<sup>199</sup> quando afirma que “se hoje, porventura poderá dizer-se que aquele DI 433/82 teve um envelhecimento precoce, revelando dores de crescimento e indifaráçáveis insuficiências, não se poderá de todo o modo,

---

<sup>197</sup> MONTE, Mário Ferreira, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga, AEDUM, p.57.

<sup>198</sup> MACHADO, Miguel Pedrosa, *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*, Lisboa : Universidade Católica Portuguesa, 1984 p. 200.

<sup>199</sup> BRANDÃO, Nuno, *Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades*, Scientia Iuridica Tomo LXVI, 2017, n.º 344.

deixar de sublinhar um ou outro mérito dessa peça legislativa,” já que as traves mestras desse diploma permaneceram intocáveis até aos nossos dias.

Com efeito a transição vivificada em 1982 estendeu-se até um período que nos é mais próximo. Em 2006, surgiram várias leis despenalizadoras, entre as quais a Lei 25/2006 e a Lei 30/2006, onde constava que as transgressões e contravenções deixariam de existir, passando as respetivas infrações a enquadrar-se no domínio do Regime das Contraordenações, ficando, deste modo, o nosso regime jurídico composto apenas por crimes e contraordenações.

### **Do surgimento de uma tutela criminal e contraordenacional à convergência entre ilícitos de diferente natureza – A questão da fluidez das fronteiras entre sanções penais e administrativas**

Progredindo as políticas de segurança assim, resultou claro que se começou a gerar uma consciência coletiva de fiscalização e prevenção de riscos sociais às ameaças que pesavam sobre a qualidade de vida humana (com particular ênfase no trabalho, na saúde, e no ambiente) generalizando-se um sintoma de insegurança<sup>200</sup>. Com efeito, partindo da associação lógica entre comportamento humano e risco, foram surgindo, em meados do século XX, estudos relativos à capacidade de medição objetiva do perigo.<sup>201</sup> Concretamente analisando, o risco<sup>202</sup> passou a ser melhor apreendido<sup>203</sup> e ocupou um papel primordial na consciência preventiva<sup>204</sup>, que anteriormente nunca

---

<sup>200</sup> Veja-se o a propósito CASTEL, Robert., *L'insécurité sociale: qu'est-ce qu'être protégé?* Paris, France : Seuil, 2003.

<sup>201</sup> DOUGLAS, Mary, *Risk as a Forensic Resource*. Daedalus, 1990, vol. 119, 1990, n.º4, 1-16/ HACKING, Ian. *The Taming of Chance*. Cambridge-New York- Port Chester. Cambridge : Univ. Press, 1990- refere a « domesticação » do risco para descrever a tendência das sociedades atuais de assumirem o controle do risco, através de programas de redução de risco voltados para a tolerância zero, tendência que ocorreu nos Estados Unidos em 1960, no Reino Unido em 1980 e no resto da Europa por volta de 2005.

<sup>202</sup> O risco pode ser definido como uma *forma sistemática de lidar com os perigos e as incertezas produzidos e introduzidos pela própria modernização de acordo com Ulrich Beck in Risk Society*.

<sup>203</sup> Ao longo da história, sempre existiram situações ou fatores de risco e as implicações levantadas por eles encontram-se já presentes mesmo antes do início da Modernidade. Beck dá como exemplo as viagens marítimas de descoberta de novos continentes do século XV. Aos empreendimentos levados a cabo pelos navegadores da época dos Descobrimentos associava-se já uma elevada dose de risco. O que distingue os riscos daquela época dos riscos associados à contemporaneidade é, nomeadamente, o seu alcance: enquanto o risco assumido pelos navegadores do século XV se revestia de implicações de natureza estritamente pessoal, o risco actual, ontologicamente, caracteriza-se pela sua dimensão global e pelas consequências que pode causar à humanidade enquanto espécie. BECK, Ulrich, *Risk Society*, Sage Publications LTD p 21.

<sup>204</sup> De enorme relevo para a compreensão do conceito de consciência coletiva veja-se Durkheim o criador do próprio conceito de “conscience collective”: “O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se

havia preenchido, relacionado agora com o próprio desenvolvimento das ciências e das atividades humanas. Ora, é precisamente esta evolução de percepção sobre interesses que Eduardo Correia<sup>205</sup> refere que passou a existir uma “*ressonância moral na consciência dos indivíduos.*” Perante tal impacto “ontológico,” o modo de gestão do risco tornou-se essencial. Na realidade, este comportamento de controlo resultou do fenómeno designado como *modernidade reflexiva*<sup>206</sup>. A partir desta última capacidade cognoscitiva, resultou claro que à medida que a economia ia evoluindo os riscos iam aumentando. Apesar de todos os esforços de diagnósticos preventivos, observou-se<sup>207</sup> que os riscos produzidos pela ação humana não tinham limites, uma vez que a sua probabilidade é incalculável e as suas consequências insanáveis.

Dada a especialidade das condutas fomentadoras do perigo e a multiplicidade de situações que necessitavam de disciplina, nas palavras de Figueiredo Dias<sup>208</sup>, “o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia – perniciosa, mas difícil de evitar – de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social e assim deu ênfase ao fenómeno da hiper-criminalização e ao surgimento daquilo que chamou *direito penal administrativo*<sup>209</sup>”. Consequentemente, ao direito penal foram impostas novas complexidades – que emergiam da necessidade de conciliar o conceito de perigo e risco com critérios normativos – externas ao direito penal. Na verdade, a compreensão de que a integridade humana e de que as “estruturas sistémicas” necessárias ao seu desenvolvimento implicou uma atividade persecutória especializada e a adoção de normas jurídicas bastante vagas e flexíveis e, em suma, um suporte arquitetado na acessoriedade<sup>210</sup> do Direito Administrativo (tal situação ocorre, por exemplo, nos tipos criminais previstos no

---

encontram: eles passam, ela permanece. (...) Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira”. DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Editora Abril, Coleção Os Pensadores), 1979, p. 40 – 41.

<sup>205</sup> CORREIA, Eduardo, “*Direito penal e direito de mera ordenação social*”, BFDUC, vol. XLIX, 1973, p. 266.

<sup>206</sup> Desenvolvida por Anthony Giddens.

<sup>207</sup> Cfr. A obra DODD, Nigel. *Social theory and modernity*. Cambridge, UK: Polity Press, 1999.

<sup>208</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.157.

<sup>209</sup> Esta denominação varia de acordo consoante o enquadramento e localização da natureza sistemática das contraordenações, sendo no ordenamento jurídico vulgarmente aceite a denominação direito de mera ordenação social, direito penal secundário.

<sup>210</sup> Muñoz Conde, embora o mesmo admita que muitas vezes é necessário o emprego das normas penais em branco, tal possibilidade conferida dá margem de difícil interpretação da lei. Se o legislador traz conceitos de obscura interpretação, sem distinguir bem o lícito do ilícito, resta impossível sancionar a conduta que se pretende proibir, ferindo assim o princípio da legalidade. O legislador, por sua vez, deve sempre valer-se de conceitos os mais precisos e claros possíveis na hora de delimitar a conduta proibida, fazendo com que o destinatário da norma tenha a completa compreensão do ilícito penal e determinando a conduta que venha a ser digna de pena, e, ainda, remetendo às normativas administrativas as quais o destinatário deve observar, para que se diminua a margem de erro. Uma segunda crítica trazida por esse autor é de que o legislador penal acaba por transferir a sua função de legislar à autoridade administrativa, que, se assim fosse, quebraria os princípios da legalidade, da autonomia do direito

art.281.º do CP, 282.º do CP, 278.º-A do CP, art. 279 CP). Daqui decorrem consequências específicas da instrumentalização do Direito Penal, destacando-se a simbolização do direito penal, chegando mesmo Chevalier a designar o fenómeno como “panaceia jurídica.”<sup>211</sup>

Além disso, a conceção do Direito Penal como instrumento de controlo social sobre bens jurídicos coletivos, colhendo os ensinamentos de Cruz Bottini<sup>212</sup>, implicou uma transferência para o Direito Penal da tarefa de gerir o perigo, levantando-se aqui a velha questão de saber qual o perigo exigível para a atuação do direito penal ou do direito contraordenacional. O autor supra-mencionado acrescenta que se acabou por impor ao poder punitivo do Estado uma função pedagógico-social, de socialização, de civilização, que enseja uma expansão desmesurada, fora dos patamares mínimos pretendidos por um modelo de Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a existência de uma pluralidade de fontes, paralelamente ao fenómeno da hiperregulação que se produziu, nos últimos tempos com o objetivo de prever todas as situações possíveis, gerou não somente uma incerteza quanto ao universo normativo que rege um bem jurídico, mas também problemas de incompatibilidade entre as normas do mesmo sistema jurídico<sup>213</sup>. Tudo isto se explica pelo facto de inexistir uma capacidade de harmonização e controlo

---

penal e da divisão de poderes, o que é refutável pelo simples fato de que, quando o legislador penal faz uso correto da norma em branco, ele traz o comportamento a ser sancionado claramente delimitado, e assim não há que se falar em quebra de nenhum desses princípios, vez que a conduta será bem definida, com o preenchimento dos elementos necessários na definição da matéria de proibição na letra da lei penal e, não, na lei administrativa. MUÑOZ CONDE, Francisco. *La protección del medio ambiente en el nuevo código penal español*. In: Actas do I Congresso de direito do ambiente da Universidade de Lusíada, Porto. Porto: ILDA, 1996. p. 29.

<sup>211</sup> Cfr. A título de exemplo Chevallier, Jacques, *L'Etat de droit*, Montchrestien, (4 éd.) Paris, 2003 “Les sociétés contemporaines connaissent un spectaculaire élargissement du champ de la juridicité, attesté par de multiples signes: de nouveaux foyers de droit, au niveau européen et au niveau local, ou encore par l’institution d’instances de régulation indépendantes; explosion judiciaire, qui montre que les acteurs sociaux ont recours de manière croissante aux dispositifs de protection juridiques; la formulation des revendications sociales en termes de droits à conquérir ou de statut à obtenir; la demande de droit appelée par l’apparition de problèmes nouveaux, comme l’environnement ou la bioéthique (lois du 29 juillet 1994); l’élévation du niveau d’exigence par rapport à la norme, qui n’a plus seulement pour devoir d’assurer la liberté ou de veiller à la sécurité, mais encore «de traquer le risque, voire l’inconfort ou le simple désagrément».

<sup>212</sup> BOTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 p.158/159.

<sup>213</sup> Veja-se o crime do art. 306.º do CP “abuso e simulação de sinais de perigo” quando posicionado ao lado art.º 64.º do Código da Estrada. Também o art. 279.º n.º 1 do CP, em particular na sua parte relativa à poluição sonora, quando confrontado com o art. 28.º do Regulamento Geral do Ruído ( DL n.º 9/2007, de 17 de Janeiro) demonstra problemas de incompatibilidades. Acrescente-se ainda à matéria o crime de exportação ilícita de bens presente no art. 33.º do RJIAE quando confrontado com o art. 21.º do DL n.º130/2015 de 9 de julho. Além de tudo o já referido acresce ainda a questão da criminalidade no fabrico de alimentos para animais, vide o crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais (art. 25.º do RGIAE) quando confrontado com o art.10.º do Dec. Lei. n.º 161/2003 e o art. 41 do Dec. Lei n.º 289/99.

De um modo mais grave que os outros bens, já a criminalidade no fabrico da alimentação humana também assume a mesma dissonância presente no art. “contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares” em antagonismo total com os art.24.º n. 6.º do Decreto-Lei n.º 290/2003, art.º 13 do Decreto-Lei n.º 76/2010, de 22/07, Art.º 13.º,

legislativo pelas entidades parlamentares no momento da introdução no ordenamento jurídico. Se prestarmos atenção, a busca incessante pela criminalização e até mesmo pela criação de “contraordenações” sobre determinados bens jurídicos não foi objeto de um estudo sobre a tutela já existente sobre esses bens – exigência esta que hoje assume apenas o carácter de recomendação<sup>214</sup>. Contrariamente às exigências que aqui traçamos no âmbito do processo legislativo, Hans Kelsen alertou precisamente a comunidade jurídica no sentido de que a validade de uma norma só pode ser verificada pelo confronto do seu enunciado com a experiência da sua aplicação, consequentemente só poderíamos saber se uma norma é válida depois de ocorrida a experiência.<sup>215</sup>

Consequentemente, uma grande maioria dos ilícitos criminais foram simplesmente “abafados”, perdendo em imensa medida a sua aplicação, por força do poder inspetivo das autoridades fiscalizadoras, e uma vez que “impugnada a decisão da autoridade administrativa ou interposto recurso judicial somente pelo arguido, ou no seu exclusivo interesse, não pode a sanção aplicada ser modificada em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrente.<sup>216</sup>” Por outro lado, certos ilícitos contraordenacionais foram “esquecidos no tempo”, assim é com a maior parte dos

---

art.º 5.º da Lei n.º 75/2009, art.º 9 do Decreto-Lei n.º 225/2003 (fabricação de sumos de fruta e néctares), Decreto-Lei n.º 216/2008, de 11/11 - Art. 10º, n.º 1 (alimentos dietéticos), Decreto-Lei n.º 74/2010, de 21/06 - Art. 9º, n.º 1 (alimentos especiais), Decreto-Lei n.º 290/2003, de 15/11, - Art. 6º (fabricação de açúcar), o Decreto n.º 43834 (Exercício da atividade de moagem e trigo), Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23/08 - Artigo 12.º, n.º 1, alíneas a a d e n.º 2 (fabricação de vinho), o crime do art. 33.º RGIAE (Exportação ilícita de bens) e o Decreto-Lei n.º 10/2015, e o art.º 92 do RGIT, e as contraordenações do Artigo 109.º do RGIT (Introdução irregular no consumo); o Crime de Incêndio Florestal e o art.38.º do DL 124/2006 no crime de dano contra a natureza (art.278.º CP) e o art.22.º da Lei da Conservação dos Habitats Naturais.

<sup>214</sup> Exigência esta que consta do Guia de legística para a elaboração de atos normativos, Edição Divisão de Edições da Assembleia da República, Assembleia da República Lisboa, maio de 2020 p.18.

<sup>215</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed, São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 7.

<sup>216</sup> Texto integral do número 1 do artigo 72.º-A do Regime Geral das Contraordenações. A jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra é de que “A consagração do princípio da proibição da reformatio in pejus, na fase de impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa no direito sancionatório contraordenacional, acabou por ser uma transposição do direito processual penal, mas que parece não se coadunar com a estrutura do processo aqui em questão. Se estivermos perante um concurso de contraordenações, a proibição da reformatio in pejus afere-se pela coima única conjunta, o que faz com que, se uma coima parcelar for agravada e outra reduzida, não implique, necessariamente, uma violação do princípio em questão, pois só o aumento da coima única conjunta consubstancia uma concreta violação ao princípio da proibição da reformatio in pejus. (Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (Brizida Martins), de 04-10-2006.). No que diz respeito à alteração da qualificação jurídica, Lacerda da Costa Pinto entende que (mesmo no âmbito do Direito Processual Penal) que o tribunal não fica impedido de proceder a essa alteração desde que seja ressalvado o contraditório, podendo, assim, agravar a sanção abstrata, mas sem ultrapassar o limite concreto da sanção que consta da decisão recorrida. (Costa Pinto, Frederico de Lacerda da in *Ensaio de Homenagem a Amadeu Ferreira – Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Vol. II, p.148.) De notar esta interpretação do autor o mesmo refere na mesma obra que o princípio da proibição da reformatio in pejus na impugnação judicial é inconstitucional. Por esse motivo, consubstancia a sua posição em vários argumentos, como o número 1 do artigo 111.º da Constituição da República Portuguesa que refere a separação de poderes.” TIAGO LOPES DE AZEVEDO defende a opinião de que deve vigorar o princípio da proibição da reformatio in pejus, mas não de forma absoluta. Como refere o autor, o problema deste princípio é “a prevalência de diferentes valores adjetivos sancionatórios potencialmente conflituantes: manutenção de garantias de defesa do arguido, procura da verdade material e celeridade processual.” AZEVEDO, Tiago Lopes de, *O direito das contraordenações e o princípio da reformatio in pejus em especial a LQCA*, in Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, 2013, Ética e Direito, pp.180 a 184).

ilícitos do RGIAE, que assumem uma regulamentação contraordenacional especializada de modo paralelo ao RGIAE (*vide* por exemplo o crime do art. 25.º do RGIAE “contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais” quando confrontado com o regime contraordenacional presente no art.10.º do Dec. Lei. n.º 161/2003 e no art. 41.º do Dec. Lei n.º 289/99).

Por tudo aquilo que já foi referenciado, consideramos não ser arriscado afirmar a apreciação de Pedro Caeiro<sup>217</sup>, no sentido de que as fronteiras entre o Direito Administrativo e o Direito Penal têm-se tornado “nebulosas” e, acrescentamos nós, nas áreas que incidem sob a tutela dos interesses dos bens coletivos. Na verdade, como temos vindo a insistir, constatamos vários casos de incongruência normativa entre a lei penal e a lei contraordenacional, mas também casos de concurso aparente entre os próprios regimes contraordenacionais. Sob este âmbito de análise, os bens jurídicos presentes em certos ilícitos criminais assumem uma tutela contraordenacional paralela sem qualquer tipo de critério objetivo que deveria ser assente na culpa, na gravidade da conduta, no benefício económico que o agente retirou da prática do facto, no modo de execução da mesma, na gravidade das suas consequências, bem como no grau de violação dos deveres impostos ao agente. Neste sentido, problemas vão germinando quando nos debruçamos sobre a organização de possíveis requisitos para a delimitação do meio sancionatório como seja o nível exigido de prevenção geral de integração, as exigências de retribuição da culpa, a realização das finalidades de prevenção especial. Deixar o critério da escolha do tipo de sanção ao órgão administrativo ou jurisdicional, nos casos em que ocorre a concorrência de intervenção de tutela não poderia deixar de violar o princípio da legalidade<sup>218</sup> que impõe um grau de determinabilidade e segurança na aplicação do *ius puniendi*.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> CAEIRO, Pedro. *The influence of the European union on the “blurring” between administrative and criminal law* in Do labels still mater? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of EU, Institut d'études europeenes, Edition de l'université de bruxelles 2014 p.171.

<sup>218</sup> Previsto entre nós no art. 1.º do Código Penal, art. 1.º do Regime Geral das Contra-ordenações.

<sup>219</sup> No mesmo sentido que o nosso RAMIREZ TORRADO, Maria Lourdes, *La tipicidade en el derecho administrativo sancionador*, Estudios de Derecho - Estud. Derecho- Vol. LXVIII. N° 151, junio 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia p.47.

Na mesma perspetiva anterior, Stubbs <sup>220</sup> referencia que uma delimitação legislativa arquitetada de modo a que as infrações penais e administrativas não se cruzassem em qualquer momento seria o ideal num mundo jurídico perfeito. Mas, não podemos interpretá-la de outra forma que não seja “utópica”. Para que tal situação se torne realidade, é indispensável um planeamento jurídico muitíssimo elaborado entre ambos os poderes na qual se expande a proteção do “bem jurídico”, em particular o Ministério Público e as entidades administrativas especializadas. Na mesma posição que a nossa, encontra-se Zaffaroni<sup>221</sup> cuja posição doutrinal defende que sempre que não exista esta comunhão de conhecimentos surgirão as mais perigosas combinações entre fenómenos de alienação técnica de políticos com outros de alienação política dos técnicos aplicadores, gerando um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político. Apesar de tudo, mesmo os sistemas jurídicos mais organizados, na prática, não são capazes de impedir a coincidência entre normas penais e administrativas, já que sempre haveria um contexto em que as duas naturezas seriam misturadas.

Parecer-nos-ia claro que o problema da compatibilidade substancial entre ilícitos contraordenacionais e criminais fosse resolvido com os critérios doutrinários denominados como qualitativos e quantitativos. Segundo nos parece, no que concerne ao critério qualitativo,<sup>222</sup> partindo do pressuposto de que só o ilícito criminal assume relevância ética, se a conduta típica criminal está tipicamente construída do mesmo modo no ilícito contraordenacional, não poderemos dizer que o ilícito é ético-socialmente indiferente ou que não existe uma ressonância ético jurídica do ilícito. Ainda assim, também não podemos asseverar com plenitude de convicção que o ilícito assume a relevância ética dado que o ilícito está tipificado no regime contraordenacional, e por esse motivo, acaba por ser “esvanecido” todo o conteúdo ético da conduta.

---

<sup>220</sup> STUBBS, Katja Sugman; JAGER, Matjaz. *The organization of administrative and criminal law in national legal systems: exclusion, organize dor non-organized coexistence* in Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU. Galli, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (ed.), Bruxelas: Editions de L'Universite de Bruxelles..

<sup>221</sup> ZAFARRONI, Eugenio Raul, Em torno de la cuestión penal. Buenos Aires: Bdef. 2005 p.77.

<sup>222</sup> Desenvolvidos entre nós por Eduardo Correia e no ordenamento alemão por Goldschmidt e Erik Wolf. Para mais desenvolvimentos sobre a posição de Goldschmidt veja-se CEREZO MIR, José “*Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo* Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, p.161.



Por outro lado, já no que diz respeito aos critérios quantitativos, que assendam a sua essência na gravidade das infrações<sup>223</sup>, os mesmos mostram-se insuficientes dado não existir qualquer critério que permita apurar, do ponto de vista da gravidade do facto, qual o nível de intervenção que é exigível para que qualquer meio interventivo possa de um modo fundamentado ser aplicado.

Partindo dos pressupostos mencionados anteriormente, Mário Monte reconhece o problema que estamos a analisar quando refere que “dúvidas existem, (...) nos casos em que as condutas são eticamente relevantes, mas não requerem a tutela penal, por força do princípio da subsidiariedade.”<sup>224</sup>

Debruçando-se precisamente sobre a conflitualidade normativa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>225</sup>, doravante TEDH, reconheceu a possibilidade de que mesmo levando em consideração o contexto jurídico-penal de que as decisões sancionatórias são tomadas, a possibilidade teórica da existência de responsabilidade criminal e contraordenacional é no mínimo um elemento militante relevante em favor de uma qualificação "mista" dos referidos ilícitos.

Para além disso, mesmos nos casos em que existe uma norma de isenção de responsabilidade criminal sob o cumprimento de determinados pressupostos, como é o caso por exemplo do art. 26.º do RGIAE, esta não anula a hipótese de uma concorrência aparente, nos casos em que esses pressupostos não sejam cumpridos. Aqui se colocará a questão da *ultima ratio* de intervenção jurídico-penal e a sua compatibilidade no Regime Geral das Contraordenações (art. 20.º do RGCO).

Por outro lado, para além dos problemas substanciais que se prendem com a natureza exata da contraordenação e da pena criminal e que afetam o enquadramento qualificatório, a questão da convergência entre sanções penais e administrativas traz-nos a questão da *legitimidade de cumulação dos regimes sancionatórios*, já que esse é o problema que está por detrás do estudo

---

<sup>223</sup> Um dos autores principais desta teoria é JESHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol.1. , Barcelona, 1981, p. 80 e ss. Em Portugal o critério de distinção qualitativo viria a ser defendido por Eduardo Correia, em CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e de Mera Ordenação Social* in AA.VV, *Direito Penal Económico e Europeu*, Textos Doutrinários, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998

<sup>224</sup> MONTE, Mário Ferreira, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga, AEDUM, p.57.

<sup>225</sup> Paragrafo 97 - CASO DE EZEH E CONNORS v. Reino Unido do TEDH, (Pedidos nos . 39665/98 e 40086/98) de 9 de outubro de 2003.

que aqui se analisa, e que no fundo parte do princípio da impossibilidade de um duplo sancionamento pela mesma conduta imposta pelo art. 29 n.º 5 da CRP. Como nos explica Lobo Moutinho<sup>226</sup>, a impossibilidade de cumulação de regimes sancionatórios fundamenta-se na medida em que “a estrutura real e o significado valorativo do crime e da contraordenação, por um lado, e da pena e da coima, por outro, não sejam reciprocamente alheios mas, pelo contrário, apresentem uma proximidade (...) que é impeditiva da sua acumulação.” Ora, esta impossibilidade de cumulação, é solucionada pela transposição de critérios construídos que foram concebidos para os concursos de penas criminais – e que estão previstos no art. 19.º e 20.º do RGCO. Nestes termos, no ordenamento jurídico português vigora, entre outros, o princípio da consunção do facto contraordenacional pelo facto criminal nos casos de concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais. Dúvidas se levantam, a propósito de saber se a regra do art. 20.º do RGCO<sup>227</sup> se aplica também às situações de concurso efetivo (seja real ou ideal) – já que o artigo apenas se refere aos casos em que existe um concurso aparente. Somos da opinião de que não foi intenção do legislador o alargamento da intervenção do direito criminal nas situações de pluralidade fáctica, uma vez que na construção da norma do art.20.º foi referida expressamente a expressão “o mesmo facto”. Mesmo assim, considerando que o art. 20.º do RGCO só se aplica nos casos de concurso aparente de normas, esta posição legislativa levanta-nos a velha questão a propósito do princípio da intervenção subsidiária do direito penal.

Na verdade, nesta última apreciação, está em causa o princípio da *ultima ratio* de intervenção jurídico-penal, neste sentido o direito penal só intervirá quando outros meios jurídicos menos gravosos se reputem insuficientes para assegurar a eficácia do ordenamento jurídico. Esta é, para nós, uma derivação do art. 18.º da CRP. Perfilhamos, neste sentido, as palavras do Tribunal Constitucional<sup>228</sup> português quando mencionou que “o direito penal se por um lado, na sua função punitiva, irroga sanções que manifestamente limitam ou restringem os direitos fundamentais é também o ramo do direito em que se estrutura a garantia desses mesmos direitos, quer através da regulamentação do poder de punir de modo a que não possa ser utilizado arbitrariamente pelos órgãos do Estado quer através das mais graves ofensas a esses mesmos direitos.” Face a tudo

---

<sup>226</sup> LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contra-ordenações, Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008 p. 36.

<sup>227</sup> Também presente nos artigos 28.º da lei quadro das contraordenações ambientais - doravante LQCA, no art. 134 do Código da Estrada.

<sup>228</sup> Acórdão n.º 464/2001 do Tribunal Constitucional.

isso, não se compreende como se consagra a prevalência do ilícito criminal, uma vez que o ordenamento jurídico tipificou a possibilidade de para o mesmo facto, a conduta ficar salvaguardada mediante a intervenção do direito sancionatório contraordenacional. Naturalmente que, para além disso, o princípio da necessidade da pena, decorrente do artigo 18º, nº 2, da Constituição, está bastante debilitado, na medida em por um lado se impõe a necessidade de intervenção jurídico penal, e por outro, como refere Figueiredo Dias<sup>229</sup> embora violando um bem jurídico, essa conduta pode ser suficientemente controlada por meios não criminais de política social.

Na doutrina portuguesa, Simas Santos e Lopes de Sousa<sup>230</sup> consideram que nos casos em que há a prática de mais do que um facto ilícito e se preenchem as hipóteses de crime e contraordenação não se aplica a regra do art. 20.º do RGCO, sendo o agente sempre punido, cumulativamente, com as sanções correspondentes a cada uma das infrações.

Quanto a nós, parece-nos que o problema reside na compatibilidade do art. 20.º do RGCO que regulou apenas o concurso aparente, com o art. 38.º do RGCO, que refere que “quando se verifique concurso de crime e contraordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processamento da contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal.”

Por seu turno, para Pinto de Albuquerque “se houver concurso de crime e contraordenação, quer seja concurso ideal, quer seja concurso real a autoridade judiciária competente para conhecer o crime é também competente para conhecer da contraordenação.”<sup>231</sup> No mesmo sentido estão Simas Santos e Lopes de Sousa<sup>232</sup>, Sérgio Passos<sup>233</sup>, e Augusto Santos Silva<sup>234</sup>

---

<sup>229</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pág. 323.

<sup>230</sup> SIMAS SANTOS, Manuel / LOPES DE SOUSA, José, *Contraordenações – anotações ao regime geral*, VISLIS editores, 2001 p.179.

<sup>231</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações*, Lisboa: Universidade Católica Editora p. 132. No mesmo sentido vide o acórdão do TRP de 19-12-2007 onde se diz que “O art. 38º do Regime Geral das Contraordenações abrange todas as situações de concurso ideal ou real de ilícitos criminais com as infrações contraordenacionais que estejam conexas com aquelas.”, Ac. TRP de 19-12-2007, Processo: 0714350, Joaquim Gomes.

<sup>232</sup> SIMAS SANTOS, Manuel / LOPES DE SOUSA, José, *Contraordenações – anotações ao regime geral*, VISLIS editores, 2001 p.256.

<sup>233</sup> PASSOS, Sérgio, *Contraordenações - anotações ao Regime Geral*, Coimbra: Almedina p. 282.

<sup>234</sup> SILVA, Augusto Santo, *Direito das Contraordenações*, Coimbra: Almedina, Fevereiro de 2018, p.216.

Contrariamente à posição anterior, para Beça Pereira<sup>235</sup>, Oliveira Mendes e Santos Cabral<sup>236</sup>, a propósito partindo do disposto nos artigos 20.º, 82.º, n.º 1 e 90.º, n.º 2 do RGCO sustenta-se que o citado art. 38.º, n.º 1 abrange apenas as situações de concurso ideal heterogéneo, resultante de o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação.

Segundo entendemos, o facto do legislador no art. 20.º do RGCO prever um regime específico para os casos de concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais, não pode nunca pôr em causa a questão da competência para o processamento das respetivas decisões que incidem sobre a matéria de concurso de infrações, sejam elas relacionadas com concurso aparente seja concurso real<sup>237</sup>. Na verdade, parece-nos que o legislador quis atribuir uma dimensão de maior ponderabilidade e garantia dos direitos fundamentais nos casos em que existe um concurso real ou aparente de normas, reservando a competência para o processamento da contraordenação e do crime sempre ao Ministério Público (art.38 RGCO). Por outro lado, a abertura de espaços de maleabilidade decisória, em particular permitindo que a autoridade administrativa decida se determinado facto está numa situação concursal implicaria uma violação do disposto no art. 24.º do RGCO. Tal pensamento é também perfilhado pelo TRP<sup>238</sup> no acórdão de 01/04/2020 onde se corroborou que “encerrado o inquérito com a prolação de despacho de acusação, no qual seja imputado o cometimento, em concurso, de crime e de contraordenação, não é admissível a separação posterior dos processos criminal e contraordenacional, com a remessa às entidades administrativas de certidão para conhecimento da contraordenação, mas antes cabe desde então ao tribunal criminal o conhecimento da matéria contraordenacional, independentemente do desfecho da ação penal.”

Qualquer apreciação que entenda reservar apenas as situações de concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais para o Ministério Público, deixaria em aberto as situações em que um facto (hipoteticamente) conectado com o facto criminal, fosse alienado da competência

---

<sup>235</sup> BEÇA PEREIRA, António, *Regime Geral das Contraordenações*, (2005), Coimbra: Almedina ag. 82 e ss.

<sup>236</sup> OLIVEIRA MENDES, António / SANTOS CABRAL, José, *Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas*” p. 101 e ss 2004.

<sup>237</sup> Também no mesmo sentido vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra Processo: 137/18.0T9LRA.C1 de 24/10/2018, relatora Isabel Valongo e ainda Acórdão do Tribunal da Relação de Évora Processo: 22/10.3GTPTG.E1 de 06/09/2011.

Paulo Pinto de Albuquerque acompanha-nos com a tese de que nestes casos a competência do MP é designada por competência originária Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 132 e ss.

<sup>238</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1/4/2020 Processo: 234/17.9PRPRT.P1, Juiz Relator: Maria dos Prazeres Silva.

do Ministério público em virtude da autoridade administrativa entender ser um facto em concurso real.<sup>239</sup>

Face a tudo o que foi exposto, é possível concluir que a dificuldade de separar de forma clara o Direito Contraordenacional e o Direito Penal acontece pelos seguintes fatores:

1. Determinadas disposições legais combinam áreas da atividade social com o objetivo central da regulação de bens jurídicos coletivos sem critérios autónomos de determinabilidade.
2. Certas disposições normativas circulam entre a tipificação criminal e contraordenacional de acordo com os interesses da política criminal, sem um prévio estudo, podendo falar-se na ocorrência de má técnica legislativa.
3. A técnica legislativa deficitária gera situações de um concurso aparente de normas entre as disposições criminais e contraordenacionais, levando a ocorrência de derrotabilidade normativa.
4. Para além disso, há ainda problemas conceptuais que se situam no plano do sentido e alcance da sanção contraordenacional.

---

<sup>239</sup> Mário Monte refere também “quando a infracção pode ter natureza criminal – ou havendo dúvidas – a entidade administrativa deve remetê-la para o Ministério Público. Depois quando a infracção é remetida ao Tribunal, por se pensar tratar-se de contraordenação, ela deve ser julgada pelo tribunal competente para o crime (art.177 n.º 1) ou quando existe concurso de infracções contraordenacional e criminal ambas as infracções correm termos no processo penal (art. 38 n.º 1 do RGCO) MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga: AEDUM, 2017 p. 90 .

## CAPÍTULO II

### SUBSÍDIOS EPISTEMOLÓGICOS PARA O CONCEITO DE CONTRAORDENAÇÃO

**SUMÁRIO:** 1. Premissa metodológica. 2. A definição de sanção em geral e a especificidade da noção de sanção contraordenacional 2.1. Delimitação do conceito de sanção jurídica contraordenacional. 2.2.1 Critérios materiais qualitativos. 2.2.2. Critérios materiais quantitativos. 2.2.3 Critérios ecléticos

#### 1. PREMISSA METODOLÓGICA

Traçar a atual fisionomia do conceito de contraordenação implica abordar as suas diferenças relativamente ao ilícito criminal. Partimos assim, já no início, perfilhando as palavras do Tribunal Constitucional, que o direito de mera ordenação social “é um *aliud* relativamente ao direito penal, é um ramo diverso, um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal”<sup>240</sup>. Porém, esta menção não nos fornece a forma de quais são os critérios de delimitação daquilo que se possa distinguir. Nestes termos, procuraremos expor as principais características que o ilícito contraordenacional assume no ordenamento jurídico português, para posteriormente analisarmos o modo como determinados ilícitos estão antagonicamente desenhados. A consolidação do instituto da contraordenação mediante o DL n.º 433/82, de 27 de outubro e legislação extravagante, que sob a sua alçada foi gradualmente introduzindo novos tipos contraordenacionais, foi acompanhada de um amplo debate na doutrina, na jurisprudência e nos trabalhos de reforma legislativa em torno do critério de diferenciação entre o direito penal e o direito contraordenacional. Na verdade, ainda não foi aqui discutida intensamente a já “velha questão” de saber qual o tipo de diferença que intercede entre um e outro, se de natureza qualitativa ou apenas quantitativa, assim se contrapondo as chamadas teses qualitativas e quantitativas. O problema aparece reiteradamente como uma necessidade do próprio sistema jurídico, da qual depende a solução para questões da mais variada ordem.

##### 1.1. A DEFINIÇÃO DE SANÇÃO EM GERAL E A ESPECIFICIDADE DA NOÇÃO DE SANÇÃO CONTRAORDENACIONAL

Qualquer delimitação concetual a propósito da noção de sanção contraordenacional implica um determinado grau de complexidade, não só porque a definição de ilícito, em geral, surge como problema, que envolve toda a *Ciência do Direito*, mas também devido à

---

<sup>240</sup> Acórdão n.º 383/2001 do Tribunal Constitucional.

conexão inseparável do conceito de ilícito com o de sanção. A relação é evidente entre as noções de sanção, ilícito e responsabilidade: noções que, embora concetualmente diferentes uma da outra, elas não podem ser estudadas disjuntamente, tão intimamente ligadas uma a outra de um ponto de vista funcional.<sup>241</sup>

Por um lado, a responsabilidade (seja ela criminal ou contraordenacional) exige a sujeição à sanção do autor da infração demarcada pela culpa. Na linguagem informal, o termo “sanção” indica a ameaça negativa resultante de um comportamento incorreto, sendo extraídos, portanto, uma panóplia de sanções (sejam elas legais, morais ou sociais). Nestes termos, o conceito jurídico de sanção é, assim, o de “freio à liberdade dos homens<sup>242</sup>”, dirigida ao transgressor e destinada a cumprir as funções de prevenção geral e prevenção especial. Assim, estabelecidos estes parâmetros, a sanção é uma consequência da lei à violação de um preceito (ilícito)<sup>243</sup>, que pressupõe a responsabilidade do ofensor, e visa desencorajar tanto o indivíduo (prevenção especial), e a coletividade (prevenção geral), com o ensejo de manter determinado comportamento. A sanção tem um impacto imediato e direto sobre o transgressor, portanto tem uma natureza aflitiva<sup>244</sup>, ao contrário de outras medidas restitórias ou indemnizatórias que podem coexistir com a sanção principal. Note-se que, no que concerne precisamente à sanção contraordenacional, a mesma ao contrário de outros institutos restitórios, não exige qualquer alteração material, bastando-se a mera suscetibilidade de colocação em perigo determinado bem jurídico.

## 1.2. Delimitação do conceito de sanção jurídica contraordenacional

Posto isto, mostra-se importante observar as conclusões obtidas na doutrina administrativista e criminal, na tentativa de definir a noção de sanção contraordenacional<sup>245</sup>. Aqui,

---

<sup>241</sup> Vide no mesmo sentido PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, p.156.

<sup>242</sup> A definição é de ANTOLISEI, Francesco, *L'offesa e il danno nel reato*, Milano, 1930, p. 144.

<sup>243</sup> No mesmo sentido vide SOTO, Jorge Bermudez, *Elementos para definir las sanciones administrativas*, Revista Chilena de Derecho N.º especial pp.323-334, 1998.

<sup>244</sup> CASSETTA, Elio, *Voce Sanzione amministrativa*, in Dig. Disc. Pen., XII, Torino, 1997, p. 598.

<sup>245</sup>Sobre o conceito de sanções administrativas em geral, a bibliografia é muito vasta. Para nos limitarmos a lembrar apenas a maioria dos trabalhos de investigação VIDE, si v. ZANOBINI, Guido, *Le sanzioni amministrative*, Imprenta: Torino, 1924; ALORINO, Enrico, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in Rivista. direito. civil, 1956, p. 1 ss.

BENVENUTI, Feliciano, *Sul concetto di sanzione*, in Jus, Revista di scianze giuridiche, 1955, p. 223 ss; CORSO, Pompeu, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Editore Giufrée, Milano, 1969; ROMANO, S. *I poteri disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*, Unione Tipografico Torino. It., 1898 p. 76 ss.; TESAURO, Affonso, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli: Stabilimento Tipografico Tocco, 1925.

deve-se notar que o estudo da sanção contraordenacional requer uma visão unitária de resultados obtidos do ponto de vista científico, mas também, nunca nos poderíamos esquecer do contributo jurisprudencial do TEDH e do TJUE, no que concerne a essa matéria, aqui objeto de apreciação.

Creemos que se possa definir *sanção contraordenacional* como uma retribuição negativa<sup>246</sup> prevista na lei e preventiva, que implica o pagamento de uma coima, que seja imposta no exercício do poder público a determinado arguido, em virtude deste ter sido considerado responsável pela comissão de uma infração.<sup>247</sup> Também não podemos deixar de complementar a nossa definição com a posição doutrinária de Leones Dantas<sup>248</sup> quando referiu a propósito da contraordenação que esta “não se apresenta, desta forma, como expressão de um juízo de reprovação dirigido pela coletividade a um dos seus membros que põe em causa através da sua conduta valores essenciais à normalidade da vida comum, mas apenas uma censura dirigida pela Administração a um dos membros dessa coletividade, fundada no incumprimento do dever de não obstar à execução da ordem definida.”

Discordamos das teses que assentam o conceito de contraordenação unicamente no mecanismo de concretização dos interesses da Administração Pública, entre os quais particular destaque para Zanobbi.<sup>249</sup> O autor refere que as sanções administrativas são completamente distintas das sanções criminais, como uma expressão de poder sancionatório da Administração Pública. Além disso, o autor referencia que as sanções administrativas constituem um direito subjetivo da Administração para a realização dos interesses dos quais é o proprietário, e a proteção da qual as sanções administrativas são aplicadas.

Após o vigoroso (e ainda incompleto) trilho percorrido na expansão do Direito das contraordenações, nos termos anteriormente referidos no Capítulo I, tudo conduziria a acreditar estar já regularizada e solidificada a noção material de contraordenação (nomeadamente pelo confronto à noção de crime, já que esse é o referencial vulgarmente empregado). Porém, a realidade é distinta e bastante nublosa. Na verdade, hoje, tal como no passado, ainda se

---

<sup>246</sup> Estamos a referir aqui à ideia de castigo inerente a todas as sanções, nomeadamente a um certo *quantum doloris* inarredável de qualquer punição.

<sup>247</sup> Vide para um estudo aprofundado M. CASINO RUBIO “*La indebida confusion entre sanciones y otras medidas administrativas de policía*” Revista de Estudios de la admnistracion local e autonómica, n.º 283 (2000), pp. 589 y ss e também REBOLLO PUIG, “*El contenido de las sanciones*” número extraordinário de 2001 de la Revista Justicia Administrativa, p. 161.

<sup>248</sup> LEONES DANTAS, António, *Direito das Contra-ordenações – Questões Gerais*, AEDUM, Braga, 2010, p. 75.

<sup>249</sup> ZANOBINI, Guido, *Le sanzioni amministrative*, Imprenta: Torino, 1924 p.39.



disputam as teorias em torno de tal noção e diferença com grande atualidade e pertinência. Estamos, pois, como sublinha Faria Costa<sup>250</sup>, perante um daqueles casos de “recorrência do pensamento jurídico”.

É claro que a situação do próprio legislador entender que certas condutas devem ser crimes, mas em outro momento passar a descriminalizar tal comportamento, e vice-versa, torna o raciocínio bastante complexo. Esta “troca de qualificação” demonstra a fragilidade de criação de um sistema de distinção substancial entre os dois tipos de ilícitos.<sup>251</sup>

Com efeito, o legislador, no ordenamento jurídico português, procurou facilitar o trabalho do aplicador do direito, já que é o próprio legislador quem define o que se deverá entender como contraordenação (art. 1.º do RGCO) e como crime (art. 1.º, al. a), do Código de Processo Penal). Neste sentido, no ordenamento jurídico português, tal como no ordenamento alemão, vigora um sistema distintivo formal<sup>252</sup>. Em boa verdade, estando nós perante Direito sancionatório, dificilmente se compreenderia que o legislador não se guiasse por um tal princípio atento o imperativo constitucional insito no art. 29.º da CRP. Ainda assim, o critério “da legalidade” acolhido no sistema sancionatório português, nas palavras de Ana Pereira<sup>253</sup>, e que nós perfilhamos, “tem a relevante virtualidade prática de não deixar dúvida ao aplicador e intérprete da lei quanto ao que seja em concreto a contraordenação, mas não resolve o problema de saber, a montante, o que levou o legislador a optar pelo sancionamento de uma conduta como contraordenação ou como crime.”

Do mesmo modo, convocando a atenção para as dificuldades do art. 1.º do RGCO, Mário Monte<sup>254</sup> refere que nos encontramos diante de um critério muito incipiente que não responde

---

<sup>250</sup> FARIA COSTA, José «*A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*», AA. VV., Direito Penal Económico: textos Doutrinários, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

<sup>251</sup> No mesmo sentido MASCHADO, Pedrosa «*Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contraordenações*», in AA. VV., Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Volume I: Problemas Gerais, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, p. 199.

<sup>252</sup> Vide a propósito MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, p.57 AEDUM 2.ª Edição 2017.

Este é reconhecido na doutrina italiana por CASETTA, Elio, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in Le sanzioni amministrative - Atti del XXVI Convegno, pp. 45 ss.

<sup>253</sup> CRESPO PEREIRA, Ana Marta, *Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto factor de autonomização do Direito das Contraordenações*, no mesmo sentido SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contraordenações*, Almedina, 2019, no mesmo sentido SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contraordenações*, Almedina, 2019 p. 46.

<sup>254</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, AEDUM 2.ª Edição 2017 p.57.

“à questão mais complexa de saber que critérios se devem seguir para atingir esse resultado formal, isto é, que critérios deve o legislador adotar para atingir esse resultado formal.”

### 1.3. Sanção Criminal e Sanção Contraordenacional

Depois de tentarmos definir a noção de *sanção administrativa* dentro dos meios de coerção disponíveis para o Estado, o objeto da nossa análise mover-se-á na delimitação externa da sanção contraordenacional, ou seja, na diferenciação entre esta e os demais tipos de sanções previstos na lei, em particular a sanção jurídico-penal.

Sem querer adiantar algumas reflexões que encontrarão espaço no presente ponto, é necessário salientar que o tema aqui em questão, constitui o *elo dissonante* da reflexão atual sobre sanções contraordenacionais, justificado em parte, por um impulso proveniente da jurisprudência do TEDH e do TJUE. Na verdade, para efeitos de violação do princípio substantivo *ne bis in idem* - a qualificação de uma sanção como criminal ou contraordenacional - no caso de sanções em que os bens jurídicos assumem *dupla dignidade sancionatória*, com a previsão de sanções tanto de natureza (substancialmente) criminal e contraordenacional, não pode nunca por em causa os limites do princípio da legalidade.

Contudo, pese embora todos os esforços na delimitação do conceito material de contraordenação, a propósito dessa dificuldade, no acórdão *Engel v. Holanda*<sup>255</sup> do TEDH, salientou-se que as medidas estaduais que não sejam expressamente caracterizadas como “penais” podem, no entanto, posicionar-se nessa categoria, dependendo da natureza da conduta em questão e do grau de severidade que a pena prevê. Para que não restem dúvidas, a caracterização jurídica do procedimento em causa - ao abrigo do direito nacional não pode ser o único critério de relevância para a aplicabilidade do princípio *non bis in idem* nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 da CEDH, sobressaindo outros como sejam a sua finalidade, natureza e grau de severidade; se a medida foi imposta após a condenação por um crime, bem como os procedimentos envolvidos na elaboração e implementação da medida.

---

<sup>255</sup> Sentencia 5100/71 TEDH, Caso ENGEL OTROS [TEDH-16] Sentencia de 8 de junio de 1976.

No que concerne à flexibilidade de qualificação de um determinado facto como ilícito contraordenacional ou criminal, o TEDH, no acórdão Öztürk c. Alemanha<sup>256</sup>, consignou expressamente que a Convenção Europeia dos direitos do Homem não impede que cada Estado estabeleça distinções entre os diferentes tipos de infrações, o que não quer dizer que esta qualificação seja decisiva. Contudo, foi também manifestado pelo tribunal que, no âmbito da qualificação jurídica de um determinado facto, nunca se poderá prescindir das imposições do art. 6.º e 7.º da CEDH – relativas às garantias de um processo equitativo e também do princípio da legalidade.

Na doutrina portuguesa, não podemos perfilhar a posição de Conde Monteiro<sup>257</sup> quando considera que a autonomia material do ilícito contraordenacional deverá ser analisada em função da sanção já que, nas palavras do próprio autor, constitucionalmente não se mostra viável a aplicação de sanções privativas da liberdade ao ilícito de mera ordenação social. Na verdade, esta posição diverge daquilo que tem sido o entendimento do TEDH, e do TJUE, uma vez que atribui à consequência jurídica um peso desmesurado.

Assim, apesar de Conde Monteiro salientar a consequência sancionatória como mecanismo de diferenciação, este não é suficiente para a definição dos contornos do ilícito contraordenacional. A propósito, deve-se atentar nos acórdãos do TEDH: *Ruotsalainen v. Finlândia*<sup>258</sup>, *Grande Stevens e outros v. Itália*<sup>259</sup>, *Mihalache v. Romênia*<sup>260</sup>, *Sergei Zolotukhin v. Rússia*<sup>261</sup> onde se declarou, em todos eles, que a qualificação de uma infração descrita no ordenamento jurídico interno como administrativa se enquadrava em configurações tipicamente penais, e, como tal, merecia as garantias de um processo penal, independentemente do tipo de qualificação conceptual que é adotada pelo Estado. Do mesmo modo no TJUE, a questão da diferenciação de ilícitos penais e “contraordenacionais”, tem sido bastante discutida principalmente quando estão em causa hipotéticas violações do art. 50.º da CDFUE. Seja como for, a posição deste tribunal acompanha o posicionamento

---

<sup>256</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), 28 de Abril de 2004, Processo C-373/02.

<sup>257</sup> MONTEIRO, Eduardo Conde, *Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa*, Scientia Iuridica, maio/agosto 2017, tomo LXVI, n.º 344, p. 203 e ss. Na mesma opinião que a nossa, indo contra o critério do tipo de consequência como critério distintivo vide: Cfr. RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970, págs . 77-85 e 185-186.

<sup>258</sup> Processo do TEDH n.º 13079/03, sentença de 16 Junho 2009, Strasbourg, 4 mars 2014.

<sup>259</sup> Processo do TEDH *GRANDE STEVENS ET AUTRES c. ITALIE* - Processos n.º 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10).

<sup>260</sup> Processo do TEDH *MIHALACHE c. ROUMANIE*, - Processo no 54012/10 Strasbourg, 8 juillet 2019.

<sup>261</sup> Processo do TEDH *SERGEI ZOLOTUKHIN v. RUSSIA*, (Processo no. 14939/03), Judgment, Strasbourg, 7 June 2007.

do TEDH. Esta particularidade ficou presente no paragrafo trinta e dois do acórdão *Garlsson Real Estate SA*<sup>262</sup> que “a aplicação do artigo 50.º da Carta não se limita apenas aos procedimentos e sanções qualificados de «penais» pelo direito nacional, mas estende-se – independentemente dessa qualificação”.

Face a essa jurisprudência, podemos concluir que a qualificação da sanção como administrativa não impede que a mesma tenha elementos tipicamente penais, carecendo assim das garantias do processo penal. Tal conceção jurisprudencial implica que seja sempre realizada uma análise de fundo sobre os elementos substanciais e teleológicos que estão por detrás da sanção aplicada.

### 2.2.1 Critérios materiais qualitativos

Diferentemente do critério formal presente no art. 1.º do RGCO, são apontados na doutrina, aqui relevantes para o nosso estudo, os critérios materiais. Estes, buscam uma delimitação ao nível da substância da qual o ilícito contraordenacional incide (critérios qualitativos) e por outro lado, uma delimitação em torno de uma apreciação quantitativa do dano resultado do ilícito cometido.

No que particularmente respeita aos critérios materiais qualitativos, estes implicam que a distinção entre o ilícito contraordenacional e criminal assente em critérios de neutralidade ética da conduta que está a ser censurada. Este raciocínio foi desenhado na doutrina internacional por Launze<sup>263</sup>, que estabeleceu os seus argumentos na ideia de cisão entre os *delicta per se* – próprios do direito natural -, e os *delicta mera prohibitum*, em que nos primeiros existiria uma lesão particularmente censurável sob o ponto de vista ético-social de bens jurídicos previamente dados e, nos últimos a mera perturbação da ordem positiva.

---

<sup>262</sup> Processo do TJUE, *Acórdão Garlsson Real Estate SA* C-537/16 de 20 de março de 2018.

<sup>263</sup> Cfr. LANGE, Richard, *Das Ratsel Kriminalität*, Frankfurt: Alfred Metzner, 1970, p. 53.

Por seu turno, o critério qualitativo foi reconhecido na doutrina portuguesa, com algumas particularidades, por Eduardo Correia<sup>264</sup>, Figueiredo Dias<sup>265</sup>, Castro e Sousa<sup>266</sup>, Silva Dias<sup>267</sup>, Joaquim Cardoso da Costa<sup>268</sup>, Faria Costa<sup>269</sup>, Germano Marques da Silva.<sup>270</sup> Para a generalidade dos defensores deste critério, uma grande parte dos valores ou bens jurídicos protegidos pelo direito de mera ordenação social não pertencem à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária e da realização pessoal, não apresentando qualquer carga ética. Mário Monte<sup>271</sup> na senda dos autores supracitados, embora não adote isoladamente este conceito como mecanismo de diferenciação, o mesmo entende que o conceito de crime terá que implicar a colocação em perigo de bens jurídicos, ao passo que o ilícito de mera ordenação social esgotar-se-á numa mera desobediência ou uma frustração de interesses encabeçados nas autoridades administrativas.

Debruçando-nos agora sobre os estudos realizados por Costa Andrade<sup>272</sup>, embora o mesmo seja defensor de uma tese eclética, o autor também nos explica que “não é, na verdade, fácil aceitar-se que qualquer violação do direito, seja sem mais, eticamente neutra: a elevação de uma dada conduta à dignidade de juridicamente imposta ou proibida confere à respetiva omissão ou prática uma irrecusável carga ética (...) Aliás todas as contra-ordenações acabam por revelar de forma mais ou menos directa da tutela de interesses ou valores essenciais à realização do homem, já como indivíduo, já como pessoa socialmente integrada, vivendo da e para a sociedade.”

De notar que as teses qualitativas apresentam fragilidades quando se apreciam os delitos cumulativos. Além disso, outro dos pontos mais débeis é o reconhecimento cada

---

<sup>264</sup> CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e direito de mera ordenação social*, A.A.W, Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, I, Coimbra, 1998, p. 7 e ss.

<sup>265</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Para uma dogmática do direito penal secundário: Um contributo para a reforma do direito penal económico e social portugueses* in RLJ ano 116.º 1983 p. 60.

<sup>266</sup> CASTRO E SOUSA, João de, *As pessoas coletivas face ao direito criminal e ao chamado direito de mera ordenação social*, Coimbra, Coimbra Editora 1985, p. 142 e 143.

<sup>267</sup> SILVA DIAS, *Crimes e Contraordenações fiscais in Direito Penal Económico e Europeu*, vol. II, Problemas especiais, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 441 e 442.

<sup>268</sup> COSTA, Cardoso da, *O recurso para os tribunais judiciais da aplicação da coima pelas autoridades administrativas* in CTF n.º 366 1992 p. 48.

<sup>269</sup> FARIA COSTA, José de, *Crimes e Contraordenações (Afirmção do principio do numero clausus na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas* in Questões Laborais, ano VIII n.º 17 p.8 2001.

<sup>270</sup> MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.ª edição, revist. E atualizada Lisboa: Verbo p. 157, 2001.

<sup>271</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga: AEDUM, 2017 p. 65.

<sup>272</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*, in Revista de Direito e Economia, anos 6-7 (1980-81) (republicado em Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários), vol I, Coimbra Editora, 1998), p. 110 e ss.

vez mais gradual da ingerência do direito contraordenacional em assuntos fundamentais como foi, aliás, também reconhecido pelo Tribunal Constitucional italiano<sup>273</sup> em matéria de protecção do meio ambiente. Esse órgão máximo de fiscalização constitucional, referenciou que “a sanção penal não é, por si só, o único instrumento de protecção de interesses como o *ambiental*, podendo ser do mesmo modo reconhecido outros instrumentos, incluindo contraordenações, que por vezes são mais eficazes”. O tribunal alertou do mesmo modo que esta é uma escolha discricionária do legislador, não podendo haver restrições neste sentido e, conseqüentemente, a natureza do interesse protegido não pode representar uma linha divisória entre as sanções administrativas e as sanções penais.<sup>274</sup>

Porém, deve-se reconhecer, tal como Nuno Brandão<sup>275</sup> observou, que “o direito-contraordenacional entrou em inúmeros novos domínios normativos, tendo sido atribuído estatuto contraordenacional às mais graves ofensas a alguns dos mais importantes bens jurídicos da constituição económica. Por outro lado e do mesmo passo, o valor das coimas cominadas para tais infracções, foi em muitos casos fixados em níveis astronómicos, prevendo-se ainda, em regra, sanções acessórias severamente restritivas de direitos profissionais ou de actividade económica. “

Diferentemente do ordenamento jurídico italiano, o Tribunal Constitucional português<sup>276</sup> logo que pela primeira vez, que foi convocado a pronunciar-se sobre problemas constitucionais no âmbito contraordenacional, perfilhou a tese da diferença qualitativa consolidada num critério ético-valorativo. Além disso, deve-se referir que o Tribunal se tem mantido leal às noções basilares de Eduardo Correia, na medida em que o direito penal e o direito de mera ordenação social são ramos de direito sancionatório perfeitamente independentes, e que os seus ilícitos se distinguem em função da sua relevância ético-social e que as sanções, em cada um deles aplicáveis, também se distinguem em virtude da mácula ética inevitavelmente associada à repressão penal, mas ausente da reacção contra-ordenacional.

---

<sup>273</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional italiano, 30 de dezembro de 1998, n. 456, juiz relator Valerio Onida disponível para consulta em <http://www.giurcost.org/decisioni/1998/0456s-98.html>.

<sup>274</sup> Vide um estudo bastante relevante sobre a eficácia da sanção criminal ou contraordenacional BLONDIAU, Thomas, ROUSSEAU, Sandra, BILLIET, Caroline, *Comparison of criminal and administrative penalties for environmental offenses*, European Journal of Law and Economics (Eur J Law Econ), Springer Science + business media, novembro, 2014.

<sup>275</sup> BRANDÃO, Nuno, *Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades*, Scientia Iuridica Tomo LXVI, 2017, n.º 344 p.279.

<sup>276</sup> Vide o Ac. do TC n.º 244/99 e também Ac. Do TC n.º 164, de 10-07-1979, Ac. do TC n.º 160/91 e n.º 430/91, Ac. Do TC n.º 158/92, Ac. do TC n.º 574/95.

Para concluir este critério, note-se apenas a análise de Costa Pinto,<sup>277</sup> quando referiu que o direito contraordenacional “desviou-se ostensivamente destas linhas de força” no sentido de que o direito contraordenacional no início da sua conceção havia obedecido a uma certa insignificância qualitativa – já que se tratavam de condutas axiologicamente neutras e com insignificância quantitativa.

### 2.2.2. Critérios materiais quantitativos

Entendem alguns autores que entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional intercedem diferenças quantitativas. Assim é, na doutrina internacional, as teses de Wolfgang Mitsch<sup>278</sup>, Cerezo Mir, Welzel<sup>279</sup> e Jescheck<sup>280</sup>. Os apologistas desta teoria perfilham a ideia de que entre crime e contraordenação não há uma diferença de natureza material, sendo que o que os separa é apenas uma diferença de grau de gravidade.

Para os defensores das teses quantitativas, e em especial Jescheck,<sup>281</sup> “todas as contra-ordenações acabam por relevar de forma mais ou menos directa a tutela de interesses ou valores essenciais à realização do homem, já como indivíduo, já como pessoa socialmente integrada, vivendo da e para a solidariedade.” Neste sentido, para Jescheck “o que claramente distingue a infração administração do facto punível é a falta desse alto grau de reprovação da atitude interna do autor, que por si só, justifica o desvalor ético-social da pena propriamente dita.”

Perfilhando as dúvidas de Maria Fernanda Palma<sup>282</sup>, questionamos se certas contraordenações não atingem, pela sua gravidade, uma verdadeira natureza penal (veja-se por exemplo as contraordenações presentes no Código dos Mercados dos Valores Mobiliários).

---

<sup>277</sup> COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “*O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*”, RPCC, Fasc. 1.º, 1997 p. 271.

<sup>278</sup> MITSCH, Wolfgang, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.ª ed. Berlin, Springer, 2005, § 3, n.º m. 16.

<sup>279</sup> WELZEL, Hans, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, *JZ*, 1956, p. 238 e ss., que se manifesta sobretudo contra a posição de Richard Lange, no âmbito da discussão dogmática em torno do erro de proibição;

<sup>280</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, “*Das Deutsche Wirtschaftsstrafrecht*.” *JuristenZeitung*, vol. 14, no. 15/16, 1959, *JSTOR*, p. 457 e ss.

<sup>281</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, “*Das Deutsche Wirtschaftsstrafrecht*.” *JuristenZeitung*, vol. 14, no. 15/16, 1959, *JSTOR*, p. 461.

<sup>282</sup> FERNANDA PALMA, Maria, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina 2006 p. 134.

### 2..2.3 Critérios ecléticos

Como resultado do labor doutrinal e do confronto entre vários autores, as teorias qualitativas e quantitativas foram sofrendo um enorme desvanecimento com as críticas resultantes sobretudo das doutrinas alemã e espanhola, o que está essencialmente relacionado com a gradual proliferação, em número e heterogeneidade, do domínio contraordenacional. Esclarecendo o motivo pelo qual vão surgindo novas teorias no que concerne à distinção do conceito de contraordenação e de crime, Lumbrales, apologista das teses quantitativas, refere que “a heterogeneidade das condutas qualificadas pela lei como ilícito de mera ordenação social é de tal forma manifesta que acaba, conjugada com outros argumentos, por pôr em causa a sustentabilidade dos critérios de distinção substancial tradicionalmente avançados pela doutrina, sobretudo os da tutela de bens jurídicos ou de meros bens ou interesses de natureza administrativa e da relevância ética da infração”<sup>283</sup>

Inicialmente a tese de Costa Andrade<sup>284</sup> foi das primeiras teorias em busca de uma superação do conflito quantitativo e qualitativo no ordenamento jurídico português. Reconhecemos a importância da mesma na construção de uma ponte de entendimento na própria comunidade doutrinária. O autor procurou construir um quadro dogmático no qual, num extremo correspondente ao chamado núcleo essencial do direito penal, ingressariam as incriminações respeitantes a bens jurídicos com tal significado social ou a agressões tão intoleráveis que forçosamente deveriam ter cobertura penal, estando constitucionalmente vedada a sua tutela através da intervenção contraordenacional<sup>285</sup>. No outro extremo, ficariam aquelas infrações inequivocamente pertencentes à esfera contraordenacional. Entre um e outro, por fim, haveria um campo onde o legislador gozaria de uma ampla discricionariedade para optar pela relevância penal ou contraordenacional.

---

<sup>283</sup> LUMBRALES, Nuno, *Sobre o conceito de contraordenação*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006, pp. 132 e 133.

<sup>284</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã), in *Revista de Direito e Economia*, anos 6-7 (1980-81) (republicado em *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, vol I, Coimbra Editora, 1998)

<sup>285</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã), in *Revista de Direito e Economia*, anos 6-7 (1980-81) (republicado em *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, vol I, Coimbra Editora, 1998) p. 118 e s., que invoca especialmente o pensamento de MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1973, e a síntese da jurisprudência constitucional federal alemã feita por Zipf.



Entre nós, parece-nos que a posição de Figueiredo Dias<sup>286</sup> se enquadra numa tese mista, embora reconheçamos que o autor tenha enaltecido o critério da irrelevância ética da conduta quando afastada da proibição legal. Porém, isso não significa que o autor seja totalmente apologista de um critério qualitativo, pelo contrário, nas palavras do próprio autor “não obsta, naturalmente, a que em certos casos o legislador aceite critérios adicionais de distinção; e mesmo critérios de pura “quantidade” – quando esta se converte em qualidade, isto é, quando seja condição da relevância axiológica de uma conduta o facto de que ela não constitua uma pura bagatela do ponto de vista quantitativo, antes assuma um mínimo de gravidade<sup>287</sup>.”

Pese embora ser aceite pela maioria dos órgãos jurisdicionais e inclusive pela maioria da doutrina portuguesa, a tese de Figueiredo Dias não é aceite por Alexandra Vilela<sup>288</sup>, que não deixa de referir, a propósito da mesma, que “é inconcebível aceitar que a quantidade, uma vez atingido um certo grau, se transfigure em qualidade”. A autora em questão, perfilhando também Faria Costa<sup>289</sup> e Bohnert<sup>290</sup>, conclui que a adesão a um critério misto quantitativo-qualitativo, onde há espaço para a existência de um núcleo central do direito penal, equivale a aceitar que a diferenciação é feita através de um critério qualitativo.

Já numa ótica completamente distinta de Figueiredo Dias, mas ainda assim no campo misto, Taipa de Carvalho<sup>291</sup> recusa expressamente a existência de uma diferença qualitativa, aproximando os conceitos de sanção criminal e sanção contraordenacional, podendo surgir zonas de convergência com o ilícito penal. Na verdade, o autor refere claramente que os factos inseridos na esfera contraordenacional são

---

<sup>286</sup> Cfr. DIAS, José Figueiredo, *O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in *Direito Penal económico e europeu – problemas gerais*, Coimbra, Coimbra editora 1998. p. 27.

<sup>287</sup> DIAS, José Figueiredo, *O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in *Direito Penal económico e europeu – problemas gerais*, Coimbra, Coimbra editora 1998, p.27.

<sup>288</sup> VILELA, Alexandra, *O direito de mera ordenação social, entre a ideia de recorrência e a de erosão do direito penal clássico* Coimbra: Coimbra editora, p.211.

<sup>289</sup> FARIA COSTA, José, *O Perigo em Direito penal* (Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992, p. 456.

<sup>290</sup> BOHNERT, Joachim, “*Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts*”, Jura, 1984, p. 26.

<sup>291</sup> CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, § 217.

relevantes em termos axiológico-sociais e ético-sociais, o que se afasta da posição da generalidade da doutrina sobre este problema.

Mário Monte<sup>292</sup> também perfilha as teses mistas, porém com ressalvas, já que prefere uma tese que tenha uma base qualitativa (orientada por um critério teleológico), mas com convergência distintiva de resultado quantitativo. O referido autor continua o seu raciocínio tecendo a ideia de que o direito penal visa proteger bens jurídicos com dignidade penal, e esta delimitação é estruturada pelo princípio da *ultima ratio* de intervenção do direito penal, fixando-se a partir do critério qualitativo aquilo que tem dignidade penal. Já, no que concerne ao critério quantitativo o autor refere que este irá operar na distinção daqueles bens que apesar de terem dignidade penal, nem por isso deverão ser defendidos pelo direito penal, apelando assim a um critério pragmático.

---

<sup>292</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga: AEDUM p. 64

### Capítulo III

## O ESTADO ATUAL DA (HIPER)PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS, EM PARTICULAR OS CASOS DE CONCURSO APARENTE DE NORMAS

**SUMÁRIO:** 1. Enquadramento introdutório 2. O crime do artigo 281 n.º 1 do Código Penal (Perigo relativo a animais e vegetais) e as incompatibilidades com o Dec. Lei. N.º 161/2003, e com o Dec. Lei N.º 289/99 – a ineficácia do art. 26.º do RGIAE. 3. O crime de abuso e simulação de sinais de perigo (art. 306.º CP) e alínea n.º 3 do art.64 do CE. 4. O crime de dano contra a natureza (art. 278 do CP) e a contraordenação presente no art. 22.º da LCHN e os art. 43 e 44 do RJCN. 5. O Crime de violação das regras urbanísticas presente no art. 278 – A do CP e o art. 37.º do RJREN e o art. 39 do RJRAN.

### 1. Enquadramento introdutório

Seguidamente às considerações iniciais sobre o papel importante do bem jurídico no direito sancionatório e as suas principais fontes legitimadoras, bem como após a apresentação dos problemas estritamente relacionados com a proteção “dual” desta categoria específica de bem jurídico, cumpre-nos, neste momento, efetuar uma análise perfunctória sobre alguns dos principais problemas legislativos correlacionados com a proteção simultânea ou sobreposta de âmbito criminal e contraordenacional, ou como prefere Nuno Brandão, a análise das relações de divergência material<sup>293</sup> entre ilícitos<sup>294</sup>. De facto, esta abordagem investigatória que aqui se encetará, embora não esteja completa, do ponto de vista da delimitação de todos os ilícitos típicos concorrentes, levar-nos-á a “suspeitar” da capacidade do órgão responsável pelo exercício do poder legislativo, em se expressar no que concerne à tipificação de certos ilícitos, bem como à observância de certos princípios que constituem o arquétipo de todo o sistema sancionatório.

Partimos do princípio de que para compreender “a tutela plurifacetada dos bens jurídicos coletivos” não basta unicamente a demarcação teórica do problema, mas incumbe ao próprio investigador a tarefa primária de reconhecimento das circunstâncias onde se identifica exatamente o problema em análise. Somente partindo da observação crítica dos preceitos normativos se conseguirá atingir uma plataforma de consenso, em busca de uma interpretação “conforme” o sistema jurídico-constitucional.

<sup>293</sup> Nuno Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações (da cisão à convergência material)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

<sup>294</sup> O problema é também reconhecido em WELZEL, Hans, *Derecho Penal – Parte General*, Roque de Palma editor, Buenos aires, 1956, p.22 e p.23

Por detrás deste exame minucioso que aqui se delimitará, há uma questão intrinsecamente relacionada com a ontologia das normas sancionatórias, que acaba por colocar em causa a validade<sup>295</sup> da norma jurídica que é afastada ou que se encontra numa situação de incompatibilidade, e por fim a própria coerência<sup>296</sup> do sistema jurídico. Tal como se apresenta o problema, o ordenamento jurídico não pode estar composto de normas jurídicas incompatíveis, de tal modo que se forem detetadas nos processos de aplicação das normas que atribuem a um mesmo facto duas soluções jurídicas incompatíveis, uma das duas, ou ambas, deverão ser eliminadas para restaurar a coerência do sistema.

Sendo um problema de ordem lógica da interpretação, as antinomias devem ser contextualizadas num campo lógico adequado, sendo utilizado neste trabalho o conceito de antinomias pragmáticas<sup>297</sup>, que são apropriadamente compatíveis com a teoria da argumentação para fundamentar uma interpretação normativa e jurídica válida e eficaz.

Naturalmente que, como já se referiu anteriormente, existem outros ilícitos criminais que poderiam ser objeto de uma análise minuciosa correlacionada com a sua incompatibilidade com ilícitos contraordenacionais<sup>298</sup>. Porém, as limitações e exigências de seleção que um trabalho de

---

<sup>295</sup> Para Hans Kelsen “ Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelos menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizerse) é a condição de sua vigência. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz.” KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 12.

<sup>296</sup> Vide a lição de Jorge Miranda “O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea, implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência, projeta-se em sistema, é unidade de sentido, é valor incorporado à norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 3 ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 293.

<sup>297</sup> As antinomias pragmáticas são as que derivam de um conflito de fato, do qual decorre a impossibilidade de se cumprir simultaneamente dois ou mais comandos que, embora diferentes, não são semanticamente ou deonticamente opostas. Em outros termos, enquanto nas antinomias lógicas o conflito se encontra no patamar dos enunciados normativos, caracterizando-se por proposições que se opõe sob o aspeto semântico (“se A deve ser Z” x “se A deve ser -Z”), nas antinomias pragmáticas o conflito relaciona-se com a dúvida quanto à escolha da norma que regerá o caso concreto em face da possibilidade de aplicação de duas ou mais normas de conteúdo material diverso, mas não necessariamente contrários quanto à sua significação, posto que ausente a intercessão de elementos descritivos das normas colidentes (“se A deve ser Z” x “se B deve ser C). PASSOS GUIMARAES, Ana Beatriz Da Motta, *Antinomias jurídicas impróprias: do conflito valorativo entre o art. 37, § 6º, da constituição federal e o art. 3º, iv, c/c art. 14, § 1º, da lei nº 6.938/81*, Hermenêutica [Recurso eletrónico on-line] / organização CONPED/UFF ; coordenadores: Marcus Fabiano Gonçalves, Rubens Beçak, Ricardo Henrique Carvalho Salgado. – Florianópolis : FUNJAB, 2012.

<sup>298</sup> Como nota, a propósito do RJIAE, vide SILVA DIAS, Augusto, “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, I, Coimbra Editora, 1998, pp. 288 e ss. Ver, do mesmo autor, «*Delicta In Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção

investigação científica acarreta, implicam que sejam feitas escolhas e, infelizmente, há que admitir que muitos ilícitos ficaram por investigar. Este reconhecimento da existência de uma pluralidade de situações em regime de concurso aparente criminal e contraordenacional conduz-nos a um clima de bastante inquietação e a um cuidado acrescido, tendo em conta que ainda não existem estudos sobre o efeito negativo deste concurso de normas no próprio sistema sancionatório português.

Na base das escolhas dos ilícitos em situação de concurso aparente contraordenacional e criminal, foi privilegiado o grau de similitude entre as tutelas, a inexistência de requisitos diferenciais qualitativos e quantitativos ou outros “requisitos” que possibilitem essa distinção, bem como o modo como a conduta está descrita tipicamente e, por fim, o modo como determinado bem jurídico é afetado no ilícito criminal e contraordenacional (partindo do critério de interpretação filológico literal).

No que respeita particularmente ao grau de similitude entre as tutelas procuraremos identificar as situações concursais em que existe uma coincidência total sobre o mesmo bem jurídico - aqui entendido como “expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>299</sup> - e para além disso, também procuramos a existência de uma mesma identidade de antecedentes deontológicos<sup>300</sup> ( o que pressupõe que estes tenham as mesmas condições de aplicação).

Estritamente relacionado com o ponto anterior, e no âmbito da tarefa de delimitação do próprio bem jurídico, surge-nos a necessidade de interpretação a partir da lei escrita, mas também dos contributos jurisprudenciais e doutrinários, que como veremos, têm procurado construir um

---

clássica, Lisboa, 2003, pp. 859 e ss.. Ainda no nosso pensamento Germano Marques da Silva refere “O mesmo sucede com a relação entre o crime de condução sem carta, previsto no art. 1.º do DL n.º 123/1990, de 14 de abril, e a contraordenação relativa à condução sem habilitação legal prevista no art. 123.º do Código da Estrada. Apesar da óbvia sobreposição normativa, entendia já Marques da Silva que o Código da Estrada não tinha vindo revogar a incriminação e que os conflitos deveriam ser sujeitos às regras de concurso, ainda que se tratasse de uma sobreposição parcial” MARQUES DA SILVA, Germano, *Crimes Rodoviários. Pena Acessória e Medida de Segurança*, Universidade Católica Editora, Coimbra, 1996, pp. 65 a 67.

<sup>299</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.114.

<sup>300</sup> Como refere Victoria Sesma “Ora, o antecedente deontológico de uma norma inclui, além da condição de aplicação (em sentido estrito) a que nos referimos, outra série de condições ou circunstâncias que na maioria das vezes não são expressamente mencionadas na formulação linguística de cada uma das normas, mas genericamente em enunciados normativos adjacentes a eles. Estamos nos referindo a: A) aos sujeitos, B) ao tempo, e C) ao espaço físico ou território em que esses são aplicáveis.” Tradução nossa da língua espanhola SESMA, Victoria Iturralde *Una aproximación al tema de las antinomias normativas problemas relativos a la identificación de las mismas*, Anuario de filosofía del derecho, N° 4, 1987, págs. 336.

ponto de equilíbrio em torno das relações concursais que surgem junto dos órgãos aplicadores do direito.

A título introdutório, mostra-se pertinente fazer um elenco sucinto dos tipos de ilícitos sobre a qual nos iremos debruçar. Neste sentido, a primeira relação concursal típica que nos propomos a estudar é o ilícito típico do artigo 281 n.º 1 do Código Penal (Perigo relativo a animais e vegetais) e as suas incompatibilidades com o Dec. Lei. N.º 161/2003, e com o Dec. Lei N.º 289/99. Aqui será também estudada a ineficácia do art. 26.º do RGIAE, diante do estabelecimento de determinadas condutas que afastam a responsabilidade criminal.

Com efeito, a compreensão da relação plurifacetada de proteção do bem jurídico “segurança alimentar animal” é hoje, como se sabe, um ponto primordial junto das autoridades de controlo e fiscalização, precisamente porque as dinâmicas de consumo alimentar animal implicam riscos que estão a assumir uma projeção em massa, riscos esses que envolvem a saúde humana e a própria saúde animal.<sup>301</sup> Assim, qualquer comportamento legislativo que erga uma dificuldade interpretativa, trará inevitavelmente dúvidas na aplicação de um método de reação legalmente previsto. Consequentemente a validade material<sup>302</sup>, prevista numa norma que se submete a dúvida, terá de ser afastada.

Posteriormente a isso será analisada, a relação de concurso aparente, e também de antinomia normativa, presente no art. 306.º do CP referente ao crime de “*abuso e simulação de sinais de perigo*” quando posicionado ao lado do art.º 64.º do Código da Estrada.

A acrescentar ainda à nossa investigação, com o objetivo de analisar aquele que é um dos bens jurídicos coletivos com maior impacto global e o seu posicionamento contraditório no ordenamento jurídico português,<sup>303</sup> serão trazidas à colação as *antinomias* presentes no crime de dano

---

<sup>301</sup> DELGADO, Christopher and others, *Livestock to 2020: The Next Food Revolution*. International Food Policy Research Institute, Food, Agriculture, and the Environment Discussion Paper n.º. 28, 1999, p. 72 .

<sup>302</sup> Alf Ross, por exemplo, entende que a validade das normas jurídicas está relacionada com o comportamento da autoridade aplicadora (Ross fala, genericamente, nos tribunais). Validade é pois um conceito relacional que manifesta a experiência social de uma conduta como obrigatória: dizer que uma norma vale é dizer que ela é aplicada pelos tribunais com a consciência de sua obrigatoriedade. Pode-se dizer, num certo sentido, que Ross tem uma conceção semântica de validade: a norma é um signo que prescreve uma realidade comportamental e sua validade se verifica por uma relação signo/objeto, norma/comportamento de aplicação por parte dos tribunais. Cfr. ROSS, Alf, *Directives and normas*. Londres: Routledge e Kegan Paul, 1969.

<sup>303</sup> Vide a propósito a obra MENDES, Paulo Sousa, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, AAFDL, Lisboa, 2000.

contra a natureza (art.278.º CP) e a contraordenação presente no art. 22.º da *Lei da Conservação dos Habitats Naturais*.

Na mesma ótica crítica e comparativa, e para concluir este capítulo será estudada a divergência material entre o ilícito criminal presente no artigo 278.º – A do CP referente ao crime de violação de regras urbanísticas e o art. 37.º do RJREN (Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional) e o art. 39.º do RJRAN (Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional).

- a) O crime do artigo 281.º n.º 1 do Código Penal (Perigo relativo a animais e vegetais) e as incompatibilidades com o Dec. Lei. N.º 161/2003, e com o Dec. Lei N.º 289/99 – a ineficácia do art. 26.º do RGIAE

Por força da conjuntura internacional, em particular após a adesão da ONU à Declaração Universal dos Direitos dos Animais<sup>304</sup>, e também devido às exigências da integração crescente numa política agrícola comum europeia, têm sido ao longo destas últimas décadas delineadas pelos Estados membros medidas de proteção relativas à comercialização de alimentos compostos para animais. A título exemplificativo destaque-se a promulgação dos regulamentos (UE) 744/2012, 574/2011 (estes dois últimos relativos à fixação de limites máximos para substâncias indesejáveis e contaminantes), e os regulamentos (CE) 1831/2003, e 429/2008 – estes relativos aos aditivos destinados à alimentação animal. Na realidade, a adoção de medidas concretas pela UE<sup>305</sup>, assentou no facto de que a produção animal ocupa(va) um lugar primordial na agricultura da Comunidade Económica Europeia e no facto de que os eventuais resultados satisfatórios dependeriam, em larga escala, da utilização de alimentos para animais e da sua própria qualidade. Assumiu-se assim, nos organismos estaduais europeus, e inclusivamente junto de instituições

---

<sup>304</sup> Conforme nos explica Eva Dominguez Isquierdo “As chamadas fraudes alimentares nocivas, mostram deste modo uma dimensão que supera a do consumidor individual concorrendo esse interesse coletivo denominado saúde pública que também apresenta sobreposições com os interesses próprios da indústria e o comércio em preservar a confiança e a tranquilidade dos consumidores na inocuidade e segurança dos produtos que consumem.” ISQUIERDO, Eva Maria Dominguez *in La adulteracion de productos alimentarios y la alimentacion del ganado con sustancias no permitidas*, Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos / coord. por José María Suárez López; Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 2013, ISBN 978-84-9031-425-8, págs. 439-496. Também Julio Diaz considera relevante o interesse industrial na manutenção da confiança e tranquilidade dos consumidores DIAZ MAROTTO, Julio, “*Los llamados fraudes alimentarios y el código penal – la ley penal n.º 69*”, marzo de 2010.

<sup>305</sup> A Comissão Europeia, desde Julho de 2013 criou uma Rede de Fraude Alimentar da União Europeia (EU Food Fraud Network – FFN), que permite uma rápida e eficiente cooperação entre os Estados-Membros.

mundiais<sup>306</sup>, a posição de que existe um interesse derivado dos padrões de saúde pública comunitária que é necessário proteger<sup>307</sup>, nomeadamente em matérias que estão expostas ao consumo público. A preocupação é de tal forma acentuada que o Regulamento 178/2002 do Parlamento Europeu, que estabeleceu os princípios e regras da legislação agroalimentar, equiparou a segurança da alimentação animal à segurança da alimentação humana.<sup>308</sup>

Além disso, foi reconhecido expressamente pela CEE que o ponto fundamental de intervenção e controlo da qualidade alimentar dos animais exigia a regulamentação no domínio da alimentação para animais (cfr. Diretiva 79/373/CEE do Conselho, de 2 de abril de 1979). Pese embora a importância da saúde pública, nenhum organismo internacional definiu qual o grau de proteção necessária para a tutela dos riscos da alimentação animal, definindo-se apenas no Regulamento n.º 178 de 28 de janeiro de 2002 no seu art. 17.º que “os Estados-Membros porão em vigor a legislação alimentar e procederão ao controlo e à verificação da observância dos requisitos relevantes dessa legislação pelos operadores das empresas do sector alimentar [...] em todas as fases da produção, transformação e distribuição.” Além disso, no que diz respeito ao tipo de sanções relativas à violação dos requisitos da alimentação o Conselho Europeu apenas referiu, no art.17.º do mesmo regulamento, que “os Estados-Membros estabelecerão igualmente as regras relativas às medidas e sanções aplicáveis às infrações à legislação alimentar e em matéria de alimentos para animais. As medidas e sanções previstas devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas.”

No que concerne precisamente à fundamentação teleológica da proteção deste tipo de bens, perfilhamos a noção que Eva Isquierdo<sup>309</sup> expressou, na medida em que reconhecemos que se elevou a bem jurídico penal o valor saúde pública, como em tantos outros casos de bens-coletivos,

---

<sup>306</sup>Referimo-nos aqui ao papel da FAO na delimitação do quadro de boas praticas de alimentação animal En 2004, la Commission du Codex Alimentarius de la FAO et de l'OMS a approuvé le Code d'Usages pour une Bonne Alimentation Animale.

<sup>307</sup> Vide por exemplo que no ano de 2013 constatou-se o incidente com a utilização da carne de equídeos em substituição à carne bovina que ficou conhecida como o “escândalo de carne de cavalo”. Verificou-se a distribuição em diversos países da Europa de produtos transformados à base de carne de vaca com mistura de carne de cavalo, com percentagem de alguns produtos a atingir 60% de carne de cavalo (Food Safety Authority of Ireland. (2013). FSAI Publishes Results of Industry Tests for Horse Meat). Outro incidente ficou conhecido como a “crise da melanina” em 2008, que ocorreu na China, onde um composto azotado utilizado na produção de resinas e plásticos foi adicionada deliberadamente ao leite em pó infantil, com o intuito de mascarar a adulteração do leite pela adição de água. Deste modo, os níveis detetáveis de azoto para a quantificação de proteínas do leite permaneceriam artificialmente elevados. Porém, a concentração de melanina no leite era de tal grandeza que adoeceu 300 000 crianças e levou à morte 6 (Comissão Europeia . (2009). The Rapid Alert System for Food and Feed of the European Union - COM (2009) 25 final, Office for Official Publications of the European Communities. (Disponível em [https://ec.europa.eu/food/overview\\_en](https://ec.europa.eu/food/overview_en)).

<sup>308</sup> Cfr. Art.º 15 do regulamento 178/2002 e ponto 8 do preambulo do mesmo regulamento.

<sup>309</sup> ISQUIERDO, Eva Maria Dominguez *in La adulteracion de productos alimentários y la alimentacion del ganado com sustancias no permitidas, Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* / coord. por José María Suárez López; Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 2013, ISBN 978-84-9031-425-8, págs. 439-496.



sendo este bem um instrumento mediato de proteção da saúde humana e dos ecossistemas na qual se desenvolve a espécie humana.

Debruçando-nos agora sobre o quadro legislativo português, podemos concluir que Portugal assumiu-se como um Estado pioneiro em matéria de alimentação animal, uma vez que, anos antes da integração no espaço europeu, já existiam várias normas internas com carácter sancionatório que criminalizavam condutas perigosas à alimentação animal. Esta antecipação no ordenamento jurídico português, demonstrou que a matéria assumia um particular interesse num país em que a economia agrícola tinha um peso fundamental.

Com efeito, no Código Penal de 1982 estabeleceu-se, por influência do Código Penal suíço e austríaco,<sup>310</sup> o artigo respeitante ao perigo relativo a animais e vegetais<sup>311</sup>, onde se estabeleceu na sua alínea b) que “ quem manipular, fabricar ou produzir, importar, armazenar, ou puser à venda ou em circulação, alimentos ou forragens destinados a animais domésticos e criar deste modo perigo de dano a número considerável<sup>312</sup> de animais alheios, domésticos ou úteis ao Homem, ou às culturas, plantações ou florestas alheias, é punido com a pena de prisão até dois anos ou com a pena de multa”. Deve-se prestar atenção no sentido de que para a possibilidade de que o art. 281.º do CP exige como requisito típico a perigosidade concreta para a vida humana ou para um número considerável de animais, o que significa que não é necessário que ocorra um dano concreto nos animais, mas a mera possibilidade e circunstância de perigo.<sup>313</sup>

---

<sup>310</sup> Artigos 232 (Verbreiten von Tierseuchen) e 233 (Verbreiten von Schadligen) do Stg suíço e os art. 182 183 do STB Austríaco Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal a luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2015.

<sup>311</sup> E também estipulado, no quadro da União Europeia, no artigo 10.º do Regulamento (CE) n.º 178/2002.

<sup>312</sup> De acordo Paulo Pinto de Albuquerque o número considerável de animais alheios postos em perigo deve ter um valor correspondente ao conceito de referência de “valor elevado” à data do facto (analisado nos termos do art. 202 alínea a) do CP), Marques Borges considera que o número considerável é de no mínimo dez animais MARQUES BORGES, *Dos crimes de perigo comum e dos crimes contra a segurança das comunicações* : notas ao Código Penal, artigos 253º a 281º, Lisboa : Rei dos Livros, [1982?] p. 172, Por seu turno SÁ PEREIRA e Alexandre Lafayette, entendendo que se trata de um número representativo duma certa espécie ou de uma populacional, em determinada região , 2008 p.722.

<sup>313</sup> Cfr. FARIA COSTA, José, *O Perigo em Direito penal* ( Dissertação da doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992), 580 e segs.) explica-nos que “haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso, isto é , o previsto pela norma , com o sentido que já definimos, mediante a formulação de um juízo de experiência , é mais provável que a sua não produção; ou pelo menos ocorre uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer. Donde, a mera possibilidade de produção do resultado não é suficiente para caracterizar a situação como sendo de perigo, isto é, não engloba os elementos suficientes para se poder defender que se está perante um perigo jurídico - penalmente relevante.”

Posteriormente, em 1984 foi alargado o conceito de crime a todas as situações que atentassem contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais, independentemente do perigo. Foi a 20 de janeiro do ano de 1984 que se estabeleceu o DL n.º 28/84, doravante RJIAE (Regime Jurídico das Infrações Antieconómicas), que no seu art. 25.º referiu que “Quem produzir, preparar, confeccionar, fabricar, transportar, armazenar, detiver em depósito, vender, tiver em existência ou em exposição para venda, importar, exportar ou transacionar por qualquer forma *alimentos, aditivos e pré-misturas destinados a animais* <sup>314</sup> não considerados suscetíveis de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física dos referidos animais será punido: a) tratando-se de alimentos, aditivos ou pré-misturas falsificados, com prisão até 1 ano e multa não inferior a 100 dias; b) tratando-se de alimentos, aditivos ou pré-misturas corruptos ou avariados, com prisão até 6 meses e multa não inferior a 50 dias”.

Pese embora a existência deste último regime sancionatório criminal em matéria de corrupção de alimentação animal, quer para nas situações em que há um perigo de dano a um número considerável de animais alheios (art.281.º do CP), quer nas situações em que o perigo não existe (art.25.º do RGIAE) no ano de 2003, por força de imposições externas, procedeu-se à transposição de uma diretiva da EU, em particular a Diretiva n.º 2000/16/CE, relativa à circulação de matérias-primas para alimentação animal no interior da Comunidade Europeia, com o Decreto-Lei n.º 161/2003 de 22 de julho relativo à circulação de matérias-primas para alimentação animal no interior da Comunidade. Ora, se fizermos uma análise minuciosa a este último diploma legislativo, concluiremos que ele abrange para além do sancionamento da colocação em circulação de matérias-primas para alimentação animal que não apresentem qualidade adequada à sua utilização (art.10 n.º1 alíneas a) e e) do referido diploma), abrange ainda as situações da comercialização e a utilização de matérias-primas para alimentação animal que apresentem *perigo para a saúde animal* ou para a saúde pública. (art. 10.º n.º 1 b) do referido diploma).

Estranhamente para nós, é ininteligível a negligência por parte do legislador em sobrepor uma tutela contraordenacional sobre um bem jurídico que já obtinha dignidade jurídico-penal (aqui referimo-nos ao crime previsto no art. 25.º do RGIAE - nas situações de ausência de perigo, e ao crime do art. 281.º do CP quando haja o perigo de dano para os animais). Esta nossa posição alicerçar-se no facto dos pressupostos objetivos do art.º 25 do RJIAE serem exatamente os mesmos das alíneas “a)” e “e)” do artigo 10.º do decreto-Lei n.º 161/2003. Na realidade, se

---

<sup>314</sup> Itálico nosso.

examinarmos com cuidado, como já foi referido, o art. 10.º do Decreto Lei n.º 161/2003 na sua alínea b) veio também abarcar as situações em que está em causa um perigo efetivo para a vida dos animais e para a saúde pública, que já era tutelado pela alínea b) do art.º 281 n.º 1 do Código Penal.

Do mesmo modo pertinente, refira-se que o excesso de leis avulsas em matéria de alimentação animal já logrou uma especial atenção pelo legislador, porém insuficiente. No Decreto-lei n.º 161/2003, em especial o art.º 2.º n.º 2 - quando se mencionou que as “disposições do presente diploma são aplicadas sem prejuízo de outras disposições nacionais sobre alimentação animal, nomeadamente das normas da legislação veterinária sobre a matéria.” Na verdade, pese embora a existência deste artigo, o mesmo não nos elucidou qual a relação entre as normas, em particular se as mesmas apresentarem um conteúdo objetivo e subjetivo igual, como seja a norma do art.º 10.º do Decreto Lei n.º 161/2003 e o art.º 25.º do RJIAE. Como já foi explicado anteriormente, a solução legislativa para este problema está alicerçada no art. 20.º do RGCO, ao qual nós manifestamos a nossa desaprovação e iremos nos debruçar afincadamente num momento de investigação posterior.

Para cerrarmos este tópico, resta-nos chamar a atenção para o disposto no art.º 26.º do RJIAE, que aparentemente resolveu os problemas de concorrência de normas. O diploma menciona que “se o agente, antes de qualquer intervenção da autoridade ou denúncia de particular, retirar do mercado os géneros e aditivos a que se referem os artigos anteriores, e sem prejuízo da sua conveniente beneficiação, transformação ou inutilização: *a)* Declarar às autoridades policiais, fiscais ou administrativas a existência dos mesmos, respetivas quantidades e local em que se encontram; ou *b)* Por forma inequívoca, der a conhecer que tais bens se encontram falsificados, corrompidos ou avariados, quer pela aposição de escrito elucidativo e bem visível sobre os mesmos, quer pela sua colocação em local destinado a esse efeito e, como tal, devidamente identificado de modo a eliminar quaisquer dúvidas; ficará isento de responsabilidade criminal”. Porém, sempre que não exista o cumprimento de qualquer um dos requisitos mencionados no art. 26.º do RJIAE, fica sempre a dúvida em torno da delimitação do regime sancionatório, já que no regime contraordenacional se refere que o conteúdo daquela ação típica fica esgotado como contraordenação. Na verdade, segundo entendemos, não existindo uma separação entre condutas que permita uma autonomização dos factos concorrenciais, como seja por exemplo nos casos de concurso real, e não existindo um juízo de ilicitude jurídico-penal autónomo que seja concebido unanimemente

sobre um facto , não se admite a regra da primazia do direito penal estabelecida no art. 20.º do RGCO, ainda para mais quando outros imperativos constitucionais se levantam, como sejam o princípio da legalidade e o princípio da *ultima ratio* de intervenção jurídico-penal.

Para além disso, estando já a conduta desintegrado do ilícito criminal nos termos do art.26 do RJAE, erguem-se dúvidas acerca de como se processará o regime sancionatório em especial interrogamos se o facto desintegrado de responsabilidade criminal, ainda será punível por via contraordenacional.

Na verdade, o Ministério Público arquivando o inquérito nos termos do art. 38.º n.º 3 do RGCO, remeterá, se entender que subsiste responsabilidade contraordenacional, o processo à autoridade administrativa competente. A propósito, o Tribunal da Relação de Coimbra<sup>315</sup> é de opinião de que “O artigo 38.º, n.º 1, do RGCO, abrange as situações de concurso, ideal ou real, de ilícitos criminais com as infrações contraordenacionais que estejam conexas com aqueles.”

Face ao disposto no artigo 38º, nº 1, do RGCO, estende-se, pois, a nosso ver, a competência da jurisdição penal para o conhecimento das contraordenações que surjam em concurso real com as infrações criminais. Concordamos, por força das imposições do art. 38.º do RGCO, que a jurisdição penal seja competente para apreciação dos casos em que existe um concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais. Porém, isto não nos leva, em qualquer circunstância, a admitir que nos casos da ocorrência de um concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais seja de aplicar o art. 20.º do RGCO. Para nós, o exercício da função estatal de proteção aos bens jurídicos exige que as figuras típicas, criminais ou contraordenacionais, sejam adequadamente valoradas de acordo com o conteúdo de ilicitude que o ordenamento jurídico lhes conferiu. Qualquer tese que admita o contrário, precisamente nas situações de concurso aparente, será violadora dos princípios da *ultima ratio* de intervenção jurídico-penal e do princípio da legalidade contraordenacional – como teremos oportunidade de comprovar nos capítulos seguintes.

---

<sup>315</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo: 137/18.0T9LRA.C1, Isabel Valongo,24-10-2018 e também o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora Processo: 22/10.3GTPTG.E1 Relator: João Amaro 06-09-2011.

**b. O crime de abuso e simulação de sinais de perigo (art. 306.º CP) e alínea n.º 3 do art.64 do Código da Estrada**

A criminalização de alertas falsos, em particular a criação de situações emergenciais ou de catástrofe, resultou das atribuições do modelo de Estado Social securitário. Na verdade, a manutenção da ordem pública, enquanto valor constitucional, impõe que todos os cidadãos sejam pautados por um comportamento público íntegro e diligente. Neste sentido, o Estado como concebido na atual CRP, está incumbido de garantir os direitos e liberdades fundamentais e ainda respeitar os princípios do Estado de Direito Democrático (cfr. art. 9.º alínea b) da CRP), bem como garantir a segurança de todos os cidadãos. (art.27.º da CRP). Contudo, todas estas obrigações do Estado só serão possíveis de executar se o mesmo conseguir controlar as situações reais de afetação de direitos, liberdades e garantias de uma forma autêntica. Essa autenticidade exige que as eventuais afetações sejam derivadas de uma situação de necessidade, de perigo, ou suspeita fundamentada de afetação de um determinado bem jurídico. Ora, essa necessidade de controlo efetivo sobre condutas falsas não é particular da República Portuguesa. Na verdade, em França existe o art. 322 -14.º do Código Penal de França<sup>316</sup>, na Alemanha o paragrafo 145.º do StGB, em Itália o art. 658.º do Código Penal criminaliza o alarme acionado para a autoridade.

Se analisamos com atenção a conduta inerente a um alerta falso<sup>317</sup>, pode-se concluir que a mesma implica uma fraude às instituições de auxílio e emergência, causando pânico desnecessário e/ou o uso de recursos como sejam serviços de emergência num local que não requer realmente o auxílio deles<sup>318</sup>. Na verdade, a reiteração de alertas falsos pode causar, em certos casos e lugares, a que os responsáveis comecem a ignorá-los, sabendo que cada vez mais, isso pode ser falso. Além disso, os alarmes falsos podem incitar o acionamento de meios de resgate e de recursos humanos que, conseqüentemente, já não estão disponíveis para as vítimas reais. Acrescente-se ainda que este facto ilícito conduzirá a prejuízos económicos, nomeadamente a utilização de fundos públicos para situações falsas.

---

<sup>316</sup> Também no ordenamento jurídico francês parece existir este conflito de normas que regulam a utilização abusiva de sinais de alarme, referimo-nos concretamente ao Article 74 du décret du 22 mars 1942, (règlement d'administration publique sur la police e o art. 322-14 do Código Penal francês.

<sup>317</sup> Vide por exemplo o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa Processo: 502/17.0T9LRS.L1-9 onde se frisou que “Para praticar o crime de abuso e simulação de sinais de perigo previsto no artigo 306.º do Código Penal é necessário que o agente (a) utilize abusivamente sinal ou chamada de alarme ou de socorro ou (b) faça crer através de simulação que é necessário auxílio alheio em virtude de desastre, perigo ou situação de necessidade coletiva. É necessário ainda que essa conduta seja acompanhada de dolo direto ou necessário.”

<sup>318</sup> A problemática ocorreu de maneira evidente no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo: 502/17.0T9LRS.L1-9 de 11/4/2019, juiz relator: Cláudio Ximenes.

Fazendo uma reflexão sobre o conceito de sinal ou chamada de alarme ou de socorro presente no art. 306.º do CP, podemos concluir que este envolve a discagem de números de emergência, a utilização de sistemas de instalações de contato de emergência (em específico dos telefones de emergência instalados em locais públicos), o disparo de sirenes de emergência a partir dos sinais de extinção, o acionamento de mecanismos de controlo de fumos, a ativação dolosa de alarmes por sistemas privados de deteção de intrusões, a utilização de linhas de emergência nas frequência de rádios CB<sup>319</sup>, a utilização abusiva de sinais do código internacional de sinais<sup>320</sup> e também a utilização os sinais de emergência de veículos em serviço de urgência (avisadores sonoros e luminosos especiais).

No que concerne ao bem jurídico protegido pelo crime presente no art. 306.º do CP, para Pinto de Albuquerque<sup>321</sup> o mesmo identifica-se com a ordem e tranquilidade pública, na sua vertente da funcionalidade dos sistemas e mecanismos de auxílio coletivo. Por seu turno, no que concerne ao tipo objetivo, o autor elenca que está em causa a utilização abusiva de sinal ou chamada de alarme ou de socorro ou no aviso falso da necessidade de auxílio alheio em virtude de desastre, perigo ou situação de necessidade.

Para que não restem quaisquer dúvidas, a chamada ou sinal de socorro é a mensagem de pedido de auxílio urgente para o próprio ou para terceiro ou para coisas próprias, ou de terceiros, por força de desastre, perigo ou situação de necessidade que não seja autêntico. Aqui naturalmente, estão incluídas as mensagens de socorro falsas, mas também a circulação de veículos em

---

<sup>319</sup> Esta atividade é regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho. Deverá entender-se canal de socorro, urgência e segurança - a frequência 27,065 MHz (canal 9) que só deve ser utilizada para o estabelecimento de comunicações de emergência.

<sup>320</sup> O código Internacional de Sinais (CIS) – Nome que recebe o conjunto de sinais visuais, sonoros, eléctricos e homógrafos (pronúncia em rádio), utilizados para facilitar a comunicação entre estações móveis ou fixas, navais, terrestres, aéreas, civis ou militares. Estes sinais são codificados em acordos internacionais, no âmbito da ONU e referendados pelos países membros em sua legislação. São utilizados por forças armadas, alianças militares, como a OTAN, marinha mercante, controle de tráfego aéreo, como a ICOM, embarcações de pesca e desportivas, radioamadores, simples conversas ao telefone entre muito outros. Tem origem na comunicação entre embarcações, que utilizavam de bandeiras coloridas presas aos mastros. Com o avanço da tecnologia e o aparecimento da comunicação via rádio surgiu também a necessidade de melhorar o entendimento e a padronização das mensagens, criando-se assim o Código Fonético Internacional. International Code of Signals Resolution A.80 (IV) adopted on 27 September 1965.

No ordenamento jurídico português o artigo 171.º do regulamento geral das capitánias (Decreto-Lei n.º 265/72 de 31 de Julho) estabelece também limitações/ restrições de utilização de determinados sinais nomeadamente “Não é permitido na área de jurisdição marítima, sem licença da respetiva autoridade, lançar foguetões, acender fogos de artifício, dar tiros ou fazer qualquer sinal de alarme, salvo o caso de necessidade de socorro. Sobre o mesmo assunto, o D.L. n.º 45/2002, de 02 MAR, também estipula que constitui contra-ordenação lançar fogo-de-artifício, foguetes, efetuar disparos ou emitir quaisquer outros sinais que possam ser confundidos com sinais de alarme ou socorro sem a licença da respetiva capitania do porto].

<sup>321</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal a luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 763.

estado de emergência pelas autoridades civis. Precisamente, a propósito da circulação de veículos em estado de emergência o Tribunal da Relação de Coimbra<sup>322</sup> salientou que “a circunstância de um veículo circular em missão de polícia não significa, por si só, que transita em serviço de urgência. Para que assim seja, e possa atuar a cláusula de exclusão da ilicitude prevista no referido preceito é necessário, em primeiro lugar, que a natureza da missão, pela sua urgência e relevância, o exija e, em segundo lugar, que a marcha urgente seja devidamente assinalada, seja por avisadores sonoros e luminosos seja, caso aqueles não existam, por sinais de luzes e sinais sonoros.”

Para além disso, o ilícito típico impõe uma utilização abusiva que, perfilhando os ensinamentos de Figueiredo Dias,<sup>323</sup> consubstancia-se “num elemento valorativo global, que implica um juízo sobre a ilicitude do facto em face da totalidade da ordem jurídica.”

Esta posição não erigiu dúvidas até ao ano de 1994, ano em que entrou em vigor o DL n.º 114/94, de 03 de maio, que estabeleceu uma reforma estrutural ao Código da Estrada. No que concerne ao regime do trânsito de veículos em emergência, este diploma veio estabelecer no seu art. 64.º n.º 5 que é proibida a utilização dos sinais que identificam a marcha dos veículos referidos no n.º 1 quando não transitem nas condições nele previstas. Para além disso, foi estabelecido um regime sancionatório contraordenacional, o que nos deixa perplexos diante da legislação penal relativa à simulação de sinais de perigo (já existente anteriormente).

Segundo entendemos, a utilização dos avisadores sonoros e luminosos especiais referidos, respetivamente nos artigos 22.º e 23.º do Código da Estrada, têm como funcionalidade a indicação perante a comunidade civil de que esses veículos transitam em missão de polícia, de prestação de socorro, de segurança prisional ou de um serviço urgente de interesse público, integrando-se de tal forma (quando haja uma conduta simulada) no conceito de “sinal” ou “chamada de alarme” presente no art. 306.º do CP. Assim sendo, face a esta ambivalência típica de regimes sancionatórios, que se traduzem numa autêntica conflitualidade de meios reativos<sup>324</sup>, não podemos deixar de alertar a comunidade científica e acima de tudo, o exercício do poder legislativo para os riscos

---

<sup>322</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra Processo: 242/13.9TBSRT.C1, Vasques Osório, 27-11-2013

<sup>323</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.ª edi. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 p. 290

da “descrédibilização da pena criminal” e principalmente para o princípio da legalidade consagrado no art. 1.º do CP e do mesmo modo no art. 1.º do RGCO.

**b) O crime de dano contra a natureza (art.278.º do CP) e a contraordenação presente no art. 22.º da *Lei da Conservação dos Habitats Naturais* e os art. 43.º e 43 do RJCN**

Na década de setenta, a convicção da insuficiência das ações de responsabilidade civil, bem como das medidas de foro administrativo, levou a que os EUA introduzissem no panorama da proteção penal várias disposições para esse efeito, destacando-se a *Federal Water Pollution Control Act*, e *Clean Air Act*<sup>325</sup>. Esta necessidade de intervenção do Estado sob condutas ofensivas ao ambiente, não tardou a chegar às constituições democráticas do século XX, inclusive na Constituição da República Portuguesa de 1976.

Reconhecemos, desde já, que o bem jurídico ambiental é aquele que provoca um problema bastante dissonante quanto à necessidade de interferência do direito penal – a tutela das condutas que implicam um *dano contra a natureza*. Por um lado, nestas condutas erguem-se questões relacionadas com a dignidade jurídico-penal<sup>326</sup> do ambiente, e por outro, no que concerne precisamente à nossa área de estudo, estas questões expõem frequentemente um conflito com o regime contraordenacional. Segundo entendemos, reconhecemos ser constitucionalmente<sup>327</sup> imposta a proteção penal do ambiente por parte do Estado sancionador. No mesmo sentido que o nosso, o Conselho Consultivo da PGR<sup>328</sup>, esclarece-nos que a Constituição da República Portuguesa institui a qualidade do ambiente (no art.66.º da CRP) como um direito individual, um interesse coletivo e um interesse difuso, e é, pois, nesses termos um direito constitucional. No mesmo parecer consultivo, frisa-se também que, ao contrário do ordenamento jurídico espanhol, a nossa Constituição

---

<sup>325</sup> Cf. BASOCO, Juan Terradillos, *El ilícito ecológico: sancion penal – sancion administrativa*, Editorial Trotta 1992.

<sup>326</sup> Entre outros, veja-se SOUSA MENDES, *Vale a Pena o Direito do Ambiente?*, AAFDL, Lisboa, 2000 (1ª reimpressão), p. 31 e ss. No Brasil, é de ter em conta COSTA, Helena Regina Lobo, *Proteção Penal Ambiental -viabilidade, efetividade, Tutela por outros ramos do direito*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247, que suscita alguns limites à expansão do direito penal ambiental. Tanto Hassemer quanto Munoz Conde afirmam que não é possível dotar o direito penal das exigências típicas do Direito Ambiental em geral, pois o primeiro não se compactua com um prisma preventivo e ampliador de responsabilidades dos agentes no âmbito das organizações complexas às necessidades ambientais. ( Vide Hassemer, Winfreid, *A preservação do ambiente por meio do direito penal In notícias de direito Brasileiro*. Unb Nova Série, 1997.

<sup>327</sup> A Constituição da República portuguesa foi uma das primeira das primeiras do mundo a tutelar o ambiente. De facto, parece ter sido a lei fundamental Suíça, de 1971, a primeira constituição democrática a fazer referência explícita ao ambiente, no seu art. 24.º. Seguiu-se-lhe a constituição grega, quatro anos mais tarde, que estabeleceu, à semelhança daquela, a obrigação do Estado de proteção e conservação do ambiente. Nem num nem noutro texto o ambiente assume a configuração de direito subjetivo, que assim sucederá pela primeira vez com a Constituição da República Portuguesa de 1976.

<sup>328</sup> Parecer do Conselho Consultivo da PGR, N.º Convencional: PGRP00001112.



não prevê ela mesma a criminalização dos “atentados” ao ambiente, porém foi deixada claramente aberta a porta para que o bem jurídico-constitucional em causa fosse, também, um bem jurídico-penal.

A par da constitucionalização do bem jurídico ambiental, surge como tarefa fundamental do Estado preservar o ambiente consagrada na alínea e) do artigo 9.º da CRP, n.º 2 do artigo 66.º e alíneas a), l), m) e n) do artigo 81.º da CRP, pelo que se verifica assim, a elevação de uma verdadeira obrigação do Estado na proteção do bem jurídico ambiental.

Com efeito, em qualquer ordenamento jurídico, o método de proteção contra ofensas ao bem jurídico ambiente implica a utilização de uma demarcação legislativa bastante cuidada, sob pena de “cairmos” numa total abstração daquilo que está ínsito na própria legislação. Para além disso, incertezas surgem na própria construção de um tipo penal, já que este deverá ser capaz de introduzir elementos, como nos esclarece Mário Monte<sup>329</sup>, com uma referência supraindividual e supranacional, o que implica que não sejam utilizados na sua matriz legitimadora negativa elementos concernentes a bens jurídicos individuais, o que se torna intolerável para os demagogos do antropocentrismo do direito penal clássico. Precisamente, as dificuldades de delimitação do bem jurídico “ambiente” e as suas concretas particularidades levam a que frequentemente a tutela seja plurifacetada, com o objetivo de circunscrever os casos em que existe um juízo de ilicitude com autonomia ética e aqueles em que não existe. Porém, esta cisão de campos de punibilidade é bastante fluida, ao ponto de existirem áreas de intervenção sobrepostas. Juan Terradillos refere, a propósito deste clima legislativo, que estas contradições geram um impacto bastante negativo no plano da escolha do mecanismo sancionatório.

Pese embora os trabalhos doutrinários a propósito da delimitação da sanção mais adequada ao bem jurídico ambiente<sup>330</sup>, a discussão sobre o meio de controlo e intervenção para as ofensas ambientais está longe de acabar. Na verdade, no próprio continente europeu há uma divisão sobre o incentivo aos métodos criminais para as condutas que afetem o ambiente. Tanto assim é que no Reino Unido pode-se constatar a existência de vários documentos oficiais, entre

---

<sup>329</sup> MONTE, Mário Ferreira, *Direito Penal da Sustentabilidade? Tópicos para um novo paradigma na tutela penal do ambiente* JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 91-101.

<sup>330</sup> Vide por exemplo BLONDIAU, Thomas, ROUSSEAU, Sandra, BILLIET, Caroline, *Comparison of criminal and administrative penalties for environmental offenses*, European Journal of Law and Economics (Eur J Law Econ), Springer Science + business media, novembro, 2014. Também na Alemanha Sammüller-Gradl, *Hanna Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht : Untersuchung im Hinblick auf das Rechtsgut der Umweltdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.

os quais particular destaque para aqueles que foram publicados por Hampton<sup>331</sup> e Macrory<sup>332</sup> que defendem a ideia de que a intervenção criminal, na prática, não é o caminho mais económico para a tutela do meio ambiente. Além disso, nestes dois estudos britânicos, pôde-se concluir que o sistema sancionatório do Reino Unido, que privilegiava a sanção jurídico-penal, para as ofensas ambientais era ineficiente, bastante dispendioso, demorado e os resultados da aplicação das sanções penais apresentavam um baixo poder de controlo sobre a dissuasão preventiva especial. Pelo contrário, já na política intervencionista da UE<sup>333</sup>, salienta-se que os sistemas de fiscalização “administrativos” não têm sido capazes de alcançar uma proteção suficiente do meio ambiente e que as sanções criminais apresentam resultados de eficácia e controlo preventivo maiores<sup>334</sup>. Contudo, mesmo dentro da UE, a OCDE<sup>335</sup> reconhece que ocorre uma dissonância na utilização das sanções criminais.

Ora, o regime sancionatório português, no que diz respeito ao controlo do dano ambiental, acompanha a dinâmica europeia bipartida entre o regime sancionatório criminal e contraordenacional. Na maioria dos países europeus, o ambiente é protegido quer pela via criminal quer pela via administrativa. Porém, como bem nos explica Albamonte<sup>336</sup> o carácter unitário do bem “meio ambiente” deveria corresponder, conseqüentemente, a um sistema “protetor-sancionador” unitário. Para nós, a posição dualista, arrogada pelo Estado legislador, não levantaria problemas se existisse uma delimitação circunstanciada, objetiva acerca daquilo que se pressupõe na aplicação de cada tipo sancionatório. É precisamente no art.º 278.º do CP que se levantam as dúvidas acerca da funcionalidade, pertinência e a conflitualidade normativa dentro do sistema sancionatório.

Inclinando-nos agora, em particular, sobre o ilícito típico referido no art. 278.º do CP, o crime de dano contra a natureza em “*strito sensu*”, adotando os ensinamentos de Paulo Pinto de Albuquerque<sup>337</sup>, tem uma natureza complexa. Trata-se de um crime de dano quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos, e é um crime de resultado combinado com um delito de

---

<sup>331</sup> HAMPTON, Philippe, *Reducing administrative burdens: Effective inspection and enforcement*. Hampton Review Team March 2005.

<sup>332</sup> MACRORY, Richard (2006). *Regulatory justice: Making sanctions effective*. Final Report, Macrory Review, November 2006.

<sup>333</sup> (vide a Diretiva 2008/99/EC de 19 Novembro 2008 – que estabelece a importância da importância do ambiente através do direito criminal, a Diretiva 2004/35/CE de 21 de abril de 2004.

<sup>334</sup> BLONDIAU, Thomas, ROUSSEAU, Sandra, BILLIET, Caroline, *Comparison of criminal and administrative penalties for environmental offenses*, European Journal of Law and Economics (Eur J Law Econ), Springer Science + business media, novembro, 2014

<sup>335</sup> OCDE, *Ensuring environmental compliance: Trends and good practices*. Paris: OECD Publishing, 2009.

<sup>336</sup> ALBAMONTE, A. *Sistema penale e ambiente*. Padova: CEDAM, 1989 p.12.

<sup>337</sup> Pinto de Albuquerque, Paulo, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2008 p.718.

desobediência quanto à forma de consunção do ataque ao objeto da ação. Por seu turno, no que diz respeito ao tipo de objetivo de ilícito, a realização do crime ocorre mediante: “a) a eliminação de exemplares de fauna ou flora de espécie protegida ou ameaçada de extinção, b) a destruição de habitat natural <sup>338</sup>protegido ou habitat natural causando a este perdas em espécie de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas, ou em número significativo, c) afetar gravemente recursos do subsolo e c) a comercialização ou detenção para comercialização de exemplar ou fauna ou flora de espécie protegida, vivo ou morto”.

Parecer-nos-ia que a disposição, no modo como foi concebida, não levantaria quaisquer dúvidas, contudo, problemas surgem quando analisamos a *Lei da Conservação dos Habitats Naturais*, doravante LCHN<sup>339</sup> e o *Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade*, doravante RJCN<sup>340</sup>, já que estes consignam que os pressupostos objetivos descritos no art.º 278.º do CP, exigíveis para o preenchimento do ilícito típico criminal são qualificados dentro do regime sancionatório contraordenacional (veja-se o art. 22 da LCHN, e o art. 43.º e 44.º do RJCN). Como já foi por diversas vezes mencionado, nestes casos estamos perante um concurso aparente de normas de diferente natureza.

Também, já exibindo uma preocupação legislativa, a Procuradoria Geral da República reconheceu mediante o Parecer de 25/10/2012 que o legislador no crime de dano contra a natureza, tipificado no artº 278º, nº1, al. a) do CP utiliza um conceito elástico, aberto ou impreciso, que admite valorações diversas, tendo deixado ao intérprete a tarefa de o concretizar. Com efeito, o legislador acrescenta à expressão «eliminar» a necessidade desse comportamento ter por objeto um «número significativo» de exemplares de fauna ou flora. Foi, pois, pela maior gravidade da conduta assim aferida que o legislador delimitou o círculo dos comportamentos criminalmente puníveis, atendendo a que a ordem jurídica também conta com um sistema de contraordenações que abrangem os comportamentos causadores de dano na natureza, o que obrigou a reservar para a previsão do artº278º do CP as condutas mais graves.

Porém, em lado algum se referenciou o que é um “número significativo”, ou o que é uma “deterioração significativa”. Como se depreenderá, a explicação, e conseqüente fundamentação, dependerá de um juízo de valor alicerçado na prova pericial de carácter técnico-científico.

---

<sup>338</sup> Foi pelo Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, com a nova redação do Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro, que transpõe para a ordem jurídica interna as Diretivas n.º 79/409/CEE, de 2 de Abril (Diretiva Aves) e n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio (Diretiva Habitat).

<sup>339</sup> Aprovado pelo Decreto-lei n.º 140/99 de 24 de abril.

<sup>340</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/2008.

Nestas situações, as valorações discricionárias das entidades sancionatórias são incompatíveis com o princípio da legalidade criminal<sup>341</sup> que exige uma atuação precisa e, sobretudo, quando nos encontramos perante crimes de carácter público, onde estão em causa a proteção de valores fundamentais da vida em sociedade. Além disso, para nós, o princípio da tipicidade, invocável no domínio do direito sancionatório público, exige que as infrações tipificadas cumpram um mínimo de determinabilidade, permitindo a predeterminação inteligível das infrações e das respetivas sanções e facultando às autoridades com competência sancionatória - e aos tribunais, no momento do controlo jurisdicional das suas decisões - um critério decisório minimamente seguro e objetivável. Naturalmente que essa determinabilidade impõe que a qualificação de um dado facto seja realizada de um modo objetivo.

Para nós, pese embora a tentativa do legislador em circunscrever a tutela do direito criminal às condutas que envolvessem um número significativo ou uma deterioração significativa, não deixa de ocorrer um autêntico antinomismo normativo entre o art. 278.º n.º 1 do CP e o art. 22.º da LCHN.

Reconhecemos que o art. 11 n.º 1, n.º 2 e n.º 3 da LCHN, aqui referenciado por força do art. 22.º da LCHN, não instituiu qualquer número para o preenchimento do respetivo ilícito contraordenacional sendo bastante apenas a captura de um exemplar para o cometimento da infração. Por seu turno, relativamente ao juízo global de ilicitude da conduta, nos casos em que existe um número significativo a LCHN também não referenciou, em lado algum, que a lei contraordenacional não se aplicaria nos casos em que existisse um número significativo.

Paralelamente sobreposto ao art. 278.º n.º 1 CP, na matéria relativa à eliminação, destruição ou captura de exemplares de espécies protegida está construído o art. 44.º do RJCN. Por um lado, no que diz respeito à *deterioração significativa de habitat natural* protegido ou não protegido, o RJCN e da biodiversidade consagrou no seu art. 44.º que constituem factos com natureza contraordenacional - a alteração da morfologia dos solos da área protegida, modificação da cobertura vegetal<sup>342</sup>, a instalação ou ampliação de depósitos de ferro-velho, de sucata, de veículos, de areia ou inertes ou de outros resíduos sólidos que causem impacte visual negativo ou efeitos negativos no ambiente. Nestes termos, todas as situações atrás descritas relativas ao art. 44.º do RJCN

---

<sup>341</sup> Vide no mesmo sentido PLANAS, Gabriel Garcias, *"El delito urbanístico: delitos relativos a la ordenación del territorio"*, 1.ª Edição, Tirant lo blanch, 1997. p. 88 e segs.

<sup>342</sup> Vide aqui Diretiva 92/43/CEE do Conselho, de 21.05 concretizada no ordenamento português na Resolução do Conselho de Ministros n.º 142/97, publicada no DR - I Série B, de 28.8.1997, p. 4462.

constituem elementos claros suscetíveis de causar uma “deterioração significativa”, do mesmo modo criminalizadas pelo art. 278 n.º 1 do CP.

Para aqueles que julgam que este problema da compatibilidade do art. 278.º do CP com determinados regimes contraordenacionais é apenas uma “construção abstrata e irrealizável” na prática jurídica, Alexandra Vilela <sup>343</sup> removeu todas as dúvidas, já que a mesma nos explicou a ocorrência no nosso ordenamento jurídico de um processo em que se abriram dois procedimentos sancionatórios autónomos. O caso em questão, era relativo à demolição de dois edifícios com ninhos de andorinhas – que é uma espécie protegida por tratados internacionais. Com efeito, o Ministério Público abriu inquérito criminal por suspeita da prática de crime e deduziu acusação pela prática de um crime de dano contra a natureza (art. 278 do CP). Posteriormente, foi requerida pela arguida a reabertura da instrução e tendo sido obtidos todos os requisitos processuais, os autos foram suspensos provisoriamente nos termos do art. 281.º do CPP por 30 dias, mediante o pagamento de uma injunção no valor de 150 euros a uma Instituição de Solidariedade Social.

Paralelamente ao processo crime foi instaurado um processo de contraordenação<sup>344</sup> contra a mesma arguida, pelo facto de, no mesmo dia que foi referido no despacho do MP e no mesmo local, “ter procedido à demolição de um conjunto de edificações, abatendo de forma intencional espécimes da família Hirundinidae e destruindo de forma intencional os seus ninhos e habitat, sem que fosse titular de qualquer licença ou autorização para o efeito”. Tais factos, de acordo com o auto de notícia em apreço, configuram a prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 4.º, n.º 1, alíneas a) e b) e 14.º, n.º 1, alínea a) e n.º 3 do Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro.

A autoridade administrativa, pese embora a aplicação do instituto da suspensão provisória e o posterior arquivamento dos autos de inquérito, fruto do cumprimento das injunções por parte da arguida, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º do CPP, pronunciou-se pela não violação do princípio *ne bis in idem*. Para tanto sustentou-se no teor dos n.ºs 1 e 2 do artigo 28.º (curso de infracções) da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto. Segundo aquela, “atendendo às disposições legais supra referidas, faz sentido dar continuidade ao presente processo, por não ocorrer violação do princípio “ne bis in idem”, pois que apesar de “iniciado o processo de inquérito criminal, a arguida não foi condenada em qualquer pena”.

---

<sup>343</sup> VILELA, Alexandra, *Crime e contraordenação: por morrerem algumas andorinhas pode acabar a Primavera*, v. 2 n. 2 (2013): Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto.

<sup>344</sup> A descrição factual corresponde à descrição do artigo VILELA, Alexandra, *Crime e contraordenação: por morrerem algumas andorinhas pode acabar a Primavera*, v. 2 n. 2 (2013): Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto.

Na verdade, todos estes problemas se resolveriam com uma correta aplicação do art. 38.º do RGCO, que prevê que quando se verifique concurso de crime e contraordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processamento da contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal.

Tomamos emprestadas as palavras de Guilherme Câmara<sup>345</sup> quando referenciou que em matéria de dano ambiental “a probabilidade de conjugação de todos os fatores condicionantes do contexto é normativamente prefixada (pelas normas administrativas). Quer-se assim exprimir que caberá à pública administração, com “baldrame” na experiência comum e no conhecimento científico atual, estabelecer previamente quando poderá (e em que condições) formarem-se tais conjunturas situacionais de acumulação (em ordem a realizar a chamada gestão administrativa do risco, mercê da fixação dos riscos relevantes).” Porém, acrescentamos nós, como já tivemos em momento anterior oportunidade de referir, existindo a mera suspeita de prática de crime, todo o processo terá obrigatoriamente que ser remetido para o Ministério Público, pois só esta entidade possui a competência para apurar da existência da prática do crime.

### **c) O crime de Violação de Regras Urbanísticas presente do art. 278 – A do CP e o art. 37.º do RJREN e 39.º do RJRAN**

Em qualquer espaço da linha cronológica da história europeia, e inclusivamente em todo o desenvolvimento da cultura europeia, o “direito de utilização do solo” indicou o destino dos Homens e dos seus descendentes. Aliás, em muitos Estados, o solo é percecionado como património mundial sustentado, sendo respeitado e compreendido como uma realidade dotada de um direito de preservação. Observe-se que inclusivamente, houve momentos da história europeia em que a preservação do solo era assegurada por muralhas físicas e humanas – estes últimos eram verdadeiros guardiões perpetuando uma tradição milenar, tendo o ensejo de conservar as suas riquezas e garantir a sua sustentabilidade.<sup>346</sup>

Paralelamente ao direito de utilização do solo, surge-nos outro direito originário do direito de propriedade - o direito de edificação e fruição do solo. É exatamente no âmbito da delimitação

---

<sup>345</sup> CÂMARA, Guilherme *O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações Futuras: Contributo ao Debate sobre o Delito Cumulativo*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, p. 613.

do direito de uso e fruição do solo, que nos surge a criminalização das ofensas ao Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional, da Reserva Ecológica Nacional e do Regime Jurídico da Classificação de Arvoredo de Interesse Público.

Durante muito tempo o Estado foi um órgão ausente em matéria de urbanismo. Na verdade, a cidade moderna germinou e permaneceu durante muito tempo repartida entre o domínio público e a propriedade privada. Nos princípios do urbanismo moderno, a atuação da Administração limitava-se aos espaços públicos da cidade, especialmente às ruas, largos e jardins, que lhe competia construir e manter e sobre as quais ela executava verdadeiros “poderes dominiais”. A este urbanismo de obras públicas<sup>347</sup>, que apenas promovia a urbanização através da construção das infraestruturas e serviços gerais da cidade, contrapunha-se uma ampla esfera de liberdade individual dos proprietários privados no que concerne à edificação dos seus terrenos. Na verdade, como nos diz Cláudio Monteiro,<sup>348</sup> “à Administração estava proibido ultrapassar a fronteira entre o *espaço público* e o *espaço privado*, que ela própria instituíra por meio da definição do alinhamento dos prédios junto à via pública, exceto se isso se revelasse estritamente necessário para prevenir o cumprimento de normas de ordem pública relativas aos aspetos de estrutura e de forma das edificações, e destinadas a assegurar as suas condições de segurança, salubridade e estética”.

A criminalização presente no art. 278.º – A do CP surgiu no ano de 2010, por via das alterações efetuadas pela Lei n.º 32/2010, de 02 de setembro, associada ao pacote de medidas de regeneração da economia portuguesa, integrando-se no “Pacote Anticorrupção”. Foi precisamente pensando na expansão dos crimes de corrupção, onde o poder local se apresenta como um veículo primordial na sua disseminação. Seja como for, a ligação do poder local com os crimes urbanísticos delimita-se por meio de um elo: o sector da construção civil. Por outro lado, as competências específicas do Presidente da Câmara, centradas na matéria de urbanismo, incluindo-se aqui o poder de decidir em matéria de urbanização, alteração do uso do solo e licenciamento de obras, dão azo, não raras vezes, ao enriquecimento ilícito nos sectores público e privado e consequente branqueamento de capitais e corrupção.<sup>349</sup> Porém, além das consideráveis competências que aqueles órgãos possuem e que o legislador visou proteger, existe uma certa incoerência já que o

---

<sup>347</sup> PARADA, Ramón, *Derecho Urbanístico, Comentarios y Estudios Jurídicos*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales pp. 2 ss. e VALLVÉ, Marta, Lora-Tamayo, *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar. Análisis comparado desde las aportaciones de G. E. Haussmann y la doctrina de Ildefonso Cerd*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

<sup>348</sup> MONTEIRO, Claudio, *O domínio da cidade - a propriedade à prova no direito do urbanismo*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ano de 2010 p.321.

<sup>349</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, “*A Violação das Regras Urbanísticas. Reflexão crítica*”, Universidade Católica Portuguesa: Centro Regional do Porto - Escola de Direito, p. 9.

poder decisório nos procedimentos sancionatórios é detido, em certos casos, pelos mesmos órgãos competentes para a fiscalização.

Debruçando-nos em particular sobre o ilícito criminal presente no art. 278.º - A do CP podemos concluir que “qualquer pessoa que proceda a obras de construção, reconstrução ou ampliação de imóveis”, ou seja, que pratique operações urbanísticas violadoras de disposições legais relativas ao ordenamento do território é punida com pena de prisão até três anos ou pena de multa. Bastantes debates doutrinários ocorreram (e diga-se que ainda continuam), a propósito da dignidade penal da introdução deste ilícito.

No que concerne à dignificação penal da “ordem urbanística”, tomamos emprestadas as palavras de José Lopes, quando especificamente referiu “que a sua razão de ser está na necessidade direta de não conceber um Estado de Direito onde se possa dispor livremente do solo não urbanizável através da realização de construções ou obras que, por motivos de natureza comunitária, o Estado entendeu legalmente estarem condicionados ou vedados a tal finalidade”.<sup>350</sup> Acrescentamos ainda que a proteção deste interesse deverá coincidir com a promoção de um crescimento urbanístico sustentável, visando-se especificamente a via pública, as áreas incluídas na Reserva Ecológica Nacional e na Reserva Agrícola Nacional ou bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal.

Do que ficou exposto, podemos concluir que se encontra tutelado no art. 278.º – A do CP, a “legalidade urbanística<sup>351</sup>” ou, como refere Jesús Castillo, e que acolhemos, “a violação das limitações de uso estabelecidas legal ou administrativamente<sup>352</sup>”. Por “legalidade urbanística” entendemos as “regras urbanísticas”, mais precisamente o conjunto de normas vigentes reguladoras do ordenamento do território, que se traduzem em limitações legais ou administrativas que afetem

---

<sup>350</sup> LOPES, José Mouraz, “*Os novos crimes urbanísticos no código penal*”, As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal / coord. Rui do Carmo, Helena Leitão. - Coimbra : Coimbra, p.75.

<sup>351</sup> Neste sentido: PUERTA, M. José Rodríguez / ESTIARTE, Carolina Villacampa, “*La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*”, in Gonzalo Quintero Olivares / Fermín Morales Prats, El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñoz, 2001, p. 1747 / CASTILLO, Jesús Bernal del, “*Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos*”, Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid: UNED. N. 3 (1999) p. 14 e segs, entre outros.

<sup>352</sup> Tradução livre do autor. Original: “[...]«violación de las limitaciones de uso establecidas legal o administrativamente»”. Cfr. RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “*Los delitos sobre ordenación del territorio. La responsabilidad penal de la Administración urbanística*”, en *Actualidad penal*, n.º16, 1997.



o uso do “solo urbano”.<sup>353</sup> Partindo deste último pressuposto poderíamos dizer que a acessoriedade administrativa<sup>354</sup> exerceria, neste caso, uma função modeladora da intervenção jurídico-penal, se existissem critérios objetivos externos ou internos ao ilícito típico que permitissem a sua subsunção individual a um dos ilícitos.

Para além daquilo que já foi referido, no que concerne ao âmbito de incidência do art. 278.º – A do CP, apresentou um conceito de proteção bastante amplo, incluindo a proteção dos terrenos da Reserva Ecológica Nacional (doravante REN), da Reserva Agrícola Nacional (doravante RAN), e todos os bens do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal.

Porém, devemos notar que, nos dois anos anteriores à introdução desta lei no código penal, foram concebidos regimes disciplinadores quer da Reserva Ecológica Nacional no ano de 2008, quer da Reserva Agrícola Nacional no ano de 2009, com regimes específicos sancionatórios para todas as atividades que interferissem com essas áreas protegidas. Contudo, o legislador penal no ano de 2010, aquando da introdução do art.278.º- A do CP, nada fez no que se refere à delimitação de um estudo prévio de impacto normativo<sup>355</sup>, nem se pronunciou quanto ao enquadramento jurídico do ato legislativo, nem sequer revogou normas que colidem com o ato normativo – vigorando assim, uma panóplia de atos normativos que se contradizem mutuamente, principalmente no que concerne à consequência jurídica da prática de uma determinada conduta.

É precisamente na relação com os ilícitos contraordenacionais que o art.º 278.º- A do CP entra em antagonismo substancial, em particular quando examinamos o Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional (Decreto-Lei n.º 166/2008), o Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional (DL n.º 73/2009, de 31 de março), e o Regime Jurídico da classificação de arvoredo de interesse público (Lei n.º 53/2012, de 05 de setembro).

---

<sup>353</sup> Que inclui, como entende FERNANDO ALVES CORREIA, “áreas nas quais é reconhecida vocação para o processo de urbanização e edificação compreendendo os terrenos urbanizados e os solos cuja urbanização seja programada (que substituiu a anterior categoria dos solos urbanizáveis), bem como os solos afetos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano”. Cfr. CORREIA, Fernando Alves, “*O Direito do Urbanismo em Portugal*”, in RLJ, ano 135, n.º 3937 (Março – Abril 2006), p. 208.

<sup>354</sup> Quando nos referimos a acessoriedade administrativa, referimo-nos em particular à necessidade do aplicador do direito penal ter uma necessidade de utilização e interpretação de conceitos do campo administrativo como mecanismo de formulação de juízo jurídico-penal. Vide a propósito HEINE, Gunther, *Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente, Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, págs. 289-316, onde se explicou que “*A acessoriedade administrativa no direito penal levou a República Federal da Alemanha, especialmente na doutrina, a considerar grande número de questões concretas, que logo também preocuparam aos tribunais. Em essência, trata-se do grau de conexão do direito penal com o direito administrativo e o modo como o direito penal pode intervir sobre a atividade administrativa.*”

<sup>355</sup> Exigência esta que consta do Guia de legística para a elaboração de atos normativos, Edição Divisão de Edições da Assembleia da República, Assembleia da República Lisboa, maio de 2020 p.18.

No que concerne ao Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional – doravante RJREN, o mesmo estabeleceu na sua alínea a) do ponto n.º 3 do art. 39.º que constitui contraordenação ambiental muito grave a realização de usos ou ações interditas nos termos do artigo 20.º do mesmo diploma. Ora, se analisarmos este último artigo podemos perceber que aí se estabeleceu que nas zonas classificadas como REN estavam interditas as operações de loteamento; as obras de urbanização, construção e ampliação, vias de comunicação e escavações e aterros. O que fazer ao conteúdo do RJREN? Será que se poderá entender que, por força das imposições posteriores do art. 278.º - A, o mesmo perdeu a sua validade substancial, inclusive a sua força sancionatória? Será constitucional a norma do art. 278.º - A, do CP, por violação do princípio da segurança e da previsibilidade jurídica?

Enganem-se aqueles que julgam que este artigo, não erigiu mais problemas. Dada a extensão do âmbito de incidência que o mesmo abarcou, naturalmente que outros problemas de compatibilidade normativa foram aparecendo.

Com efeito, o Regime jurídico da classificação de arvoredo de interesse público (doravante RJCAIP) – criado pela lei n.º 53/2012, de 05 de setembro, parece que veio descriminalizar um conjunto de condutas que estavam tipificadas no art. 278-A do Código Penal, nomeadamente referimo-nos a todos os atos que impliquem uma “operação que possa causar dano, mutilação, deterioração ou prejuízo ao estado vegetativo dos exemplares classificados. – conforme dispõe o art.4.º al. d) do RJCAIP.

Ora, a construção ou ampliação de imóvel que incida sobre um arvoredo de interesse público, incide diretamente sobre um “bem de domínio público” e um bem protegido por uma disposição legal, preenchendo assim os pressupostos de proteção que o art.278.º - A do CP tinha estabelecido. Resta-nos saber, tendo em conta que o RJCAIP foi criado posteriormente à introdução do art. 278.º -A do CP, se fará sentido aplicar o disposto no art. 20.º do RGCO, caso exista uma colisão de normas do RJCAIP com o art. 278.º -A do CP. Ora, tendo em conta que nos parece que o legislador manifestou a sua intenção em descriminalizar as condutas previstas no art. 4.º alínea d) do RJCAIP, não se mostra respeitador da *mens legislatoris* a adoção da solução presente no art. 20.º do RGCO. No mesmo sentido, Mário Monte<sup>356</sup> referiu que “quando uma conduta é punida penalmente e em seguida passa a ser punida contraordenacionalmente, é evidente que a

---

<sup>356</sup>MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga: AEDUM, 2017 p. 134 .

resposta de imediato se afigura pacífica – punir pela infração mais leve, ou seja a contraordenação, uma vez que a conduta deixou de ser considerada crime”.

Ainda assim, não podemos concluir que ocorreu uma verdadeira descriminalização, já que o artigo 278.º - A do código Penal permaneceu em vigor, e é por esse motivo que identificamos a existência desta sobreposição legislativa como uma verdadeira antinomia normativa.

Do mesmo modo que o RJREN, o RJRAN estabeleceu, também no art. 39.º, um regime sancionatório particular para quem realizasse operações de loteamento e obras de urbanização, construção ou ampliação<sup>357</sup>, de lançamento ou depósito de resíduos radioativos, resíduos sólidos urbanos, resíduos industriais ou outros produtos que contenham substâncias ou microrganismos que possam alterar e deteriorar as características do solo; a aplicação de volumes excessivos de lamas nos termos da legislação aplicável, designadamente resultantes da utilização indiscriminada de processos de tratamento de efluentes; intervenções ou utilizações que provoquem a degradação do solo, nomeadamente erosão, compactação, desprendimento de terras, encharcamento, inundações, excesso de salinidade, poluição e outros efeitos perniciosos.

Com efeito, partindo da análise das condutas típicas relativas à construção, reconstrução ou ampliação de imóveis dentro da RAN e da REN, concluímos que estas foram objeto de um processo de criminalização no código penal com a instituição do art. 278.º – A, sem que as disposições contraordenacionais sofressem qualquer tipo de alteração. Para nós, enquanto existir uma norma que enquadre um facto numa determinada substância ilícita<sup>358</sup>, esse facto deverá ser interpretado nos precisos termos que o princípio da legalidade assim o exige. Se afirmamos a existência de uma relação consunção dos ilícitos contraordenacionais pelos ilícitos criminais, estaríamos forçosamente dentro de uma derrotabilidade normativa contraordenacional e conduziria à queda do princípio da legalidade contraordenacional. Porém, como é a opinião maioritária, é precisamente o afastamento de uma norma a função da teoria do concurso em direito criminal, mas também se deve notar que esse afastamento foi concebido inicialmente para a compreensão das relações entre ilícitos criminais, e para as situações em que ocorre uma “unidade do sentido de ilicitude”.

---

<sup>357</sup> com exceção das utilizações previstas no artigo 22.º do RJRAN.

<sup>358</sup> Como dizia Cavaleiro de Ferreira “Antes de proceder à aplicação da lei, há que determinar a norma ou as normas aplicáveis ao caso concreto. E esta determinação não se faz somente em função do tempo, do lugar ou das pessoas, mas também do próprio objeto das normas, relativamente à situação de facto que a norma prevê, na medida em que sobre a mesma situação de facto possa convergir outra norma.”

Parece-nos pertinente, por último, trazer à colação, a reflexão inevitável, avançada por Marques Rodrigues<sup>359</sup>, na medida em que aqui se levantam as questões relacionadas em saber se estes ilícitos não seriam sanados mediante outros “remédios” presentes no ordenamento jurídico-penal.<sup>360</sup> De resto, muito se questiona se não se estará, face a estes ilícitos, numa certa “inconstitucionalidade por excesso”<sup>361</sup> como nos aponta Silva Sánchez, devido a uma ingerência do direito penal em âmbitos onde não se vislumbra uma verdadeira dignidade penal. Importa analisar a natureza dos ilícitos penais e dos ilícitos administrativos, e compreender se, à luz de um critério “custo/benefício”, onde se opõe a liberdade e as necessidades de proteção inerentes às decisões de tipificação, a opção de criminalizar estes ilícitos é constitucional. Algumas dúvidas de proporcionalidade e legalidade colocam-se face a esta opção: estará observado o critério do merecimento de proteção penal do bem jurídico? Será que nos casos em que existe um concurso aparente com as normas criminais, faz sentido aplicar o art. 20.º do RGCO? Serão estas condutas lesivas ao ponto de necessitarem de tipificação penal?

---

<sup>359</sup> MARQUES RODRIGUES, João Miguel Ferreira, *Reflexões teórico-práticas sobre os novos “crimes urbanísticos” Uma perspectiva jurídico-administrativa e jurídico-penal*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), Coimbra, 2016 p.47.

<sup>360</sup> E também no mesmo sentido RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “*Análisis del artículo 320, La responsabilidad penal de la Administración Urbanística*”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 236.

<sup>361</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva, “*Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio*”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 15 e segs.

## Capítulo IV

### Impactos do Concurso Aparente de Normas em Matéria Criminal e contraordenacional

**SUMÁRIO:** 1. Os impactos na Dogmática Jurídico-penal 2. Do surgimento de Antinomismos normativos 3. A vulnerabilidade do princípio “ne bis in idem” 4. As consequências no princípio da legalidade criminal. 5. Limites à liberdade de conformação legislativa – a responsabilidade do legislador pela violação do princípio da legalidade criminal

#### 1. OS IMPACTOS NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Assim gizado o nosso panorama de investigação, importa agora demarcar minuciosamente os principais eixos problemáticos da tutela penal e contraordenacional de bens jurídicos coletivos, sob o ponto de vista da lei penal substantiva e da matriz constitucional portuguesa.

Como certamente já se depreende da vasta literatura existente em respeito ao tema, para determinados penalistas, a inserção de novos bens jurídicos conduziu a uma hipertrofia do direito penal,<sup>362</sup> na medida em que se debilitaram os pressupostos punitivos do crime, e consequentemente dos princípios constitucionais em matéria penal. A preocupação é de tal forma grave que Jakobs<sup>363</sup> refere mesmo que “o autor [criminal] não tem [agora] nenhuma esfera privada para uma conduta, todavia não socialmente relevante, sem que seja só fonte de perigo ou, por outras palavras inimigo do bem jurídico. Num consequente desenvolvimento deste critério de tomar como ponto de partida a proteção de bens jurídicos haver-se-ia de combater penalmente inclusive os

---

<sup>362</sup> A expressão é de CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, in Boletim da Faculdade de Direito, vol. XLIX, Coimbra, 1973 p. 257. Vide também Manuel Leye Estupinan, que nos explica que : O Estado não deve interferir coercitivamente na vida dos cidadãos ou promover coercitivamente sua moralidade, mas apenas proteger sua segurança, evitando que causam danos físicos uns aos outros [e] respeitando o valor da liberdade de consciência das pessoas. É precisamente nesta missão de redução da violência social que se coloca a necessidade de reduzir a violência punitiva institucionalizada do próprio Estado, subordinando a aplicação do direito penal à insuficiência de outros meios menos nocivos, restritivos e traumáticos para o indivíduo dos quais o Estado dispõe. LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel, & Lugo Arteaga, L. *El bien jurídico y las funciones del Derecho penal*. Derecho Penal Y Criminología, 36 (100), 63-74, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, «*Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales* (especial referencia al ámbito económico)», in Diez Ripollés et al. (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Siglo*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002, pp. 395-431. Recomenda-se a leitura do artigo de DUBBER, Markus, *The Dual Penal State The Crisis of Criminal Law in Comparative - Historical Perspective*, Oxford University Press D. Oup uncorrected proof revises Aug 2018, Newgen.

<sup>363</sup> Os dois parenteses na transcrição são nossos. GÜNTHER JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, in "Estudios de Derecho Penal", UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp., 293 a 324.

pensamentos perigosos dos autores potenciais, ou ainda mais as fontes das quais surgem esses pensamentos perigosos.”

De facto, a conceção do direito penal – enquanto mecanismo de controlo dos *danos efetivos*, e que adquiriu na dogmática penal a denominação de princípio da ofensividade, tornou-se redeseenhado ou pelo menos assumiu uma nova definição conjugada com outros bens, podendo-se mesmo chegar à criminalização de condutas sem qualquer resultado<sup>364</sup>. Para além disso, a dicotomia entre crime de mera atividade e crime de resultado, isto é, entre os casos em que a conduta é logo punida independentemente da verificação (ou não) de um resultado, e os casos em que só é punida a conduta que produza um resultado espaço-temporalmente distinto da ação exige uma ponderação bastante atenta, principalmente nas situações de perigosidade abstrata.<sup>365</sup> É nesta sede que cabe, reverenciando Figueiredo Dias, “a função negativa de excluir da tipicidade comportamentos jurídico-penalmente irrelevantes<sup>366</sup>.”

---

<sup>364</sup> Pode-se dizer, com DÍEZ RIPOLLÉS, José, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Editorial Trotta, 2003, p. 138, que não há lesividade em dois pressupôs: em primeiro lugar quando se tratam de condutas que não afetam os planos individuais separados; em segundo lugar, se estamos diante de condutas que ainda incidindo nos planos de vida, estima-se que tais incidências são inerentes a tal interação social e não exigem nenhum tipo de reação. Este último pode dever-se também à atitude de tolerância social sem reação punitiva quando se apresenta diante de uma conduta danosa. Alude-se a isso também PALAZZO, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 453-482, pp. 479-480. Uma formulação negativa sobre a permissividade pode ver-se em MILL, *Sobre la libertad*, 2007, pp. 70-72.

A propósito do princípio da ofensividade Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria *in De los delitos y de las penas* esclarece que «[...]el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos. Verdad palpable como otras, y que no necesita para ser descubierta cuadrantes ni telescopios, pues se presenta a primera vista de cualquiera mediano entendimiento, pero que por una maravillosa combinación de circunstancias no ha sido conocida con seguridad cierta, sino de algunos pocos hombres contemplativos de cada Nación y de cada siglo.»

<sup>365</sup> Ademais, a necessidade de regular condutas que estão isentas de qualquer resultado danoso, na aceção da teoria da imputação objetiva (bastando-se a mera criação de condições ou estado propiciador de perigo) impõe ao aplicador do direito a realização de um juízo objetivo, do ponto de vista do cidadão comum suposto pela ordem jurídica, de causalidade adequada da ação para, naquelas circunstâncias, alcançar ou colocar em perigo o resultado previsto no tipo de crime ROMERO, Ítalo Reyes, *in Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva*, *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, 2015, pp. 137 – 170, “O carácter não permitido de um risco tem que determinar-se objetivamente, isto é, sem atender a circunstâncias individuais do autor. Então se a permissão do risco não pode depender da maneira como o sujeito realizou a conduta (pois tem que excluir-se as suas capacidades e conhecimentos, então deve-se buscar um juízo geral. Isto implica que o critério de risco permitido que opera com independência do facto específico que se analisa, de modo a que qualquer característica concreta é irrelevante: em definitivo só é importante « En otras palabras, el riesgo permitido no tiene que ver con la ejecución de una acción por parte de un sujeto sino má bien con la ejecución de un tipo de acción». Nesta aceção, Klaus Günther reconheceu especificamente que o resultado, nestes ilícitos, aparece meramente como prossecução adequada ou inadequada de um risco incrementado por um comportamento desaprovado, onde o dever originário, complementar, geral e negativo de omitir ingerências em direitos de liberdade alheios, elevou-se à categoria de um dever geral de cuidado, com elementos positivos e negativos, cuja relação de complementaridade com bens jurídicos já não está clara.

<sup>366</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.ª edi. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 305. Mais acrescenta o referido autor “Importante é só, do nosso ponto de vista reacentuar que no contexto da distinção típica entre crimes de mera atividade e crimes de resultado e diversamente do que sucede na distinção entre “desvalor da acção” e “desvalor do resultado” como ideias rectoras do ilícito, não está em causa a mera “tranquilidade” ou

## 2. DO SURGIMENTO DE ANTINOMIAS NORMATIVAS

Porém, a sedução do legislador pelos métodos criminais e contraordenacionais, certamente motivada pela própria ambiguidade do bem jurídico em questão, conduziu à adoção de vias de tutela plurifacetadas, nomeadamente levando a que o mesmo bem jurídico fosse tutelado quer pela via criminal quer pela contraordenacional, ou nas palavras de Verruchi <sup>367</sup>“a uma encruzilhada normativa”. Neste sentido, na maioria das situações que incidem sobre os bens jurídicos coletivos, esta tutela plural é delimitada mediante a adoção de critérios relacionados com parâmetros de ilicitude - quantitativos<sup>368</sup> e/ou qualitativos, ou mediante pressupostos que permitam uma distinção objetiva do campo de intervenção (como sejam valores técnicos, avaliação do dano patrimonial, análise do impacto que a conduta causou, bem como da afetação de outros bens-jurídicos que circunscrevem aquela conduta).

Contudo, casos há, possivelmente relacionados a uma desatenção legislativa, que possuem uma verdadeira dupla tutela contraordenacional e criminal. Na verdade, podemos falar de um clima de antinomia normativa<sup>369</sup>, na medida em que nestes casos, não existe qualquer critério objetivo que permita ao intérprete circunscrever o tipo objetivo de ilícito, seja num quadro do direito penal, seja num quadro de direito contraordenacional. É evidente que, com estas considerações, facilmente se compreende que qualquer determinação que recaia sobre esses ilícitos e a enquadre num ilícito criminal ou contraordenacional gerará uma perda de eficácia da norma inutilizada.

Assim, concluímos que nas situações de incompatibilidade normativa há um afastamento da conexão entre a premissa normativa e a consequência jurídica que foi estabelecida para esse

---

“intranquilidade do bem jurídico provocada pela conduta mas a exigência típica de que à acção acresça ou não um “efeito sobre objeto da acção e desta distinto espaço temporalmente.”

<sup>367</sup> VERRUCHI, Michelle, *Il concorso aparente di norme, l'interazione normativa tra antilogia e antinomia*, Università degli studi di Firenze, 2010.

<sup>368</sup> Defendendo a tese quantitativa cfr., entre outros, JESCHECK, Hans-Henrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Vol. I (tradução e aditamentos de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch. Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981. // JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos Y Teoria De La Imputacion*, MARCIAL PONS, 1997. Vide também CEREZO MIR, José « *Sanções penais e administrativas no direito espanhol* », Revista brasileira de ciências criminais Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais - v. 1, n. 2, p. 26–40, abr./jun 1993», SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General (Fundamentos y teoria del delito)*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984; DIAS, Mário Gomes, «Breves reflexões sobre o processo de contra-ordenação», Revista do Ministério Público, ano 5.º, vol. 20, 1984; LUMBRALES, Nuno, *Sobre o conceito de contraordenação*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006.

<sup>369</sup> García Maynez, reconhece que “antinomy exists when two legal norms of one same system are mutually opposed in a contradictory manner, provided they have identical material, spatial and temporal scopes, but one permits and regulates and the other prohibits the same subjects from the same conduct. GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3rd ed., México, Porrúa, 1949.

facto<sup>370</sup>. Esse fenómeno, é designado comumente na doutrina como *derrotabilidade normativa*. Cristina Líbano Monteiro chega mesmo a questionar “no concurso aparente, a norma preterida e as suas consequências jurídicas votam-se, sem exceção e para sempre à inoperância? Ou, pelo contrário, o facto de a conduta do agente ter preenchido, para além do que se convocou, outro ou outros tipos legais, pode influenciar a resolução do caso?”<sup>371</sup>

Para nós, quando subsista, à data da entrada em vigor de um ato legislativo, uma norma típica contraordenacional, e no ato legislativo precedente, seja instituída uma qualificação criminal, sem uma expressa revogação da qualificação, estamos perante uma *antinomia normativa*. No mesmo sentido que o nosso, Alfonso Celloto<sup>372</sup> defende que estamos perante uma antinomia quando ocorre uma situação de incompatibilidade entre duas normas que impõe consequências jurídicas e incompatibilidades diversas para uma mesma relação jurídica, pelo que a aplicação de uma exclui a aplicação da outra. Com efeito, as situações de antinomia normativa, como teremos oportunidade de analisar detalhadamente ao longo desta investigação, são caracterizadas pela presença de duas disposições legais com a mesma identidade de objeto (*eadem res*), e além disso, uma identidade fáctica com níveis de similaridade bastante elevados ou mesmo iguais, porém a qualificação legal atribuída (*nomen iuris*) é diferente, consoante se adote uma disposição ou outra. Nestes termos, o tipo legal perde toda a sua funcionalidade estritamente relacionada com a determinabilidade.

A propósito do modo como se enquadram as antinomias normativas, Victoria Sesma<sup>373</sup> defende que as antinomias surgem quando há uma identidade nos antecedentes deonticos, sendo que estes podem agrupar-se em caracteres deonticos incompatíveis (antinomia deontica) ou possuir uma impossibilidade de aplicação ou cumprimento de ambos simultaneamente, dado as consequências da aplicação serem incompatíveis. No que precisamente respeita aos operadores deonticos, Garcia Maynez<sup>374</sup> elucida-nos também que duas normas se opõem contraditoriamente quando possuindo os mesmos âmbitos de validade material, espacial e temporal, uma permite e a outra proíbe o mesmo facto sujeito a permissão. Ora, esta reflexão do modo como se desenvolve

---

<sup>370</sup> Lobo Moutinho in LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contraordenações, Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008 p.30. - refere a propósito que a característica essencial das contraordenações é “correspondência real entre o facto jurídico e a contraordenação. “o que para nós, como temos vindo a analisar não pode ser afirmado, sem salvaguardas excepcionais.

<sup>371</sup> LIBANO MONTEIRO, Cristina, *Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal*, Almedina, 2015, p.225.

<sup>372</sup> GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Editora Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1951

<sup>373</sup> SESMA, Victoria Iturralde, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, pp. 331-353.

<sup>374</sup> GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1951, pág.32.



a incompatibilidade é de extrema importância, uma vez que em matéria de antinomias normativas contraordenacionais e criminais não há uma coerência interpretativa dentro do sistema jurídico, nem um posicionamento exato sobre o modo como cada antinomia contraordenacional se desenvolve e se enquadra paralelamente ao regime penal. Para nós, quando estamos perante dois ramos de direito sancionatório, e existindo, um verdadeiro paradoxo quanto à consequência da prática de uma conduta, a qualidade da antinomia não será deontológica, já que não existe nenhum carácter proibitivo, estabelecido pelo Direito Penal que seja permitido pelo Direito Contraordenacional, mas será uma antinomia de *qualificação de ilicitude* ou como prefere Alfonso Celloto<sup>375</sup>, uma antinomia de valoração. É precisamente na relação entre os tipos contraordenacionais que conseguimos apurar o sentido de ilicitude divergente entre eles, ou por outras palavras o juízo abstrato negativo de valor que recai sobre o comportamento humano e que indica que esse comportamento é contrário às exigências do ordenamento jurídico.<sup>376</sup> Seja como for, a ilicitude assume uma relação de dependência com a tipicidade, que nas palavras de Figueiredo Dias<sup>377</sup>, esta última, irá mostrar, concretizar ou individualizar o sentido de ilicitude numa espécie de delito.

Com efeito, apesar de ser inevitável o risco de aparecimento de antinomias normativas nos preceitos legislativos, o julgador tem a obrigação de “solucioná-las”, sendo a própria lei que impõe a que o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio. (assim dispõe o art. 8.º do Código Civil).

### 3. A VULNERABILIDADE DO PRINCÍPIO “NE BIS IN IDEM”

Na verdade, o princípio do *non bis in idem* passou a ganhar espaço e importância no estudo do concurso de normas a partir dos séculos XV e XVI, em Itália e em Espanha, pela menção à unidade de fato ou de ação, como critério determinante para verificação da existência de um ou vários crimes<sup>378</sup>, posição que encontrou uma grande expansão no final do século XVIII, nomeadamente na obra de Koch do ano 1758. Desde então, tornou-se assente na comunidade jurídica de

---

<sup>375</sup> CELLOTO, Alfonso, Paradojas e antinomias, *La teoría general del ordenamento jurídico y sus contradicciones*, Biblioteca de Filosofía de Derecho, Santiago, Chile, Ediciones Olejenik p.14.

<sup>376</sup> Seguimos de perto a noção Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Aran, MUÑOZ CONDE, Francisco, ARAN, Mercedes García, *Derecho Penal, Parte General* 8ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo blanch libros, Valencia, p. 252, 2010.

<sup>377</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais*, A doutrina geral do crime, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 p. 285.

<sup>378</sup> Vide a propósito GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 36), NORANHA MAGALHÃES, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1975 p. 341) e BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. Tomo II. 2ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959., p. 290).

que havendo um único fato, só se poderia falar num único crime, de forma que a realização de várias figuras delituosas se resolveria com a prevalência de uma sobre as outras. Evitava-se, assim, que alguém fosse punido duplamente pelo mesmo fato. Apesar da manutenção do brocardo “*quot delicta tot poenae*” como regra geral, a punição por dois ou mais crimes dependia, a partir de então, da verificação de que tais crimes estavam relacionados a fatos distintos.

Esse paradigma controvertido assume particular relevância, quando pensamos no modo como o legislador pretendeu “desenhar” as molduras de intervenção, e por fim, no modo como a própria sociedade pretende controlar certos tipos de comportamentos. Na verdade ao trazermos o princípio do *ne bis in idem* para a investigação sobre a tutela plurifacetada de bens jurídicos coletivos, necessitamos forçosamente de apurar de que forma é que a construção do quadro normativo que tutela um determinado bem, pode debilitar esse princípio.

É certo que se um único facto *per se*, é suscetível de gerar um concurso aparente de normas, e conseqüentemente uma pluralidade sancionatória de distintas naturezas, a nossa Constituição imediatamente bloqueia tal hipótese com a consagração, no art.º 29.º n.º 5.º do princípio da proibição do *ne bis in idem*,<sup>379</sup> que na verdade já era empregue no direito romano (*exceptio rei iudicatae*), e entre nós, encontra-se positivamente consagrado no ponto 7 do art. 14.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos da ONU e no art. 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

---

<sup>379</sup> Embora sempre tenha reconhecido uma certa margem de apreciação pelos Estados Partes, sem questionar as opções sancionatórias, o TEDH tomou várias posições expressas relativa ao conceito de “natureza criminal” da disputa, a fim de superar a variedade das abordagens de política criminal seguidas pelas várias leis nacionais, com o objetivo de garantir proteção individual contra exercícios do *ius puniendi* pelas autoridades estatais: uma pessoa, portanto, não pode ser sancionada novamente pelo mesmo comportamento, sob o pretexto de que é lidar com uma medida administrativa ou disciplinar. Além disso, essa extensão da esfera de aplicação do *ne bis in idem* não opera em geral, mas apenas nos casos em que o procedimento administrativo resulte em medida particularmente afliativa. Vide: Grande Stevens e outros contra a Itália “O apuramento de tal violação pressupõe que as normas em causa sancionem — de modo duplo ou múltiplo — substancialmente a mesma infração. A contrariedade ao princípio *ne bis in idem* depende assim da identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes, ou do desvalor pressuposto por cada uma delas.”

Do mesmo modo pertinente o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º n.º 263/94 observa que “Mas é evidente que a problemática do princípio de *non bis in idem* se põe relativamente a cada direito sancionatório, sendo certo que só no plano do direito criminal o princípio tem expressa consagração constitucional. Poder-se-á sustentar, é claro, que o princípio é aplicável também por analogia nos outros direitos sancionatórios públicos, no âmbito interno respetivo.”

Com efeito, uma parte da doutrina espanhola<sup>380</sup> entende mesmo que “o princípio constitucional” do *ne bis in idem* pode configurar-se como uma proibição de pluralidade de tipos normativos sobre infrações por um mesmo facto. Nesta senda, Alejandro Nieto<sup>381</sup> adverte que na realidade quase nunca o legislador seguiu esta ideia, devido à inércia e incapacidade de racionalizar o ordenamento repressor, embora o autor reconheça que já tenha sido objeto de controvérsia jurisdicional no Tribunal Supremo de Espanha quando referenciou que “o princípio geral de direito *ne bis in idem* (...) proíbe que uma pessoa seja sancionada duas vezes pelo mesmo facto, mas não impede que uma mesma conduta esteja tipificada duplamente.”<sup>382</sup>

Do mesmo modo que nos tribunais espanhóis, em Portugal também se colocou a questão acerca da compatibilidade do princípio do *ne bis in idem* com a pluralidade de tipos normativos. A posição do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>383</sup> na qual foi suscitada a questão, foi a de que o princípio *ne bis in idem*, como exigência da liberdade do indivíduo, apenas impede que os mesmos factos sejam julgados repetidamente, sendo indiferente que estes possam ser contemplados de distintos ângulos penais, formal e tecnicamente distintos. Assim exposta a compreensão do Tribunal da Relação de Lisboa, conduz-nos à compreensão de que não ocorre qualquer violação do princípio *ne bis in idem* quando haja uma sobreposição de ilícitos criminais e contraordenacionais.

Contrariamente à posição deste último tribunal, o Tribunal Constitucional português frisou, no seu Acórdão n.º 244/99, de 7 de Abril, que é admissível invocar tal princípio quando esteja em causa um concurso de crimes e também quando o concurso seja entre um crime e uma contra-ordenação “quando os bens jurídicos tutelados pelas respetivas normas sejam idênticos”<sup>384</sup>.

No mesmo sentido, no ordenamento jurídico da Polónia, o Tribunal Administrativo de Łódź<sup>385</sup> entendeu que “o funcionamento de dois regimes de responsabilidade diferentes, que preveem para o mesmo comportamento duas sanções de distinta natureza, está em clara contradição com o princípio do Estado democrático regido pela lei, e assim, a introdução de disposições que

---

<sup>380</sup> Neste sentido: NIETO, Alejandro, *Manual Derecho Administrativo Sancionador*, Editora Tecnos, 4.ª edición, p.476.

<sup>381</sup> NIETO, Alejandro, *Manual Derecho Administrativo Sancionador*, Editora Tecnos, 4.ª edición, p.476.

<sup>382</sup> Ac. STS de 24 de abril de 2000 (Ar.3817) Também DEL REY limita o principio do non bis indem corroborando o mesmo proíbe apenas que o facto seja duplamente sancionado e não duplamente tipificado REY GUANTER, S. del, potestad sancionador de la administracion y jurisdicción penal en el orden social, 1990. P. 125, 126.

<sup>383</sup> Ac. TRL de 13-04-2011 Processo 250/06.6PCLRS.L1-3 Relator: Rui Gonçalves.

<sup>384</sup> Acórdão n.º 244/99, do Tribunal Constitucional.

<sup>385</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r. P 19/06 / (Trad. – Acórdão do Tribunal Constitucional da Polónia de 15 de janeiro de 2007 P 19/06.

estabeleçam um regime de responsabilidade adicional viola o princípio do *ne bis in idem*.<sup>386</sup> Do mesmo modo que a posição deste tribunal, Leslie Fischer<sup>387</sup> também defende a ideia de que o princípio do *ne bis in idem* implica a proibição do cúmulo de qualificações jurídicas decorrentes de uma única conduta.

De igual modo o TEDH<sup>388</sup> se pronunciou, embora naquele caso em específico, se tratasse de uma concorrência entre sanções disciplinares e criminais, o mesmo corroborou que “se os Estados contratantes pudessem discricionariamente, qualificar uma infração como disciplinar em lugar de uma sanção criminal ou perseguir o autor de uma infração “mista” disciplinar e penal, o funcionamento das cláusulas fundamentais dos art. 6.º e 7.º da CEDH<sup>389</sup>, encontrar-se-ia subordinado à vontade soberana do Estado. Uma lexitude tão ampla levar-nos-ia ao risco de atingir resultados incompatíveis com o fim e o objetivo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.”

Ora, para nós, embora reconheçamos que o *ne bis in idem* desempenha um papel fundamental no momento da criação legislativa, e aqui tomamos emprestadas as palavras de Joaquin Bardaji<sup>390</sup> quando escreveu que a reação face à injustiça da duplicidade legislativa, não se resolve por via de tentar anular as normas “reiterativas”, mas especificamente dotando os cidadãos de um direito a que num caso concreto, não lhe seja aplicado um duplo sancionamento, sem que isso afete de modo algum a validade da norma aplicada. O princípio do *ne bis in idem* é apenas um “remédio paliativo” posterior, apesar de não sanar definitivamente as deficiências legislativas. Contudo, apesar de reconhecermos que o princípio do *ne bis in idem* não fica diretamente afetado com a existência de uma duplicidade normativa, a verdade é que a duplicidade normativa conduz inevitavelmente a uma maior propensão a que os ilícitos sejam sancionados por dois métodos distintos, o que no fundo, acaba por conduzir, indiretamente, a que duplicidade normativa afete o princípio do *ne bis in idem*.

---

<sup>386</sup> (Pl.) WOJCIECHOWSKI, Paweł, *Zbieg odpowiedzialności administracyjnej opartej na sankcjach w postaci administracyjnych kar pieniężnych* in *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Wydawca: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2015.

<sup>387</sup> LEULIER-FISCHER, Juliette. *La règle ne bis in idem*, 2005, Tese (Doutorado em 2005) – Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005.

<sup>388</sup> Sentencia do TEDH 5100/71, Caso engel y otros Sentencia de 8 de junio de 1976.

<sup>390</sup> BARDAJI, Joaquín, *Manual de Derecho administrativo sancionador*, Tomo I Parte General/ Parte Especial I, 2.ª Edición, Navarra: Aranzadi S.A. 2009.

#### 4. AS CONSEQUÊNCIAS NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CRIMINAL

Ainda no que concerne aos impactos negativos da convergência de normas de tutela penal e contraordenacional realça-se que, em determinados casos, o princípio da legalidade contraordenacional (previsto no art. 1 e 2.º do RGCO) não assume a verdadeira eficácia que se desejaria no plano da distinção entre aquilo que é realmente um ilícito contraordenacional ou criminal. A principal razão que nos leva a apontar a violação o princípio da legalidade (presente no art. 29.º n.º 1 da CRP, no art. 11.º da DUDH, art. 15.º do PIDCP, e no art. 49.º da CDFUE, no art. 1.º do CP e ainda no art. 2.º do RGCO), é a existência de um clima de antinomia normativa entre ilícitos criminais e contraordenacionais uma vez que apesar de existir uma dupla previsão normativa sobre um determinado facto, o mesmo encontra-se dividido quanto ao seu enquadramento sancionatório, e assim as exigências do postulado da legalidade são afastadas.

Como já foi por diversas vezes referido, no que concerne à tutela de bens jurídicos coletivos, como já afirmamos diversas vezes, ocorre uma negligência legislativa<sup>391</sup> mediante a conceção de campos de sobreposição legislativa em áreas que mereciam um peculiar cuidado (com destaque para poluição, a matéria do dano ambiental, do tráfego rodoviário, os crimes aduaneiros, os crimes de violação de dados pessoais).

Como observa Inês Ferreira Leite <sup>392</sup>à partida, o ilícito contraordenacional deveria cessar onde começasse o ilícito penal; e uma mesma conduta, num caso concreto, apenas poderia ser reconduzida, em alternativa, ao crime ou à contraordenação<sup>393</sup>. E, de facto, era esta a tendência

---

<sup>391</sup> Como abordaremos mais a frente, os ilícitos criminais e contraordenacionais que apresentam uma coincidência de pressupostos objetivos e subjetivos são, de entre outros, os seguintes:

- a) O crime do artigo 25.º RGIAE (Contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais e as contraordenações dos: Reg. (CE) N.º 183/2005 de 12 de janeiro, do Dec. Lei. N.º 161/2003 e o Dec. Lei N.º 289/99;
- b) O crime do art. 306 do CP de abuso e simulação de sinais de perigo e o art.º 64.º do CE;
- c) O crime do art. 24 RGIAE contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares e a Portaria 1009/93 de 13 de outubro, Portaria n.º 533/93;
- d) O crime do art. 33 RGIAE (Exportação ilícita de bens) e o Decreto-Lei n.º 10/2015, e o art.º 92 do RGIT, e as contraordenações do Artigo 109.º do RGIT (Introdução irregular no consumo);
- e) Do Crime de Incendio Florestal e o art.38.º do DL 124/2006;
- f) O crime de dano contra a natureza (art.278.º CP) e o art.22.º da Lei da Conservação dos Habitats Naturais;

<sup>392</sup> FERREIRA LEITE, Inês, *A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional*, in Regime geral das contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais cej, setembro de 2015, Lisboa.

<sup>393</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 62 e 63.

que se verificava no ilícito de mera ordenação social, até há alguns anos, sendo os tipos contraordenacionais construídos de um modo reflexo invertido ao dos tipos incriminadores, quando estava em causa a tutela do mesmo interesse jurídico.”

Com efeito, a preocupação legislativa com a concurso aparente de normas é de tal modo importante no ordenamento jurídico espanhol, que na comunidade governativa do País Basco, mediante a “*Ley de la potestad sancionadora del País Vasco*<sup>394</sup>” se introduziu no art.º 4 n.º 2 que “na configuração dos regimes sancionatórios evitar-se-á a tipificação de infrações com um idêntico facto e idêntico fundamento que os delitos e as faltas já estabelecidos nas leis penais ou nas infrações já tipificadas noutras normas administrativas sancionadoras.” Para além disso, também o ordenamento italiano, de modo a evitar todas as dificuldades que se frisaram, a *Presidenza del Consiglio dei Ministri* publicou várias circulares, sendo a mais importante a de 19 de dezembro de 1983 onde contém instruções ou critérios do legislador para que se criem leis sem sobreposição sancionadora.

Pese embora existirem espaços de sobreposição legislativa em matéria criminal e contraordenacional, não podemos asseverar que esta negligência ocorra em todo o sistema contraordenacional, sob pena de o funcionamento e aplicabilidade de todo o sistema contraordenacional estar comprometido. De facto, reconhecemos que a área de coincidência substantiva entre os requisitos objetivos e subjetivos dos ilícitos criminais e contraordenacionais é circunscrita a determinadas áreas de intervenção, entre as quais se encontram os ilícitos já analisados no capítulo III.

Observe-se que por regra, o elemento essencial que nos permitiria delimitar e enfim, autonomizar o campo de intervenção criminal e contraordenacional prender-se-ia com a verificação concreta do perigo de lesão resultante de certos factos, ou seja, a lei exigiria que o agente provocasse um dano criando perigo para a vida ou integridade física ou para bens patrimoniais de grande valor de outra pessoa. Não havendo nenhuma alínea que permita criteriosamente delimitar quais os requisitos que possibilitam distinguir a intervenção criminal da contraordenacional, o legislador autorizou o intérprete e aplicador do direito a definir qual a via exata para aquela conduta.

Na verdade, se olharmos com exatidão para os ilícitos típicos em que se verifica uma relação de concurso aparente, podemos constatar que o mesmo bem jurídico coletivo pode ser

---

<sup>394</sup> Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

afetado de múltiplas formas, com vários graus de ilicitude, gerando um dano que seja ponderável em vários estados de admissibilidade social, e enfim uma eticização em função desse mesmo dano. Como nos explica Figueiredo Dias<sup>395</sup> a solução de operar pragmaticamente a distinção de modo nominal não significa que atrás da decisão legislativa não estejam (e devam estar) razões de ordem substancial que a comandam e que ela tem de respeitar. Isto significa que o direito criminal está apto para tutelar ofensas sobre bens que o direito contraordenacional vulgarmente foi concebido desde que sejam criadas barreiras delimitadoras de cada uma das hipóteses dessa intervenção. Também Lobo Moutinho<sup>396</sup> segue a nossa posição, quando referiu a posição de Bonhert que “a qualificação das contraordenações, enquanto delimitação do âmbito de aplicação do respetivo regime e exclusão do regime penal não pode ser uma decisão arbitrária do legislador ordinário”.

Assim, a tipificação penal de uma conduta que, de igual forma seja protegida pelo Direito Contraordenacional exige que a mesma seja balizada minuciosamente sob pena de o aplicador do direito incorrer na violação do princípio da legalidade criminal (art. 1.º CP). Esta nossa posição, que admite a existência de uma violação do princípio da legalidade, parte do entendimento de que o princípio da legalidade criminal exige não só que haja uma lei prévia para a criminalização de uma conduta, mas também que no ordenamento jurídico, o facto esteja assente como criminal. Tal posição foi similarmente perfilhada pelo STJ<sup>397</sup> quando referiu nitidamente que “de outro ângulo, o princípio da legalidade, exigindo a determinação, com o máximo de objetividade, de todas as componentes do facto que é objeto da incriminação, impõe que o tipo legal não possa conter zonas lacunosas ou vazias, que possam vir a ser integradas pelo recurso à solução conferida a casos análogos.” Com efeito, se há um facto típico que não está integrado uniformemente no ordenamento jurídico, e aqui entenda-se seja porque a lei contraordenacional espelhou as mesmas palavras que a lei criminal, seja porque os factos pesem embora estarem escritos com palavras

---

<sup>395</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, n: O novo código penal português e legislação complementar / Jornadas de Direito Criminal - [Lisboa] : Centro de Estudos Judiciários, 1983 p.26.

<sup>396</sup> LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contraordenações*, Ensinar e Investigar, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

<sup>397</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Processo: 07P0809 de 04-10-2007.

No mesmo sentido Figueiredo Dias “O critério de distinção teleológica e funcionalmente imposto pelo fundamento e pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade só pode ser o seguinte: o legislador penal é obrigado a exprimir-se através de *palavras*; as quais todavia nem sempre possuem um único sentido, mas pelo contrário se apresentam quase sempre *polissémicas*. Por isso o texto legal se torna carente de interpretação (e nesse sentido, atenta a primazia da *teleologia* legal, de concretização, complementação e desenvolvimento judicial), oferecendo as *palavras* que o compõem, segundo o seu sentido *comum e literal*, um *quadro* (e portanto, uma *pluralidade*) de *significações* dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação.” FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Coimbra Editora, T. 1.º, p. 175 e segs.

distintas conduzem o interprete a duvidar da via na qual está inserido o ilícito, criar-se-á desse modo uma zona lacunosa inadmissível na atividade sancionatória estadual.

Na verdade, ao colocarmos em causa o princípio da legalidade, estamos obrigatoriamente colocando em causa o princípio da tipicidade, que nas palavras de Joaquin Bardaji<sup>398</sup> é “aquela parte essencial da garantia material do princípio da legalidade que comporta um mandato de taxatividade e certeza, que se traduz na exigência de predeterminação das condutas reprováveis e das suas correspondentes sanções”. Precisamente, no que respeita à aplicação da tipicidade no direito contraordenacional, Figueiredo Dias<sup>399</sup> e António Joaquim Fernandes<sup>400</sup> reconhecem a vigência plena da garantia da tipicidade no direito contraordenacional. Já Eduardo Correia<sup>401</sup> refere que o tipo contraordenacional pode ter uma “maior maleabilidade” do que a infração criminal, pois no direito contraordenacional vigora, segundo o autor “uma particular ideia de legalidade”.

Contrariamente aos autores atrás aludidos, Fernando Martinez<sup>402</sup> e Eberhard Schmidt-Assmann<sup>403</sup> defendem uma interpretação distinta do princípio da tipicidade em matéria de normas de natureza contraordenacional, reconhecendo que as normas que regulam as infrações administrativas têm como objeto de incidência um bem jurídico que apresenta dimensões comensuráveis e que normalmente não se veem (nestas) diretamente afetados os interesses vitais do ser humano, e por esse motivo, não se adequam as exigências da tipicidade penal. Para além disso, é referido ainda por Fernando Martinez que a autoridade administrativa, como entidade aplicadora de sanções, necessita de uma margem de flexibilidade adaptativa para a prossecução dos seus fins que não se coaduna com o princípio da tipicidade criminal.

---

<sup>398</sup> BARDAJI, Joaquin, *Manual de Derecho administrativo sancionador*, Tomo I Parte General/ Parte Especial I, 2.ª Edicção, Navarra: Aranzadi S.A. 2009 p. 123-124.

<sup>399</sup> DIAS, José Figueiredo, *O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in *Direito Penal económico e europeu – problemas gerais*, Coimbra, Coimbra editora 1998, p.28.

<sup>400</sup> FERNANDES, António Joaquim, *Regime Geral das Contra-ordenações*, Notas práticas, 2005, p.62 e 140.

<sup>401</sup> CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e direito de mera ordenação social*, In *Direito Penal económico e europeu – problemas gerais*, Coimbra, Coimbra editora 1973, p.13.

<sup>402</sup> LONDONO MARTINEZ, Fernando. *Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio*. Rev. derecho (Valdivia), Valdivia, v. 27, n. 2, p. 147-167, dic. 2014.

<sup>403</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003, pp. 205 e 207, agregando luego que "el Tribunal Constitucional Federal [alemán] ha advertido acertadamente del peligro que comporta una concepción exagerada según la cual toda norma debiera ofrecer en todos los sentidos certeza absoluta" [basándose en BVerfGE, 80,103 (108); y BVerfGE, 47, 327 (385 y 386)]."



Quanto a nós, pese embora reconheçamos a possibilidade de uma maior flexibilidade na delimitação do princípio da tipicidade em matéria contraordenacional, associada à natureza diversificada de cada uma das matérias que são objeto de regulação, não podemos esquecer-nos nunca das exigências do princípio da legalidade. Deste modo, no que concerne ao direito contraordenacional, sendo ele um direito que implica uma limitação dos direitos fundamentais, exige-se que a lei sancionatória seja certa.

Entre nós, já no ordenamento jurídico português, Lobo Moutinho<sup>404</sup> defende a ideia de que uma norma que qualifica um facto como contraordenacional, desobedecendo ao critério material constitucional da distinção entre crimes e contraordenações implica uma inconstitucionalidade da mesma. Para além disso, segundo nos parece, a tipicidade enquanto pedra basilar do método penal é condição para que todos os outros elementos do conceito de crime (nomeadamente a ilicitude, a culpa e o dolo) possam ser analisados<sup>405</sup>.

Do ponto de vista das consequências da violação do princípio da legalidade no próprio agente infrator e na sociedade, Christian de Valkeneer, Marc Dizier e Vincent Seron<sup>406</sup> elucidam-nos igualmente a propósito do princípio da legalidade, na sua profunda investigação criminológica, que não é a severidade das penas que gera um efeito dissuasor, mas sim a certeza de ser punido.

Além do acima referenciado, Figueiredo Dias<sup>407</sup> elucida-nos distintamente que o tipo legal de crime se apresenda como um verdadeiro tipo de garantia, isto é, como um conjunto de elementos exigidos pelo art. 29 n.º 1 da CRP, para que se cumpra o conteúdo essencial do princípio *nullum crimen sine lege*. O autor suprarreferido, acrescenta mesmo, que estamos diante de uma garantia assente num conjunto de elementos que se distribuem pelas categorias de ilicitude, da culpa e da punibilidade (e inclusive dos pressupostos processuais). Para além disso, ainda objetivando o princípio da legalidade como garantia de todos os cidadãos, o tribunal constitucional português assume a ideia de que esse princípio garante que os cidadãos não fiquem sujeitos ao

---

<sup>404</sup> LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contraordenações*, Ensinar e Investigar, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008 p.33

<sup>405</sup> No mesmo sentido BRANDÃO, Cláudio, *Tipicidade Penal – Dos elementos da dogmática ao giro concetual do método entimológico*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, p.48.

<sup>406</sup> Valkeneer, C., Dizier, M., & Seron, V. (2019). *Le recours au système de justice pénale en Belgique: état des lieux et perspectives*. In P. Kempen & M. Jendly (Eds.), *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and Imprisonment* (pp. 275-292). *Intersentia*, 2019.

<sup>407</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais*, A doutrina Geral do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª edição, 2007, p. 284.

arbitrio e aos excessos do poder punitivo do Estado,<sup>408</sup> e acrescenta que, essencial, neste âmbito essencial é que os destinatários das normas possam saber o que é lícito e o que o não é.

Face a tudo o que já foi referido, pese embora o impacto do princípio da legalidade no direito das contraordenações, enquanto um marco autonomizador da figura da “contraordenação”, não podemos asseverar na totalidade que haja uma “observância legislativa” perfeita do mesmo. Com este cenário, teremos de discordar parcialmente, com o indispensável respeito, da posição teórica de Ana Crespo Pereira<sup>409</sup> quando referenciou, a propósito da norma do art.º 1.º do RGCO, que “um tal critério tem a relevante virtualidade prática de não deixar dúvida ao aplicador e intérprete da lei quanto ao que seja em concreto a contraordenação”. No mesmo sentido, pelo facto de não salvar guardar exceções em matéria de convergência antinómica, discordamos da posição de Simas Santos e Lopes de Sousa<sup>410</sup> quando, relativamente ao art. 1.º do RGCO, frisam que este tem a vantagem prática de evitar no plano da aplicação do direito, a tomada de posição sobre a controversa questão da distinção substantiva entre ilícito criminal e contraordenacional. Na verdade, como se depreenderá, quando nos referirmos ao art.º 1.º do RGCO falamos em particular do princípio da tipicidade<sup>411</sup>, que impõe que a infração esteja nitidamente definida na lei, estando tal condição preenchida sempre que o interessado possa saber, a partir de uma disposição precisa, quais os atos ou omissões que determinam e a delineação exata no âmbito da responsabilidade contraordenacional.<sup>412</sup>

---

<sup>408</sup> Acórdão n.º 76/2016, Processo n.º 30/14 do tribunal constitucional.

<sup>409</sup> PEREIRA, Ana Marta Dias Crespo, *Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto fator de autonomização do Direito das Contraordenações*, Mestrado em Direito Judiciário, Escola de Direito da Universidade do Minho 2015.

<sup>410</sup> Estes últimos referem que “ Este art. 1.º do RGCO consagra um critério puramente formal de distinção entre crimes e contraordenações, que tem a vantagem prática de evitar no plano da aplicação do direito, a tomada de posição sobre a controversa questão da distinção substantiva entre ilícito criminal e contraordenacional. SIMAS SANTOS, Manuel, LOPES DE SOUSA, Jorge, *Contraordenações – anotações ao regime geral*, VISLIS Editores, 2001 p. 48.

<sup>411</sup> MARQUES DA SILVA, Germano entende que “Diz-se que há tipicidade quando o facto se ajusta ao tipo, ou seja, quando corresponde às características objetivas e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador. O problema relativo ao conflitos de ilícitos típicos administrativos e penais foi colocado já várias vezes no ordenamento jurídico espanhol Vide Sentencia Tribunal Constitucional español 20 de Junio de 2018 Núm. Sentencia: 67/2018 “A listagem dos comportamentos mencionados no preceito penal e no direito administrativo sancionador permite apreciar, de maneira natural, que eles não são idênticos, o que torna possível questionar erradamente o ponto de partida do raciocínio judicial que pretende apoiar a dúvida e, portanto, a própria dúvida.”

<sup>412</sup> Essa exigência de determinabilidade implica que as “normas sancionatórias em branco” são aceitáveis desde que garantam um mínimo de determinabilidade, definindo o núcleo essencial da proibição seja ele penal ou contraordenacional, e que o elemento mutável do tipo de ilícito esteja diretamente dependente de critérios de natureza técnica. (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora Processo: 82/12.2YQSTR.E1 e também o tribunal constitucional se pronunciou no Acórdão n.º 102/2008 Diário da República n.º 71/2008, Série II de 2008-04-10.

Na realidade, o problema da conflitualidade normativa, como já tivemos oportunidade de analisar de modo breve, coloca-se precisamente porque, em determinados preceitos, o tipo objetivo<sup>413</sup> e subjetivo de ilícito criminal e contraordenacional não possuem “elementos nucleares<sup>414</sup>” que nos permitem reconhecer quando cada ilícito se enquadra num tipo de tutela ou em outra, e conseqüentemente qual é a diferença de identidade do bem jurídico protegido. Note-se desde já, que não estamos sozinhos no entendimento de que se deve exigir ao legislador um mínimo de tipificação administrativa sancionatória, também o Tribunal Constitucional espanhol <sup>415</sup> reconheceu a propósito da tipificação administrativa sancionatória “a necessidade de que a ação ou a omissão estejam claramente definidas como infrações administrativas, e que exista uma perfeita adequação com as circunstâncias objetivas e pessoais determinantes da ilicitude, por um lado, e da imputabilidade por outro, com o objetivo de se configurar com exatidão a conduta do sujeito com o tipo definido pela norma que se reputa aplicada.”

Para além deste acórdão elucidativo, se mais dúvidas subsistissem o tribunal Constitucional espanhol voltou novamente, depois da sua primeira pronúncia no ano de 1977<sup>416</sup>, a reiterar que a regulação de ilícitos típicos, ainda que sejam conceitos indeterminados exige sempre uma precisão máxima. Ademais, foi referido que tal precisão era exigida nos casos em que não seja possível analisar o modo de realização da lesão através de critérios lógicos, técnicos ou da experiência, e acrescentamos nós, ainda nos casos em que a conduta é regulada paralelamente pelo direito contraordenacional ou seja, suscetível de integrar um outro tipo de sancionamento. Conseqüentemente, a subtração à reserva de lei de critérios distintivos face ao direito contraordenacional, deixa a descoberto, elementos *nucleares* para a compreensão da conduta proibida e, por fim, para o controlo democrático da incriminação. Embora, o tribunal constitucional<sup>417</sup> reconheça do mesmo modo que “nem sempre é possível alcançar uma total determinação, bastando que o facto punível seja definido com suficiente certeza, uma vez que a própria natureza da linguagem impede uma

---

<sup>413</sup> Circunscrevido pelo autor da ação ou omissão, pelo resultado, pelo nexó causal e por fim a imputação objetiva.

<sup>414</sup> O Tribunal constitucional espanhol entendeu que são elementos nucleares o cerne do proibido, o ilícito típico (ou o «núcleo essencial da conduta punível, o seu conteúdo de desvalor a respeito da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos) – Sentencia del Tribunal Constitucional de España 3/1988, de 21 de Janeiro.

<sup>415</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de España de 25 de Marzo de 1977 (Arr: 1442, Juiz relator: Ruiz Sanchez..

<sup>416</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de España 69/1989 de 20 de abril 1989.

<sup>417</sup> Acórdão n.º 338/2003 Tribunal Constitucional.

determinação integral, sendo certo que pode representar-se negativamente uma enumeração demasiadamente casuística, a multiplicar a eventualidade das lacunas e a dificultar a determinação do que é essencial em cada caso.”

Na América Latina, a *Corte Constitucional de la Colombia*<sup>418</sup> reconheceu também que uma norma é suficientemente precisa quando se inclua e se determine com detalhe tanto a conduta como a consequência a impor, de maneira tal que não se suscitem dúvidas sobre qual é o facto gerador de responsabilidade e qual é a sua respetiva sanção.

Do mesmo modo, o tribunal constitucional português<sup>419</sup> a propósito dos impactos da atividade legislativa no princípio da legalidade, entendeu que o princípio *nullum crimen sine lege* seria inoperante se fosse dada ao legislador ordinário a possibilidade de não determinar com um mínimo de rigor, através do tipo legal, o facto voluntário a considerar punível, sem prejuízo de admitir a inviabilidade de uma total determinação e a eventual contraprocedência de um excesso de casuismo.

Seguindo de perto a posição dos dois tribunais constitucionais da península Ibérica, o TJUE no acórdão *Wereld VZX*.<sup>420</sup>, especificamente no parágrafo cinquenta, corroborou que o princípio da legalidade exige que a lei defina claramente todas as infrações, bem como as respetivas consequências – que podem ser penais ou não. Para o efeito, o tribunal em questão, referenciou também que esse requisito está preenchido quando o particular pode saber, a partir da redação da disposição pertinente e, na medida do necessário, com o auxílio da interpretação adotada pelos tribunais, quais os atos e omissões que o fazem incorrer em responsabilidade penal.

Diante ilícitos sobrepostos, provenientes de áreas de intervenção sancionatórias distintas, o procedimento de qualificação jurídica estará submetido à discricionariedade administrativa e jurisdicional. Contudo, pesem embora estas incompatibilidades Alejandro Nieto<sup>421</sup> considera que o “(...) o arbítrio judicial e a discricionariedade administrativa são o saudável e inevitável – contrapeso dos rigores da legalidade - o que explica que esta não produza os desastrosos efeitos que de

---

<sup>418</sup> Sentencia de la *Corte Constitucional de Colombia* C-393/06 disponível em <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-393-06.htm>.

<sup>419</sup> Parecer n.º 19/78, publicado in Pareceres da Comissão Constitucional, 6.º vol., Lisboa, 1979.

<sup>420</sup> Processo C-303/05 Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 3 de Maio de 2007, Posição que também foi reconhecida no TEDH no acórdão *Coëme e o. c. Bélgica* de 22 de Junho de 2000, coletânea dos acórdãos e decisões 2000 VII, § 145) e no acórdão *Cantoni v. França* de 15 de novembro de 1996 § 29.

<sup>421</sup> NIETO, Alejandro, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008 p.249.

outra sorte resultariam.” Não podemos perfilar a posição de Alejandro Nieto, uma vez que, estando nós diante um direito sancionatório que afeta imediatamente os direitos individuais de cada cidadão, essas mesmas restrições carecem da máxima objetividade, em particular, quando está em causa a aplicação de uma pena criminal. Para além disso, os poderes de cognição do tribunal deverão alicerçar-se em métodos interpretativos que respeitem o princípio da legalidade<sup>422</sup> e vinculados a um princípio de coerência interna do sistema jurídico. Qualquer atividade jurídico-interpretativa<sup>423</sup> que implique a ampliação ou diminuição do poder punitivo estadual, em particular, quando subsiste uma margem de valoração que afasta uma imposição legal, há inevitavelmente uma violação do princípio da legalidade, inclusivamente nas situações em que é a própria lei que cria um regime de *derrogação normativa* (refirmo-nos aqui, em particular, ao art. 20.º do RGCO).

Do ponto de vista dos efeitos da política criminal, reconhecemos também que a permanência de antagonismos normativos conduz a que na prática exista uma desigualdade de tratamento ao nível legislativo. Isto explica-se já que por um lado, há uma maior tendência a que, a título de responsabilidade de uma determinada conduta, hajam cidadãos condenados criminalmente pela mesma, em virtude da sua conduta ter sido integrada num facto criminal (ou ter sido integrada numa situação de concurso aparente que afastou a norma contraordenacional ao abrigo do art.20.º do RGCO) e por outro lado a que outros cidadãos que sejam condenados isoladamente em processo contraordenacional sem que tenha sequer sido suscitado qualquer tipo de relação concursal - relativamente a uma conduta típica igual<sup>424</sup>. Naturalmente que não podemos legitimar um sistema concebido deste modo, particularmente porque o nosso sistema sancionatório é assente no princípio da legalidade criminal. (art.29 n.º 1 da CRP).

---

<sup>422</sup> Veja-se que além do teor verbal hão de ser considerados «a coerência interna do preceito, o lugar em que se encontra e as suas relações com outros preceitos» (ou seja, a interpretação lógico-sistemática), assim como «a situação que se verificava anteriormente à lei e toda a evolução histórica», bem assim «a história da génese do preceito», que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios, e finalmente o «fim particular da lei ou do preceito em singular» (ou seja, a interpretação teleológica) cf. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3.ª ed., p. 111.

<sup>423</sup> Segundo Lorena Vieira “É importante realçar que a discricionariedade conferida ao magistrado possui uma zona de abrangência, limite, ou seja, sua liberdade de convencimento não poderá extrapolar os limites do razoável, do proporcional, do exigível, do adequado.” VIEIRA, Lorena Campos, *A discricionariedade do juiz e o princípio da integridade proposto por Ronald Dworkin*, Legis Augustus Rio de Janeiro v.6 n.2 p. 106, jul./dez. 2015.

<sup>424</sup> No mesmo sentido que o nosso vide D’ALMEIDA, Luís Duarte, *O concurso de normas em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2004, pág.70, ponto16.2.

## 5. Limites à liberdade de conformação legislativa – a responsabilidade do legislador pela violação do princípio da legalidade criminal

Qualquer reflexão que seja efetuada em matéria da tipicidade normativa, exige que sejam examinadas as obrigações da entidade responsável por essa atividade. No ordenamento jurídico português, o principal órgão responsável pela delimitação do princípio da legalidade, e no fundo do regime sancionatório contraordenacional e criminal é o órgão legiferante primário – *maxime* a Assembleia da República, salvo existir autorização ao governo para esse efeito (art. 165 al. c) e d) da CRP).<sup>425</sup>

Com efeito, a atividade normativa é axiologicamente fundamentada num dever constitucional de proteção dos cidadãos<sup>426</sup>. Na verdade, foi sobretudo, a partir das estruturas teóricas de Robert Alexy<sup>427</sup> que se contrapôs as duas teorias centrais, enquadradas no confronto entre o dever de proteção do indivíduo enquanto “*persona*”, e o dever de defesa dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>428</sup> não têm quaisquer dúvidas acerca do conteúdo do art. 27º da CRP, partindo da premissa básica de que o Estado tem a obrigação de proteger o indivíduo contra todas as ofensas a todos os seus direitos fundamentais onde realçam explicitamente que “o sentido do texto atual comporta duas dimensões: (a) uma dimensão *negativa*, estritamente associada ao direito à liberdade, traduzindo-se num direito subjetivo à *segurança* (direito de defesa perante agressões dos poderes públicos); (b) dimensão *positiva*, traduzindo-se num direito positivo à proteção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem (segurança da pessoa, do domicílio, dos bens)”. O reflexo dos direitos fundamentais, no quadro da delimitação do conteúdo e alcance do bem jurídico, demonstram a sua importância na compreensão da função teleológico-funcional do direito penal, e da própria função da atividade legislativa sancionatória.

---

<sup>425</sup> Muito se tem discutido sobre a interferência das autoridades reguladoras na realização dos regimes contraordenacionais, em particular pondo em causa o princípio da separação de poderes vide COSTA PINTO, Frederico Lacerda, *As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário*, in Themis, ano iii, n.º 5, 2002, pp. 95 e ss.

<sup>426</sup> Neste sentido Nuno Brandão referiu que o dever estadual de proteção de bens-jurídicos com referente constitucional deve orientar sempre a tipificação contraordenacional BRANDÃO, Nuno, *Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades*, Scientia Iuridica, Tomo LXVI, 2017 n.º 344 p. 282.

<sup>427</sup> Como refere Alexy “Na medida em que o legislador realiza demarcações entre esferas individuais, exigidas pelos direitos a proteção, ele configura uma parcela decisiva da ordem jurídica e, com isso, uma parte essencial da vida social.” ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiro editores, Brasil, 2008, p.456.

<sup>428</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição Revista, pp. 184.

Ora, o dever de proteção legislativa expande-se hoje num panorama sem limites, como já tivemos oportunidade de analisar com cuidado no capítulo I da presente investigação, chegando ao ponto de estar verdadeiramente condicionado por uma vontade contínua de proteção de todas as áreas da vida do cidadão. Se prestarmos atenção, esta atividade é condicionada pela integração da nova geração de direitos fundamentais da pessoa humana – onde estão enquadrados o direito à proteção de dados pessoais, o direito ao ambiente, o direito da segurança alimentar, o direito à segurança rodoviária – direitos estes que até então, eram alheios à atividade legislativa e à própria tarefa punitiva.

É precisamente neste quadro metodológico de fundo, que surgem os novos problemas relacionados com os diferentes modos de reação a condutas que afetam diretamente esses direitos. Na realidade, se analisarmos cuidadosamente, podemos asseverar que existe um dever de proteção do bem jurídico coletivo que está intrinsecamente legitimado pela via constitucional, em particular no próprio princípio basilar da dignidade da pessoa humana<sup>429</sup>, concretizado numa verdadeira ação do Estado (*um facere*) que implica atos de produção normativa, traduzindo-se nas palavras de Robert Alexy em “direitos a atos de normação estadual”<sup>430</sup>. Esta verdadeira incumbência legislativa, assume uma nova dimensão, particularmente quando nos encontramos com uma ordem jurídica europeia, onde existe uma autêntica obrigação legislativa sujeita a tutela jurisdicional por via da ação específica de responsabilidade civil estadual por omissão legislativa.<sup>431</sup>

---

<sup>429</sup> Que no entendimento alargado exige a manutenção e cuidado de todas as estruturas sistémicas de que depende a vida e qualidade de vida humana.

<sup>430</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais – Malheiros Editores* – impresso no Brasil – Abril, 2008 – Tradução da 5.<sup>a</sup> edição alemã, p.202.

<sup>431</sup> Vide Sophie Perez Fernandez, *O papel do juiz nacional na responsabilidade do Estado-legislador por violação do Direito da União Europeia : o caso português*, 2011, – Tese de Dissertação de Mestrado Direito Uminho “Seja como for, e como refere o TJ desde o acórdão Francovich e de forma coerente com o rumo funcionalista que sempre norteou a construção jurídica da União Europeia<sup>860</sup>, é “no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado.” Hoje, o “direito nacional da responsabilidade” aplicável aos casos de responsabilidade civil decorrente do exercício da função legislativa não se limita à concretização jurisprudencialmente feita do princípio geral do art. 22.º da CRP. Ao lado das novidades trazidas pela reforma do contencioso administrativo em 2002, a aprovação da Lei n.º 67/2007 e a entrada em vigor do RRCEE nele integrado em 2008 oferecem o novo quadro nacional de efetivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.”

Recomenda-se ver o Acórdão Francovich Paragrafo 11: “Segundo a jurisprudência constante, o Estado-membro que não tomou, dentro dos prazos, as medidas de execução impostas por uma diretiva não pode opor aos particulares a falta de cumprimento, por ele próprio, das obrigações na mesma contida. Assim, sempre que as disposições de uma diretiva se mostrem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, estas disposições podem ser invocadas, na falta de medidas de execução tomadas dentro dos prazos, contra qualquer disposição nacional não conforme à diretiva, ou ainda se as mesmas definirem direitos que os particulares possam invocar contra o Estado.”

Cfr. Paragrafo 39 do referido acórdão - Quando, como no caso dos autos, um Estado-membro ignora a obrigação que lhe incumbe por força do artigo 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado, de tomar todas as medidas necessárias para atingir o resultado prescrito

Porém, é certo que nem a Constituição, nem o direito da União Europeia impõe modos exatos de conformação legislativa relativamente aos vários bens, exigindo apenas que os Estados nacionais assegurem o nível de proteção garantido pelo Direito da União - (cf. art.53 CDFUE)<sup>432</sup>. Esta liberdade de conformação do conteúdo legislativo, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>433</sup>, constitui o cerne do Estado de direito democrático, a saber, a proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça.

Embora ressalvando a obrigatoriedade de utilização do direito penal, relativamente a alguns bens jurídicos coletivos a Comissão Europeia emitiu recomendações e diretivas no sentido da necessidade de recorrer a meios criminais na tutela desses mesmos bens, entre os quais estão aqueles que nós nos debruçamos já com algum afincamento no capítulo III da presente investigação. A propósito destaque-se a Diretiva 2008/99 do Parlamento Europeu de 19 novembro de 2008 (relativa proteção do ambiente através do direito penal), a Diretiva 2004/35 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004 (relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais), a Convenção Europeia para a Proteção do Ambiente através do Direito Criminal).

Pese embora existirem várias possibilidades de intervenção legítimas, o legislador não pode nunca se afastar dos mandatos imperativos da Constituição da República Portuguesa. De um modo particular, o princípio da legalidade impõe ao legislador, aquilo que nas palavras de Mir Puig<sup>434</sup> significa “um verdadeiro mandado legal de determinação que exige que a lei determine de forma suficientemente diferenciada as diferentes condutas puníveis e as penas que podem acar-

---

por uma diretiva, a plena eficácia dessa norma de direito comunitário impõe um direito a reparação quando estão reunidas três condições. aplicável, então, também aos casos de violação do Direito da União Europeia.

<sup>432</sup> No acórdão Melloni, que se pronuncia sobre o conteúdo do artigo 53 da Carta, o Tribunal decidiu aplicar o direito adequado ao caso concreto, independentemente de oferecer o nível de proteção mais elevado. O TJ sublinhou que crucial era o respeito pelo princípio da proporcionalidade, que se traduzisse na aplicação do direito ajustado ao caso concreto, isto é, que conferisse a proteção adequada. Com efeito, Leonard Besselink, Maria Luísa Duarte e Fausto Quadros, entre outros, entendem que o artigo 53 consagra o princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais. Para esta corrente de pensamento, este princípio consubstancia um novo critério a tomar em consideração nos casos de colisão de direitos. É, assim, uma verdadeira norma de resolução de conflitos que manda aplicar os preceitos mais protetores, devendo considerar-se como assegurando uma proteção mais elevada as disposições mais favoráveis ao indivíduo.

<sup>433</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

<sup>434</sup> *ibidem*, p.78.



retar”. Ora, importa neste momento circunscrever quando é que estamos perante uma lei suficientemente clara ou não, pois só assim conseguiremos delimitar possíveis violações do princípio da legalidade.

Com efeito, se prestarmos atenção, o TEDH nos seus acórdãos *Kokkinakis v. Grécia*<sup>435</sup> e *Veeber V. Estónia*<sup>436</sup> concluiu que a condição de clareza de uma determinada norma está preenchida quando o indivíduo pode saber a partir do texto das cláusulas pertinentes, e se necessário com recurso à interpretação dos tribunais, quais os atos e omissões que acarretam a sua responsabilidade. Do mesmo modo que o TEDH, no ordenamento jurídico europeu, partindo da análise da jurisprudência do TJUE, podemos observar que também aí se reconheceu o mesmo raciocínio no sentido de que a lei deve definir de forma clara as infrações e as penas que as reprimem. Para além disso, foi acrescentado por este coletivo de juizes que a lei é suficientemente clara e precisa quando o particular pode conhecer, a partir da redação da disposição relevante e, se necessário, recorrendo à interpretação que lhe é dada pelos tribunais, quais os atos e omissões pelos quais responde penalmente.<sup>437</sup>

Assim gizado o nosso plano de fundo, consideramos não ser arriscado afirmar que, estando-se diante de dois factos ilícitos que sejam tutelados quer pela via criminal, quer pela via contraordenacional, o arguido não poderá conhecer razoavelmente o elemento material da infração pela qual está a ser processado. Do mesmo modo, o arguido fica ainda impossibilitado de saber a partir das normas conflitantes quais os atos e omissões que acarretam a sua responsabilidade, que no ordenamento jurídico português é limitada apenas a um único tipo de responsabilidade para o mesmo facto jurídico. Tal obrigação é imposta no plano da comunidade europeia pelo princípio 3.º da Recomendação n.º R (91) 1 do Comité dos Ministros aos Estados Membros relativa às sanções administrativas “uma pessoa não deve ser submetida a uma sanção administrativa duas vezes pelo mesmo facto.”

Seja como for, não existe qualquer oposição a que um Estado recorra a medidas penais e não penais para tutelar o mesmo bem jurídico desde que "a qualificação formal das medidas penais não oculte efetivamente uma duplicação punitiva indevida, contrariando a proibição do

---

<sup>435</sup>Processo do TEDH Acórdão KOKKINAKIS v. GREECE (Application no. 14307/88) de 25 de maio de 1993.

<sup>436</sup> Processo do TEDH – Acórdão VEEBER v. ESTONIA (No. 2) (Processo no. 45771/99), Strasbourg, 21 January, 2003.

<sup>437</sup> (v., 1/1 C-634/18 - Prokuratura Rejonowa w Słupsku neste sentido, Acórdãos de 3 de junho de 2008, Intertanko e o., C-308/06. EU:C:2008:312, n.º 71, e de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 56).

duplo julgamento".<sup>438</sup> Este último raciocínio exige que qualquer abertura de “espaços” a exame do legislador sobre a adequação do desenvolvimento legislativo do ordenamento jurídico implique que todas as normas constitucionais venham a ser observadas, ou, o que será dizer o mesmo, todos os seus princípios sejam satisfeitos (e outros sacrificados) de maneira proporcional, de modo a que não haja qualquer tipo de inconstitucionalidade resultante do comportamento legislativo.

Para esclarecer a nossa posição, é essencial tecer algumas considerações, partindo dos estudos realizados por Leong<sup>439</sup> acerca do papel da liberdade de conformação do legislador na valorização dos valores intrínsecos constitucionais na construção de um regime da responsabilidade do legislador. Na mesma senda que Leong, afigura-se-nos fundamental destacar que o conceito de “liberdade” de conformação do legislador<sup>440</sup> não é qualquer liberdade em sentido próprio – tendo em conta que o poder legislativo (em particular, para nós, em matéria de bens-jurídicos coletivos) está sempre juridicamente vinculado e democraticamente legitimado, a expressão “liberdade” só poderá ser entendida como “competência e legitimidade”. Porém, a ideia de liberdade de conformação do legislador, não implica arbitrariedade já que a mesma está como frisa Leong<sup>441</sup> “cunhada por uma racionalidade indisponível de proteger, respeitar e realizar os direitos fundamentais dos cidadãos, o verdadeiro dono da soberania. Só que, sem prejuízo da inderrogabilidade dos direitos inerentes ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, *a proteção dos direitos dos cidadãos não é absoluta num Estado de Direito democrático.*” Assim, toda a

---

<sup>438</sup> cfr. Acórdão do TJUE Åklagaren c. Hans Akerberg Fransson de 26 de fevereiro de 2013 Processo C-617/10.

Veja-se também a propósito a posição de Estrella Aisa “puesto que el legislador no ha creado un solo tipo para la protección de cada bien jurídico sino que normalmente configura un conjunto o sistema de ellos, la distinción entre concurso de leyes y de delitos no puede establecerse a partir de la identificación de un solo bien jurídico o de varios. Esto no significa que el bien jurídico no cumpla ningún papel dentro del ámbito concursal, pues sí que lo cumple. Al interpretar los tipos concurrentes tenemos que preguntarnos cuál es el valor que tratan de proteger, de qué forma, frente a qué ataques porque ello nos permitirá averiguar asimismo el alcance de cada tipo, su conexión sistemática con los demás, y esto en definitiva esclarecerá las relaciones que existen entre los tipos y determinará la solución concursal adecuada. Tiene razón Nino cuando indica que la unidad o pluralidad de bienes jurídicos lesionados puede servir sólo como criterio y no como característica distintiva del concurso de leyes y de delitos”. AISA, Estrella Escuchuri, *Los principios de non bis in idem y de integra valoración del hecho en el marco del concurso de leyes*. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 57-99, jan./jun., 2009.

<sup>439</sup> LEONG, Hong Cheng. *Da construção de um novo paradigma de culpa do legislador e o correspondente critério de juízo: uma problematização no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função político-legislativa*. e-Pública, 2017, vol.4, n.2, pp.291-315. ISSN 2183-184X.

<sup>440</sup> Também o Tribunal Constitucional frisando as limitações da liberdade de conformação do legislador frisou “Ora, a liberdade de conformação do legislador nestes casos, em que existe uma remissão constitucional para a delimitação legal do direito, há-de considerar-se mais ampla do que nos casos de verdadeiras leis restritivas do direito, desde logo, porque o direito não tem, nos primeiros, limites fixos constitucionalmente garantidos, remetendo-se antes para uma caracterização legal que apenas não poderá aniquilar um mínimo de conteúdo útil, constitucionalmente relevante.” Acórdão nº 199/2005 T. Const. de 19-04-2005.

<sup>441</sup> LEONG, Hong Cheng. *Da construção de um novo paradigma de culpa do legislador e o correspondente critério de juízo: uma problematização no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função político-legislativa*. e-Pública 2017, vol.4, n.2, pp.291-315. ISSN 2183-184X.

atividade legislativa deverá ser orientada pela finalidade protetora dos interesses dos cidadãos, mas este exercício não deve ser absolutizado, sob pena de se obstacularizar o normal funcionamento do Estado democrático.

Torna-se assim premente destacar que o fenómeno da simultaneidade legislativa é bastante inquietante uma vez que se no mesmo ordenamento legislativo existe, à data da prática do facto, um dissenso e enfim, uma tutela com natureza policêntrica, isto quer dizer que em determinadas normas, não há uma diferença no próprio modo como foram criados os espaços de intervenção ao nível da gravidade do facto, culpa, conduta do agente e avaliação do dano. Como se depreenderá, nestes casos o aplicador do direito terá total arbitrariedade na delineação do modo como o preenche. Para nós, o próprio fato de o legislador ter determinado que certas condutas estão duplamente protegidas quer via criminal quer pela via contraordenacional, traz-nos por um lado uma impossibilidade de localização do campo de responsabilidade a qual se submeterá determinada conduta. Por outro lado, nestes casos há uma grande fragilidade no que concerne ao regime provatório, já que os factos que constituem o objeto de responsabilidade, nunca poderão ser unanimemente valorados e como tal ser objeto de um juízo de subsunção racional. Assim não se consegue perceber e, enfim, delimitar qual a medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos no caso concreto, ou seja, a tutela das expectativas da comunidade na manutenção e reforço da norma violada, uma vez que essa “norma ferida” deriva objetivamente de dois campos construídos em áreas de ilicitudes distintas.

Debruçando-se, precisamente, sobre o problema da sobreposição legislativa no ordenamento jurídico espanhol, Juan Fuentes Osório<sup>442</sup> admite que o processo para diferenciar o ilícito penal do administrativo, quando não existe um critério expresso, enfrenta problemáticas distintas em função da forma de coincidência.

Além disso qualquer arguido tem o direito de compreender a motivação da aplicação de uma condenação criminal.<sup>443</sup> Na verdade, estando-se diante de dois mecanismos punitivos indicados para o mesmo facto, o juiz terá sempre uma margem de valoração majorada, inerente ao

---

<sup>442</sup> Ibidem.

<sup>443</sup> A fundamentação em matéria contraordenacional reveste particular natureza. Segundo o TRC Processo: 257/18.OT8SRT.C1 : “É entendimento pacífico que na fase administrativa do processo de contraordenação, caracterizada pela celeridade e simplicidade processual, o dever de fundamentação tem uma dimensão qualitativamente menos intensa em relação à sentença penal, comportando a decisão administrativa um modo sumário de fundamentar, desde que permita ao coimado perceber o que se decidiu e por que razão assim se decidiu.” Ressalvando-se no entanto que a ratio do preceito do art.º 50.º do RGCO é a de dar a conhecer aos

princípio da livre apreciação de prova, que permitirá decidir de acordo com a sua livre convicção (cfr. art. 127 CPP). Porém, havendo um antagonismo normativo sobre condutas criminais e contraordenacionais, não poderá o juiz, na nossa ótica, deixar de explicar as razões objetivas que fundamentam a intervenção criminal <sup>444</sup> (cfr. Art 374-2 CPP). Aliás a fundamentação da matéria de facto provada e não provada, com a indicação dos meios de prova que levaram à decisão, assim como a fundamentação da convicção do julgador, devem ser feitas com clareza, objetividade e discriminadamente, de modo a que as partes, destinatárias imediatas da decisão, saibam o que o Tribunal considerou provado e não provado e qual a fundamentação dessa decisão reportada à prova fornecida pelas partes e adquirida pelo Tribunal.

Esta última obrigação jurisdicional impõe-se com um peso maior, quando os pressupostos objetivos e subjetivos do ilícito criminal e contraordenacional são os mesmos. Na verdade, o princípio da *ultima ratio* de intervenção criminal, parecer-nos-ia impor que o juiz devesse preferir sempre pela intervenção criminal a título subsidiário, porém conforme dispõe o art. 20.º do RGCO “se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime”.

Como veremos mais adiante, não podemos defender a solução presente no RGCO, já que a mesma é contraditória,<sup>445</sup> na medida em que parte do princípio de que existem factos no ordenamento jurídico que estão legalmente sobrepostos e são capazes de preencher duas áreas totalmente distintas.

---

arguidos as razões pelas quais lhe é imputada a prática de determinada contraordenação, e consequentemente, determinada sanção, de modo que estes, lendo a notificação, se possam aperceber, de acordo com os critérios de normalidade de entendimento, das razões pelas quais lhe é imputada tal contraordenação e, assim, puderem defender-se (cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa Processo: 249/17.7YUSTR.L1-5 Relator: Ana Sebastião).

<sup>444</sup> Pese embora a complexidade da fundamentação judicial, quando se verifique uma sobreposição entre ilícitos típicos criminais e contraordenacionais, exige-se sempre um exame crítico. Conforme é jurisprudência comum “ O exame crítico deve consistir na explicitação do processo de formação da convicção do julgador, concretizado na indicação das razões pelas quais, e em que medida, determinado meio de prova ou determinados meios de prova, foram valorados num certo sentido e outros não o foram ou seja, a explicação dos motivos que levaram o tribunal a considerar certos meios de prova como idóneos e/ou creíveis e a considerar outros meios de prova como inidóneos e/ou não creíveis, e ainda na exposição e explicação dos critérios, lógicos e racionais, utilizados na apreciação efetuada.”

<sup>445</sup> Também no ordenamento jurídico espanhol há quem entenda que a consagração da aplicação do regime penal em detrimento dos que castigam o facto com pena menor é uma consagração do princípio da alternatividade – ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes e de delitos: bases para una revisión crítica*, Granada: COMARES, 2005, P. 292-296).

Na verdade, em Espanha adotou-se uma solução plural de solução de conflitos normativos, em particular veja-se o art. 8.º do Código Penal Espanhol, onde se diz que em primeiro lugar se aplicará o critério da especialidade (art. 8 -1 do CP espanhol). Já a regra da subsidiariedade apenas se aplicará se a lei secundaria assim o disser (art.8-2 do CP espanhol). Em terceiro lugar estabeleceu-se a consunção como método de resolução.

Ainda que pouco tenhamos avançado na compreensão deste assunto, note-se que Beça Pereira<sup>446</sup> explica-nos, a propósito do art. 20.º do RGCO, que a norma em apreço refere-se ao concurso ideal heterogéneo, acrescentando os ensinamentos de Eduardo Correia<sup>447</sup> para demonstrar que este mesmo tipo de concurso apenas ocorre “quando existe uma unidade de ação, mas pluralidade de normas jurídicas violada”. Contudo, esta opção legislativa, nos precisos moldes em que foi concebida, para nós levanta várias incertezas e inseguranças. Do que resulta do preceituado no art. 20.º do RGCO pode-se concluir que quando o mesmo facto jurídico seja suscetível de integrar um ilícito típico criminal e contraordenacional há uma situação de subsidiariedade expressa da contraordenação face ao ilícito penal, verificando-se aquilo que a jurisprudência tem entendido como consumpção impura.

Também Lobo Moutinho<sup>448</sup> assume posição semelhante à que aqui expomos quando a propósito do regime do concurso aparente de normas nos explica que “é, desde logo evidente que, perante aquelas soluções, falar de concurso aparente, de unidade de lei, ou mesmo de concurso de normas ou de leis (...), falar em derrogação, dizer que uma das normas prevalece enquanto as restantes são por ela afastadas ou excluídas – tudo isso se mostra profundamente equívoco, ou, mais até, falseador da realidade”.

Aqui chegados, cumpre-nos afirmar que grande parte dos conflitos legislativos são provocados pelo legislador, nesta senda atentamos as palavras do Supremo Tribunal Constitucional espanhol “que só ao legislador compete estabelecer os mecanismos normativos de articulação do exercício do poder sancionador da administração e da jurisdição penal para evitar a reiteração sancionatória e por fim, contemplar as consequências que derivam do seu incumprimento.”<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> BEÇA PEREIRA, António, *Regime Geral das Contraordenações*, (2005), Coimbra: Almedina p. 78 e 79.

<sup>447</sup> CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol II. Coimbra, Almedina, p. 198.

<sup>448</sup> LOBO MOUTINHO, José, *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português*, Lisboa, Universidade Católica editora, 2005 p. 693.

<sup>449</sup> MARINA JALVO, Belén, *La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem* (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)

## CAPÍTULO V

### A QUEDA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE À LUZ DO ART 20.º DO RGCO

**SUMÁRIO:** 1. As coordenadas ideológicas do princípio da *ultima ratio*. 2. O princípio da proporcionalidade como eixo de equilíbrio da subsidiariedade do direito penal 3. As contraordenações como “prima ratio”. 4. A sujeição do art. 20.º do RGCO às imposições do princípio constitucional da proporcionalidade 5. O princípio da prevalência da lei mais favorável no caso de criminalização de uma conduta contraordenacional preexistente – uma analogia necessária ao problema do concurso de normas criminais e contraordenacionais

#### 1. AS COORDENADAS IDEOLÓGICAS DO PRINCÍPIO DA *ULTIMA RATIO*

Em qualquer estudo que examine os meios de tutela criminal e contraordenacional, nunca se poderá omitir um conjunto de princípios jusmetodológicos, que não só fundamentam a própria atuação do Estado (no que concerne à legitimação do poder punitivo soberano), como também delimitam o tipo de atuação, bem como a proporção dessa mesma atuação. Sendo o eixo primordial da nossa investigação, a perceção das relações entre os crimes e as contraordenações, insta trazer à colação aquele que é considerado pela doutrina portuguesa e estrangeira como o núcleo duro de qualquer decisão que incida sobre a limitação de direitos fundamentais – o princípio da subsidiariedade do direito penal, conhecido também como princípio da *ultima ratio*.

Convém notar desde já que o princípio da subsidiariedade interventiva não é uma inovação da idade moderna, na verdade, o mesmo já subsistia no ordenamento jurídico romano com a denominação de “*minimis non curat praetor*”<sup>450</sup>, referindo-se precisamente à ideia de que a ingerência por parte do Estado, em matéria sancionatória criminal deveria limitar-se a assuntos de especial gravidade e danosidade social.

No que concerne justamente ao Direito Penal, em particular ao Direito Penal moderno, o princípio da subsidiariedade penal impôs aos órgãos legiferantes, bem como aos órgãos aplicadores do direito a incumbência de no âmbito da sua atividade expurgar do campo da dignidade punitiva as condutas ilegais que não apresentassem um grau de ilicitude elevado. Na verdade, toda esta conceção de limitação da atividade punitiva, parte da ideia “iluminista” referida por Paulo

---

<sup>450</sup> Embora o conceito de subsidiariedade o conceito de subsidiariedade tem suas raízes num período entre final de '500 e final de' 700, ou seja, na época da formação e maturação do chamado "Estado Moderno". SCHIERA, *Pierangelo Stato moderno* (voce), in Bobbio-matteucci-Pasquino (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 957.

Queiroz<sup>451</sup> de que “o direito penal não só é a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, seguramente – e por isso mesmo – a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social.”

Num primeiro enfoque não podemos deixar de admitir, que o princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio*, tem sido objeto de bastante preocupação doutrinária porém, frequentemente os conceitos de subsidiariedade, de fragmentariedade e de necessidade da pena são confiados a uma pré-compreensão do leitor, o que pode conduzir a ambiguidades na própria interpretação do conceito de *ultima ratio*. Tanto assim é que encontramos noções relacionadas com princípio da subsidiariedade que definem esse princípio como utilização parcimoniosa da lei criminal<sup>452</sup>, limitação da função do direito penal dentro dos limites da estrita necessidade<sup>453</sup>. Na doutrina portuguesa é comum a ideia de que o princípio da subsidiariedade se assume como uma restrição da atividade punitiva criminal, salvo se esse mecanismo sancionatório for proporcional ao conteúdo da ilicitude e da culpa, portanto necessário num Estado de Direito.<sup>454</sup>

Ainda a propósito da utilização do direito penal, Figueiredo Dias<sup>455</sup> refere precisamente que “num Estado de direito material, de raiz social e democrática, o direito penal só pode e deve intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem.” Daqui decorre, para o mesmo autor, que não devem constituir crimes - ou, sequer, caber no objeto do direito penal - as condutas que, “violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social (...) a necessidade social se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve

---

<sup>451</sup> QUEIROZ, Paulo de Sousa, *Do carácter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um direito penal mínimo*, Belo Horizonte, Del Rey: 1998 p.31.

<sup>452</sup> AMARELLI, Giuseppe, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli editore, Torino, p. 168.

<sup>453</sup> FIANDACA, Giovanni, / MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2007. p.6.

<sup>454</sup> Na doutrina italiana veja-se BRICOLA, *Teoria generale del reato (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1973, 7.

<sup>455</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. «O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal», Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, pp. 806-807) Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, trata-se de uma perspetiva teleológico-funcional e racional, que busca a densificação do conceito material de crime na função atribuída ao direito penal: a tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal - DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais*, A doutrina geral do crime, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 113-114. No mesmo sentido, ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I., 4.ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2006, pp. 8 e ss. FERRAJOLI refere o adágio “nulla poena sine necessitate” FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razon*, Trotta Madrid, p. 93 Já na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão se estabelecia no seu art. 8.º de 1789 “a lei não deve estabelecer .

intervir como *ultima ratio* da política social”<sup>456</sup>, ou como Hawkins<sup>457</sup> referenciou “quando não exista uma via de ação alternativa viável.” No mesmo sentido, que os referidos autores, Díez Ripolles<sup>458</sup> refere que as instituições (políticas) devem se assumir como vigilantes das condutas sancionatórias que infligem um sofrimento maior do que o estritamente necessário.

Face a tudo o que foi aludido, a atividade punitiva do Estado deverá ser completamente submetida ao princípio da subsidiariedade do direito penal. Esta obrigação imposta ao poder punitivo resulta da elevação da liberdade e, no fundo, da dignidade da pessoa humana ao topo primordial do sistema constitucional português (art.1.º da CRP). Além disso, a *ultima ratio* nada mais é, do que uma projeção complementar do princípio da proporcionalidade – uma vez que a liberdade de cada cidadão passou a ser “a medida de todas as coisas<sup>459</sup>”, sendo a pena criminal legítima na medida em que for proporcional à ofensa causada pelo crime. Contudo, não podemos deixar de admitir, perfilhando os estudos de Piet Kempen<sup>460</sup> que este princípio não designa quais os comportamentos que são suscetíveis de ser criminalizados, nem quando a utilização da pena de prisão é admissível, ele apenas incita o legislador e as autoridades do sistema de justiça penal à prudência e a não “abusar” do sistema penal.

Nesta linha de atuação, o princípio aqui em observação, possui no ordenamento jurídico-penal duas finalidades que se revelem arquetípicas da ideia moderna do direito penal mínimo. A primeira delas consiste na influência direta às hipóteses de incidência da lei. Esta função, está diretamente relacionada com o trabalho do legislador no âmbito da tipificação criminal de condutas “indispensáveis, tanto na sua existência como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil<sup>461</sup>”. A segunda diz respeito a necessidade de uma avaliação racional de todas as alternativas que o ordenamento jurídico dispõe para determinada conduta concretamente delimitada<sup>462</sup>. No

---

<sup>456</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, *Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, p. 323).

<sup>457</sup> HAWKINS, Keith, *Law as last resort: Prosecution Decision making in a regulatory agency: Oxford Socio-legal studies*, Oxford University press. 2002 p.17.

<sup>458</sup> DÍEZ RIPPOLLÉS, José. (2019). *Overuse of the Criminal Justice System: Analytical Approach, Rules and Practices*. In P. Kempen & M. Jendly (Eds.), *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and Imprisonment*, Intersentia editions, 2019 (pp. 47-66).

<sup>459</sup> A expressão original é de Protágoras .

<sup>460</sup> KEMPEN, Piet van, *La justice pénale et le principe de l'ultima ratio. Exigence de limitation, d'exploration et de réflexion* In *Overuse in the Criminal Justice System. On Criminalization, Prosecution and Imprisonment. - Le Recours Excessif Au Système De Justice Pénale. Aux sanctions et poursuites pénales et à la détention*, pp. 23-45, Cambridge : Intersentia, 2019.

<sup>461</sup> A expressão e de Sousa Brito em SOUSA E BRITO, José de, *«A lei penal na constituição»*, In: *Estudos sobre a constituição / Jorge Miranda...[et al.]*. - Lisboa : Petrony, imp. 1978. - 2º v. ; p. 218.

<sup>462</sup> Vide ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4ª ed, 2006, p. 45.



mesmo sentido o Tribunal Constitucional alemão<sup>463</sup> salientou que “o legislador tem a prerrogativa de avaliação e decisão para escolha entre diversos caminhos potencialmente adequados para alcançar um objetivo geral.”

Partindo destes postulados axiais, pode-se dizer que o princípio da subsidiariedade em torno do qual gira a nossa reflexão, e aqui perfilhando as palavras de Rafaella Dimatteo,<sup>464</sup> pode ser circunscrito da seguinte forma: a *subsidiariedade* é um princípio constitucional que, ao colocar limites ao poder regulatório penal e afetando as modalidades de realização do processo legislativo, pode ser considerado um princípio “metodológico”, expressão em matéria penal do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Seja como for, estamos diante um princípio que se constrói sobre bases eminentemente utilitaristas, de acordo com a ideia de um maior bem-estar social com um menor custo social.<sup>465</sup> Assim, o direito penal deverá intervir só quando seja estritamente necessário, em termos de utilidade social geral<sup>466</sup>, e com respeito pelos princípios de um Estado de Direito democrático.

## 2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO EIXO DE EQUILÍBRIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

Com efeito, como já se percebeu do exposto anteriormente, o princípio da subsidiariedade é moldado, ou por outras palavras, equilibrado de acordo com os critérios que são fornecidos pelo princípio constitucional da proporcionalidade (consagrado entre nós no art. 18.º da CRP). Muito embora esse último princípio esteja presente em todas as legislações sancionatórias atuais, foi nas monarquias prussianas do século XX que o controle da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) encontra a sua primeira aplicação jurisprudencial, como princípio próprio do Estado sancionador.<sup>467</sup>

---

<sup>463</sup> Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), Segundo Senado, decisão de 9 de março de 1994, BVerfGE 90, 145.

<sup>464</sup> DIMATTEO, Rafaella, *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization. Ragione discorsiva, razionalità empirica e democrazia penale: riflessioni intorno alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà*. Tese di dottorato, Università degli studi di Trento, ano 2010 p. 5.

<sup>465</sup> GARCÍA-PABLOS, António “*Sobre el principio de intervención*”, Estudios penales y jurídicos : homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero / coord. por Juan José González Rus, 1996, págs. 249-260.

<sup>466</sup> Assim expresamente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 246.

<sup>467</sup> O princípio encontrou sua primeira aplicação jurisprudencial no famoso caso *Kreuzberg* (Oberverwaltungsgericht, 14 de junho de 1882), tendo anúncio objetam o fechamento de ponto de venda de bebidas alcoólicas sem licença. A medida foi julgada ilegítima por excesso de manifesto, visto que o fim público poderia ter sido perseguido por menos meios penalizando o interesse privado. Com essa pronúncia ele já vinha esculpiu o núcleo essencial do princípio da proporcionalidade: a intervenção da autoridade

De qualquer forma, pese embora terem ocorrido desenvolvimentos anteriores, o surgimento da conceção atual “trifásica” do princípio da proporcionalidade ergue-se apenas no decorrer do século XX no tribunal constitucional alemão<sup>468</sup> - com o objetivo de avaliar o grau de admissibilidade da interferência público-administrativa e legislativa<sup>469</sup> sobre as liberdades individuais dos cidadãos.

O primeiro "passo" estabelecido, no âmbito da delimitação racional do princípio da proporcionalidade, é o critério da adequação<sup>470</sup> ou da idoneidade. Este requer a verificação de que a medida adotada seja idónea ou apta a realizar o resultado pretendido. Nesta primeira fase, a análise do princípio da proporcionalidade enquadra-se apenas numa análise funcional do mecanismo sancionatório, verificando-se, através de uma avaliação bilateral entre o meio e o fim, de acordo com um julgamento de prognose póstuma, bastando-se apenas a mera aptidão para o resultado<sup>471</sup> pretendido. Contudo, esta não é uma avaliação simples, já que pressupõe a necessidade de uma identificação muito clara dos objetivos a serem alcançados pela respetiva intervenção, e no caso, pela política criminal, bem como uma compreensão dos fundamentos do próprio legislador no âmbito da criação normativa. Porém, a situação complica-se quando o mecanismo interventivo pode ser duplo, ou seja, existe mais de que um modo de reação apto a concretizar esse mesmo objectivo. De facto, estamos no cerne da nossa controvérsia investigatória, já que é esse o problema legislativo que nos tem ocupado ao longo desta averiguação jusmetodológica.

Seguidamente ao primeiro estágio lógico, que deverá ser submetida qualquer restrição de direitos fundamentais, segue-se o critério da necessidade da medida, que é de acordo com Figueiredo Dias<sup>472</sup> *uma “conditio iuris sine qua non”* de legitimação da pena nos quadros de um Estado de Direito democrático e social." De acordo com este critério, entre as várias medidas adequadas para alcançar o propósito pretendido, dever-se-á optar sempre por aquela que envolve o menor

---

pública deve ser o menos invasivo possível e tudo ao mesmo tempo adequado para atingir o objetivo público definido. Tal posição é lembrada em CACCIA, Gino, *As ferramentas da razoabilidade em sentença constitucional*, Milão 2000, p. 264 ss

<sup>468</sup> A primeira decisão que atribui ao princípio da proporcionalidade a função de medida sancionatório (Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsprinzips) é o famoso “Apothekenurteil Bundesverfassungsgericht”, acórdão de 11 de junho de 1958, em BVerfGE 7, 377 e segs.

<sup>469</sup> Neste último caso, o escrutínio exercido vai ao ponto de verificar a mesma "admissibilidade de intervenção estatal compressiva, que pode ser razoavelmente justificado apenas se representar a ferramenta infalível para a realização de uma finalidade pública constitucionalmente relevante e no entanto, de forma a equilibrar o sacrifício da lei » SCACCIA, Gino, *Il principio di proporzionalità*, giufree editore, 2006, p. 232.

<sup>470</sup> Vide com bastante desenvolvimento ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais* – Malheiros Editores – impresso no Brasil – Abril, 2008 – Tradução da 5.ª edição alemã, p. 589.

<sup>471</sup> Buoso, Elena., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2012, p. 47.

<sup>472</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal II*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, página 271.

sacrifício de todos os interesses envolvidos, não bastando a mera aptidão para a prossecução dos resultados.<sup>473</sup>

Perante tal situação, Alice Bianchini<sup>474</sup> explica-nos que o princípio da necessidade é a primeira perspetiva de análise do princípio da intervenção mínima, sendo uma consequência dos valores e princípios constitucionais, razão pela qual a utilização do direito penal deverá restringir-se somente às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado (por exemplo a responsabilidade civil, regimes de responsabilidade contraordenacional, regimes de regulamentação municipal). Na verdade, o julgamento sobre a necessidade da intervenção punitiva parece bastante nebuloso e desgastado. Em particular, a questão terá de ser construída em torno das “obrigações positivas de criminalização”<sup>475</sup>, bem como de um julgamento global sobre a dignidade penal da proteção de determinado bem. José Sousa Brito<sup>476</sup> refere também que o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. Assim, a limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva.<sup>477</sup>

De modo a concluir as etapas racionais que exigem a concretização do princípio da proporcionalidade, ainda falta um último critério de modo a completar o raciocínio completo – referimo-nos ao princípio da proporcionalidade em *stricto sensu*. Entre nós, Jorge Miranda considera que este princípio “implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos), de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos<sup>478</sup>”. Assim, os benefícios e as vantagens derivados da restrição dos direitos individuais devem sempre ser superiores aos prejuízos

---

<sup>473</sup> ARAUJO, Francisco Fernandes, *Princípio da proporcionalidade - Significado e Aplicação prática*, p. 62.

<sup>474</sup> BIANCHINI, Alice, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 p.142.

<sup>475</sup> O tribunal Constitucional italiano entendeu que “só o legislador pode, em conformidade com os princípios do Constituição, identificar os bens a serem protegidos por meio da sanção criminal e delimitação da conduta prejudicial a tal bem, sujeito a pena, bem como estabelecer a qualidade e a quantidade das penalidades relacionadas. [...] Não é inadmissível qualquer tipo de responsabilidade para o legislador em não criminalizar determinada conduta. Acórdão do Tribunal Constitucional Italiano, enviado. n. 108 de 1981, em *Giur. Cost.*, 1981, p. 948.

<sup>476</sup> Cfr. SOUSA E BRITO, José de, «*A lei penal na constituição*», In: Estudos sobre a constituição / Jorge Miranda...[et al.]. - Lisboa : Petrony, imp. 1978. - 2º v. p. 218.

<sup>477</sup> Remete-se aqui para a jurisprudência do TEDH - *Barfod c. Danemark*, 22 février 1989, série A no 149] ; *Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, série A no 165] ; *Chorherr c. Autriche*, 25 août 1993, série A no 266-B] ; *Casado Coca [c. Espagne*, 24 février 1994, série A no 285-A] ; *Jacubowski [c. Allemagne*, 23 juin 1994, série A no 291-A].

<sup>478</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. p. 285.

sobre os interesses em conflito, devendo procurar-se sempre uma ponderação equilibrada e razoável<sup>479</sup>. Neste ponto, convém notar que nem sempre a opção por uma via “não penal” de tutela de bens jurídicos apresenta maiores vantagens, uma vez que o processo penal exige um conjunto de garantias e direitos de defesa que acabam por salvaguardar a posição do arguido. Esta particularidade ficou bastante patente no estudo realizado por Taro Morinaga<sup>480</sup> relativamente ao sistema sancionatório administrativo japonês.

Com efeito, esta necessidade de reflexão na delimitação das vias sancionatórias é largamente difundida pela jurisprudência do TJUE, frisando-se, por exemplo no acórdão *Link logistiks* “que as penas não devem ser desproporcionais em relação à infração e a severidade de uma sanção deve corresponder à gravidade da infração em causa, decorrendo esta exigência tanto do artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE como do princípio da proporcionalidade das penas consagrado no seu artigo 49.º, n.º 3<sup>481</sup> da CDFUE”. Para além disso, no acórdão *Garlsson Real State SA*.<sup>482</sup> também se enalteceu no seu paragrafo 48 que “o respeito do princípio da proporcionalidade, por seu turno, exige que o cúmulo de procedimentos e de sanções previsto por uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal não exceda os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objetivos legítimos prosseguidos por essa regulamentação, entendendo-se que, quando haja uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos restritiva e que os inconvenientes causados por esta não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos.”

## 2. As contraordenações como “*prima ratio*”

Como já ficou antevisto no ponto primeiro deste capítulo, existindo a possibilidade de interferência de uma via não penal, que garanta as necessidades de proteção, e que seja adequada e necessária, e cujos benefícios da sua utilização sejam superiores aos direitos restringidos, essa medida deverá assumir prioridade na intervenção sancionatória.

---

<sup>479</sup>Como Robert Alexy referiu: “ A discricionariedade para escolher meios praticamente não suscita problemas se os diferentes meios forem aproximadamente adequados para realizar ou fomentar a finalidade e se não tiverem nenhum ou praticamente nenhum efeito negativo em outras finalidades ou pncnc1p10s. Mas isso é diferente nos casos em que os diversos meios fomentarem a finalidade em graus distintos, ou se for incerto em que grau eles o fazem, ou se tiverem efeitos negativos em diferentes graus nas outras finalidades ou em outros princípios ou, ainda, se for incerto em que grau isso ocorre.” ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiro editores, Brasil, 2008, p.586/587.

<sup>480</sup> Morinaga, Taro, *Overuse in the Criminal Justice System in Japan*, In P. Kempen & M. Jendly (Eds.), *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and Imprisonment* (pp. 417-430). Intersentia, 2019.

<sup>481</sup> Paragrafo 41 e 42 do Acórdão *Link Logistiks* (C384/17) do TJUE .

<sup>482</sup> Acórdão do TJUE C-537/16 - *Garlsson Real Estate e o. Grande Secção* de 20 de março de 2018 Estrasburgo e também no mesmo sentido vide paragrafo 43 do Acórdão *Muller Fleisch*, e no paragrafo 68 do Acórdão *Egenberger* (C-414/16).

Esta metodologia racional, implica que os órgãos de investigação criminal devam ter o máximo cuidado no enquadramento legal dos factos que são objeto de uma denúncia, particularmente nas situações em que o bem jurídico está condicionado por uma definição abstrata de danosidade social e também nas situações cuja tipicidade dependa da interpretação de elementos oriundos do direito administrativo. Isso não quer dizer que o princípio da subsidiariedade implique um total afastamento do direito penal, sempre que o bem jurídico seja também tutelado pelo direito das contraordenações, mas apenas uma precaução na medida em como ele é delimitado em cada uma das áreas interventivas. Aliás, como nos evidencia Piet Kempen<sup>483</sup>, o princípio da subsidiariedade reconhece que o sistema de justiça penal deve e pode na prática conceder unicamente uma proteção parcial do bem que já está submetido a outro tipo de intervenção. Porém, esta intervenção circunscrita carece da máxima objetividade, com vista a que o campo de intervenção do direito penal possa ser determinado e previsível – respeitando-se assim as imposições do princípio da legalidade criminal.

Diferentemente dos casos em que há uma delimitação objetiva dos campos de intervenção, como já tivemos oportunidade de analisar no capítulo III, e com particular pertinência no ponto c) do capítulo IV, em todos os casos que exista um concurso de normas criminais e contraordenacionais, os dois tipos de ilícitos envolvidos na relação do concurso aparente teriam legitimidade para atuarem isoladamente – caso não fosse suscitada qualquer tipo de relação concursal (art. 38 n.º 1 RGCO). Isto denota que só se existir um enquadramento de uma relação normativa concursal entre ilícitos criminais e contraordenacionais é que se colocarão as questões *da ultima ratio*, e conseqüentemente se produzirão os efeitos substantivos que a lei atribui a esse tipo de conflitos normativos – *maxime* os efeitos do art. 20.º do RGCO. É evidente que o reconhecimento no art. 20.º do RGCO do concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais, denota que o próprio legislador reconheceu que “um único facto” é suscetível de ser integrado em dois regimes distintos, o que acaba por “ser ambíguo” na medida em que há um reconhecimento expresso do *erro legislativo* por parte do legislador.

Como já foi referenciado anteriormente, por força do princípio da subsidiariedade penal, inerente a todo o sistema jurídico-penal português, o legislador tem uma verdadeira obrigação de preferência quando falamos de métodos igualmente eficazes e que causem um menor prejuízo.

---

<sup>483</sup> KEMPEN, Piet van, *La justice pénale et le principe de l'ultima ratio. Exigence de limitation, d'exploration et de réflexion* In *Overuse in the Criminal Justice System. On Criminalization, Prosecution and Imprisonment. - Le Recours Excessif Au Système De Justice Pénale. Aux sanctions et poursuites pénales et à la détention*, pp. 23-45, Cambridge : Intersentia, 2019.

Naturalmente que no nosso caso em apreciação, para a análise das possibilidades de preferência de “sancionamento” deverá existir sempre uma relação concursal de normas aparentes de ramos de distinta natureza (normas de direito penal e normas de direito contraordenacional). Com efeito, questionamos se será legítimo num caso de concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais a prevalência das normas criminais? Será reverenciador do princípio da legalidade do ilícito de mera ordenação social, a transmutação daquilo que a lei refere como ilícito contraordenacional em ilícito penal, por força das imposições do art. 20.º do RGCO?

## 2.1. A sujeição do art. 20.º do RGCO às imposições do princípio constitucional da proporcionalidade

Com o desiderato de evitar confusões legislativas e interpretativas, no ano de 1984 quando se introduziu o RGCO, o legislador concebeu uma norma nesse diploma, que “quiméricamente” solucionou todas as questões relacionadas com o concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais, referimo-nos ao artigo 20.º do RGCO. Nesse artigo, frisa-se que “se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação.” Ora, ao se adotar esta posição legislativa, está-se a afirmar que não pode ser aplicado sobre o mesmo facto uma contraordenação e uma sanção jurídico-criminal, como aliás já tivemos também oportunidade de analisar no decurso da investigação. Compreende-se que assim seja, de facto, esta é uma decorrência constitucional do princípio *ne bis in idem* consagrado entre nós no art. 29 n.º 5 da CRP.

Debruçando-nos em particular sobre o art. 20.º do RGCO, somos do parecer de que esta “preferência metodológica” do legislador levanta várias incertezas no que concerne ao cumprimento dos preceitos constitucionais estritamente relacionados com a proporcionalidade (art. 18.º da CRP) e da subsidiariedade do direito penal. Para aferição deste problema relacionado com o princípio da proporcionalidade é necessário submeter a solução presente no art. 20.º do RGCO, em específico referimo-nos à primazia do ilícito criminal sob o ilícito contraordenacional, ao princípio da proporcionalidade. Como já foi observado no ponto 2 do Capítulo V da presente investigação, os pressupostos para aferição da proporcionalidade na escolha do mecanismo interventivo subdividem-se nos critérios tradicionais: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*.

Ora, sob o ponto de vista da exigência da medida adequada, o ordenamento jurídico considera nos casos em que há um concurso de normas criminais e contraordenacionais, ser idóneo para a solução de uma determinada conduta ilícita o recurso a meios penais e contraordenacionais. Isto significa que, nos casos em que há uma relação de concurso aparente de normas, ambas as reações penais e contraordenacionais conduzem à promoção do fim em concreto, para a tutela integral das lesões à norma jurídica violada. Como se pode constatar estando as duas normas aptas para a reação, não conseguiremos “separar” um mecanismo interventivo.

Ultrapassada a primeira etapa, urge submeter a opção do art. 20.º do RGCO ao critério da necessidade. Como se sabe, este segundo requisito impõe que o meio a ser empregue deve ser o menos gravoso dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Neste sentido, o exame da proporcionalidade limitará a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, procurando analisar se a medida adotada é a que menos limita os direitos fundamentais do cidadão.

Assim, pese embora apta para a realização das finalidades previstas na lei, isso não significa que o meio seja necessário, já que poderão existir meios que consigam o mesmo resultado e para além disso, que causem menos prejuízos na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste ponto, importa fazer um juízo racional de ponderação sobre os efeitos prejudiciais de cada um dos meios de reação que se encontram aqui em análise.

Em primeiro lugar, não nos parece de modo algum, que a preferência pelo ilícito criminal seja aquela que cause menos prejuízos na esfera do cidadão, tendo em conta que a sanção criminal pressupõe uma “mácula social”, que é muito superior àquela do ilícito contraordenacional. Por outro lado, a opção pelo ilícito criminal implica que possa “hipoteticamente” ser aplicado ao arguido uma condenação de pena privativa de liberdade, contrariamente ao ilícito contraordenacional – cuja pena principal deverá ser, por regra<sup>484</sup>, uma coima (art. 1.º RGCO).

Para além disso, ao nível das formalidades processuais e procedimentais, o processo penal é um processo tendencialmente mais complexo do que o procedimento contraordenacional<sup>485</sup>,

---

<sup>484</sup> Referimo-nos por regra, pois há casos em que a sanção contraordenacional não é uma coima veja-se, por exemplo o art. 15.º da Lei n.º 30/2000, de 02 de novembro, relativa ao regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes quando dispõe que “1 - Aos consumidores não toxicodependentes poderá ser aplicada uma coima ou, em alternativa, sanção não pecuniária. 2 - Aos consumidores toxicodependentes são aplicáveis sanções não pecuniárias. 3 - A comissão determina a sanção em função da necessidade de prevenir o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (...)”.

<sup>485</sup> Mário Monte também reconheceu que o processo contraordenacional é mais simples do que o processo penal MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, AEDUM, 2017 p. 99 . Augusto Silva Dias também reconheceu a celeridade e simplicidade do processo contraordenacional, IM DIAS, Augusto, *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra: almedina, 2019 p.185.

tendo em conta que certos atos praticados pelo órgão de polícia criminal carecem de uma autorização prévia (cfr. art. 268.º e 269.º do CPP) – o que não quer dizer que esta necessidade de autorização seja prejudicial para o arguido. Ainda assim, a verdade é que, por força das diligências da fase de inquérito, bem como das fases judiciais seguintes, o procedimento contraordenacional é por regra, – salvo as devidas exceções<sup>486</sup>, mais célere do que o processo penal.

Também não podíamos deixar de apontar que em matéria de prova, no que concerne à prova testemunhal, as testemunhas em processo penal estão sujeitas a falar com verdade sob pena de incorrer no crime de falsas declarações (art. 91.º n.º 1 do CPP e art. 360.º do CP), ao contrário da produção de prova testemunhal no procedimento contraordenacional, cujas testemunhas não tem necessidade de prestar esse juramento. (art.44.º do RGCO).

Observe-se ainda que em processo contraordenacional, os meios de investigação são menos intrusivos do que aqueles que existem no processo penal, já que a autoridade administrativa não pode recorrer a escutas telefónicas, intromissão da correspondência e nas telecomunicações, exames corporais e a prova de sangue e, de um modo geral, a todos os meios que colidam com a reserva da vida privada (art. 42 n.º 1 e n.º 2 do RGCO), com as salvaguardas de certa legislação sectorial específica<sup>487</sup>.

Por outro lado, no que concerne à aplicação de medidas de coação, no âmbito do processo contraordenacional não há lugar à aplicação das mesmas,<sup>488</sup> nem a caução, a obrigação de apreensão periódica, a suspensão do exercício da profissão, de função, de atividades e de direitos, proibição de imposição de condutas e a obrigação de permanência na habitação.

Note-se também que no âmbito do processo crime há uma obrigatoriedade da presença de advogado, em particular, nos casos referidos no art. 64.º do CPP, contrariamente ao procedimento contraordenacional em que a assistência de mandatário apenas ocorre sempre que a autoridade administrativa entender que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade do

---

<sup>486</sup> Referimo-nos com particular à natureza dos processos urgentes, sumários e sumaríssimos.

<sup>487</sup> O código do mercado dos valores mobiliários confere à CMVM as faculdades de solicitar a entrega ou proceder à apreensão, congelamento e inspecção de quaisquer documentos, valores ou objetos relacionados com a possível prática de infracções e de proceder à selagem de objetos não apreendidos nas instalações das pessoas e entidades sujeitas à sua supervisão na medida em que se revelem necessários à instrução do processo (art. 408 n.º 2 do CMVM).

A Lei da Concorrência permite à Autoridade da Concorrência com a mesma designação, mediante despacho da autoridade judiciária competente, a realização de buscas, exames e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção da prova (art. 18 n.º 1 al. c) da Lei da Concorrência, a selagem dos locais das instalações de empresas e de associações de empresas em que se encontrem elementos de escrito.

Vide também o art. 15 do DI n.º 274/2007 de 30 de julho.

<sup>488</sup> Seguimos de perto a posição de DIAS, Augusto Silva, Direito das Contraordenações, Almedina, 2019 p. 224.



mesmo ou se mostre conveniente o arguido ser assistido, ou exista um requerimento expresso do arguido para esse efeito (art. 53 RGCO).

Para além disso, ao nível de custas processuais, relativamente ao processo penal estas são bastantes superiores àquelas que são aplicadas ao procedimento contraordenacional<sup>489</sup>, cujo limite máximo é apenas de 459,00 euros quando comparado com o limite máximo das custas em processo penal.

Face a tudo aquilo que foi descrito (e tendo em conta que não foi completamente exaustivo) a propósito do procedimento contraordenacional e criminal, não nos parece ser respeitador do princípio da proporcionalidade (art. 18.º da CRP) e a da subsidiariedade do direito penal as exigências do art. 20.º do RGCO, já que as contraordenações são um meio alternativo e eficaz que garante o mesmo objetivo e que causa por regra<sup>490</sup>, menos lesões na esfera do cidadão. Assim, tomamos emprestadas as palavras de Anabela Miranda Rodrigues<sup>491</sup> quando referiu que a restrição de direitos fundamentais só pode justificar-se, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º, quando se mostre necessária para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Não sendo verificada tais exigências, podemos concluir que tal opção do legislador é inconstitucional por violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP.

### 2.2.2 O princípio da prevalência da lei mais favorável no caso de criminalização de uma conduta contraordenacional preexistente – uma analogia necessária ao problema do concurso de normas criminais e contraordenacionais

Estando nós examinando a legitimidade, e a própria proporcionalidade da opção imposta pelo art. 20.º do RGCO, mostra-se pertinente trazer ao nosso estudo o princípio da *prevalência da lei mais favorável* consagrado no art. 29 n.º 4 da CRP, no art. 2.º n.º 4 do CP, e também no próprio RGCO, no seu art. 3.º, n.º 2. De facto, a análise deste princípio mostra-se relevante, uma

---

<sup>489</sup> Veja-se a propósito o despacho n.º 3086/2018 – custas, nomeadamente em matéria de ambiente, ordenamento do território e conservação da natureza, na respetiva área geográfica.

<sup>490</sup> Referimo-nos por regra, dado que há um conjunto de contraordenações cuja interferência no património do arguido é imensa (Vide: contraordenações a duas velocidades).

<sup>491</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra Editora: Coimbra, 1995, p. 255.

vez que o mesmo traz-nos uma solução para um conflito de sucessão de leis que apresentam diferentes graus de severidade, num espaço de tempo distinto.

Contudo, importa apontar, para que não fiquem incertezas, que o conflito que nos tem preocupado, assume uma dimensão temporal distinta daquele que é imposto pelo *princípio da retroatividade da lei penal mais favorável*, desde logo porque o art. 20.º do RGCO apenas regula as situações em que as normas estão ambas em vigor, não ocorrendo qualquer tipo de retroatividade ou revogação. Ainda assim, julgamos ser possível ou pelo menos discutível, a aplicação do princípio da lei penal mais favorável ao concurso de normas criminais e contraordenacionais, porque os valores do art. 29.º n.º 4 da CRP, alicerçam-se no respeito das legítimas expectativas dos cidadãos, que estão inerentes também nas imposições do art. 20.º do RGCO. Com efeito, se prestarmos atenção a fisionomia da relação do concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais é distinta daquela que encontramos no “clássico concurso aparente” de normas unicamente criminais, já que nestas últimas, as *legítimas expectativas* dos cidadãos sempre foram alicerçadas no campo criminal, independentemente de qualquer ditame que resulte do concurso aparente. Já no que concerne ao concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais, no mesmo, pelo facto de ser um “concurso de ilícitos” em *strito sensu*, criou-se na esfera jurídica do cidadão uma confiança em dois regimes sancionatórios distintos. Por esse motivo mostra-se pertinente o estudo do princípio da prevalência da lei mais favorável no concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais.

Na verdade, se uma conduta de natureza criminal for objeto de um processo de descriminalização e, se se tornar numa conduta com natureza meramente contraordenacional, a autoridade judiciária estará vinculada diretamente ao princípio da lei sancionatória mais favorável, o que significa que os factos que definem o objeto do processo deverão ser enquadrados no regime da sanção contraordenacional (*novatio legis in mellius*) por força do art. 2.º n.º 2 do CP<sup>492</sup>. O mesmo acontece se uma dada conduta sofrer uma criminalização, já que também aí, deverá prevalecerá o regime contraordenacional (*novatio legis in pejus*). A propósito, Taipa de Carvalho<sup>493</sup> frisa que “esta certeza jurídica era – e é, um meio ao serviço da segurança jurídico-penal individual, sendo

---

<sup>492</sup> o art. 2.º, n.º 2 do CP diz respeito, como sabe, a casos de descriminalização. Como sabe, quando uma sanção penal é revogada e dá origem a uma sanção contraordenacional, se o facto for cometido durante a vigência da lei penal, a doutrina diverge. De um lado, encontramos Autores como Taipa de Carvalho que entendem estarmos perante um vazio legal, decorrência do p. da legalidade (tanto penal como contraordenacional). Do outro lado, encontramos Autores como F. Dias que entendem que se deve aplicar a sanção contraordenacional, uma vez que, nos termos do art. 2.º, n.º 4 do CP se trata do regime mais favorável ao agente.

<sup>493</sup> TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, 2008 p.125

esta uma resultante e uma exigência da dignidade da pessoa humana.” e acrescenta ainda o autor<sup>494</sup>, que “o princípio da culpa constitui, portanto, ontem como hoje, um fundamento simultaneamente jurídico-constitucional e político-criminal da proibição da retroatividade *in peius*.”

Como se depreenderá, o princípio da primazia da lei penal mais favorável é um marco de sensatez, estabelecendo um critério razoável, proporcional e lógico já que, se determinadas condutas deixarem de ser consideradas passíveis de punição ou passarem a ser vistas como menos graves, ao ponto de terem as suas sanções diminuídas ou usufruírem de algum tipo de benefício, não há qualquer razão para manter critérios mais gravosos ou privilegiá-los, ainda que as condutas tenham ocorrido num momento diverso. Entende-se assim, que as expectativas legítimas associadas ao princípio da segurança e da previsibilidade jurídica deverão ser respeitadas também no caso do concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais.

Com todas estas considerações que já foram apresentadas, não conseguimos compreender por que motivo é que se existir uma sucessão de leis no tempo será de aplicar sempre a lei mais favorável, mas se as duas leis (criminal e contraordenacional) se encontrarem reciprocamente em vigência, será de aplicar forçosamente a lei penal (cfr. art. 20.º do RGCO). Face a essa imposição legislativa, teremos inevitavelmente de nos questionar, se não existirão expectativas dos cidadãos na vigência da norma contraordenacional que é afastada.

Seja como for, qualquer ponderação em matéria de legítimas expectativas dos cidadãos, exige que seja examinado o princípio da segurança jurídica. Para Gomes Canotilho<sup>495</sup>, a segurança jurídica é vinculada aos elementos objetivos do ordenamento jurídico, consagrando (i) os elementos estruturantes dos atos de poder como fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência; e (ii) provocando nos destinatários de tais atos a garantia nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos deles decorrentes. Valora-se, assim, a estabilidade do direito vigente, proibindo alterações legislativas incalculáveis ou bruscas que afetem a confiança que os privados legitimamente depositam no direito.

Por seu turno para Lorenzo de Membriela<sup>496</sup>, a proteção da confiança impõe que o Estado tenha o dever de garantir o mínimo de estabilidade para que os indivíduos possam construir seu projeto de vida, estabelecer suas relações entre privados e, precipuamente, confiar na manutenção

---

<sup>494</sup> TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, 2008 p.100.

<sup>495</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2002, p.257. No mesmo sentido PIRES, Manuel, PIRES, Rita, *Protecção da confiança, procedimento e processo tributários* in "Segurança e confiança legítima do contribuinte" (coord. Manuel Pires e Rita Calçada Pires), Ed. Universidade Lusíada, Lisboa, 2013, 349 e ss.

<sup>496</sup> LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. "El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública", *Revista de Administración Pública*, nº 171, Madrid, 2006, p.252.

das suas relações com as autoridades públicas, sem alterações e transtornos nas expectativas jurídicas já criadas.

Assim gizado o nosso estudo, a existência de duas normas que estabeleçam a possibilidade de intervenção sancionatória sobre uma determinada conduta, exige que pelo menos as expectativas dos cidadãos relativamente à vigência de ambas as normas sejam respeitadas na sua plenitude. Para nós, esta exigência impõe-se com um maior cuidado, sempre que o cidadão tenha preservado uma confiança numa norma que delimita uma consequência jurídica “menos gravosa” do que outra. Na verdade, nestes casos quando o agente executa a conduta que está bipartida em dois regimes distintos, ele age com a convicção de que a consequência do seu comportamento está abrangida por um “espectro” que inclui dois tipos de responsabilidade.

Consequentemente, não se poderá de modo algum, reduzir as *garantias das legítimas expectativas* dos cidadãos<sup>497</sup> inerentes ao princípio da legalidade, em particular quando essa diminuição das expectativas resulte inevitavelmente, na aplicação de uma consequência mais grave do que aquela que foi afastada<sup>498</sup>. A adoção de uma posição, que permita a restrição das legítimas expectativas do cidadão, ainda que sejam parcialmente restritas – como é o caso da norma do art. 20.º do RGCO, não poderá deixar de violar o quadro constitucional português.

Na verdade, tem sido o entendimento do Tribunal Constitucional português que o princípio da proteção da confiança é violado sempre que seja afetado “de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos.”<sup>499</sup> Para que não restem incertezas, o órgão máximo de fiscalização da constitucionalidade português também nos providenciou os critérios para o apuramento da inadmissibilidade, explicando-nos que só estamos perante uma violação inadmissível das *legítimas expectativas* sempre que ocorrer uma “mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar.” Como critério complementar a este, o TC exige que esta mutação “ocorra quando não for

---

<sup>497</sup> Como se disse no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo: 0164A/04, Data do acórdão: 13/11/2007. Os citados princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança assumem-se como princípios classificadores do Estado de Direito Democrático, e que implicam um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas a que está imanente uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado.

<sup>498</sup> Figueiredo Dias explica-nos o problema claramente “O que deve perguntar-se é se a proteção do cidadão perante o poder punitivo estadual e a tutela das suas expectativas, que conferem também, razão de ser ao princípio da legalidade contraordenacional, são substancialmente postas em causa com uma eventual descriminalização de uma conduta. E a resposta parece não poder deixar de ser negativa, pois no momento da prática do facto não existiam razões para que o agente pudesse esperar ficar impune; acabando, isso sim, com a aplicação da sanção contraordenacional, por beneficiar de um regime que lhe é concretamente mais favorável.” FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 2.ª edição, Coimbra editora, 2007, p. 200.

<sup>499</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 11/83, de 12 de Outubro de 1983 e 287/90.

ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes.”<sup>500</sup>

Para apurar a existência de um excesso de “onerosidade”, na frustração forçada de expectativas, “é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas.”<sup>501</sup>

Ora, a prevalência da lei criminal sobre a lei contraordenacional, estabelecida no art. 20.º do RGCO, alicerça-se teleologicamente no regime do concurso aparente de normas, que procura a salvaguarda do princípio constitucional do *ne bis in idem*. À partida, parecer-nos-ia claro que o princípio do *ne bis in idem*, estabelecido no art. 29 n.º 4 da CRP, poderia legitimar a preferência pela lei criminal. Porém, este último princípio não impõe um método reativo, o que significa que ele unicamente procura evitar o duplo sancionamento pelo mesmo facto jurídico.

A resposta à nossa dúvida é dada pelo princípio da proporcionalidade consagrado no art. 18.º da CRP. Na verdade, para apurar se a frustração das legítimas expectativas dos cidadãos são justificadas, o próprio TC frisou que sempre que a mutação da ordem jurídica não existir uma necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, há uma violação das legítimas expectativas. Com efeito, o modo como são salvaguardados os direitos e interesses constitucionalmente protegidos exige a submissão da medida aplicada ao princípio da proporcionalidade. Ora, o raciocínio jurídico-avaliativo de ponderação do art. 20.º do RGCO com as prescrições do princípio da proporcionalidade já foi executado nesta investigação, porém, no contexto da análise de mecanismos alternativos que permitem afastar a intervenção jurídico-penal, dando consideração ao princípio da *ultima ratio* do direito penal. Neste sentido, remetemos todas as conclusões obtidas nesse âmbito para este momento da investigação.

Não estamos sós no entendimento de que se deve privilegiar nos casos de concurso aparente de normas o princípio da lei sancionatória mais favorável ao arguido. A posição doutrinária em certos ordenamentos jurídicos é de que no caso de concurso aparente de normas deverá vigorar uma solução punitiva mais favorável em relação ao concurso material, pelo fato de haver,

---

<sup>500</sup> (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão). Vide Ac. TC 287/90.

<sup>501</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 11/83, de 12 de Outubro de 1983 e 287/90.

nos crimes concorrentes (aparentes), uma única decisão contrária ao Direito ou um único momento de culpabilidade do agente.<sup>502</sup>

Ora, no caso *do afastamento da responsabilidade contraordenacional*, compreende-se que tal possibilidade conferida pelo legislador, no art. 20.º do RGCO, afeta as expectativas dos destinatários da prescrição legal. De facto, não há qualquer razão específica para os destinatários anteciparem aquela mutação da ordem jurídica (em particular referimo-nos ao afastamento *da-quele tipo de responsabilidade*).

## Conclusão Preliminar do Capítulo

Naturalmente que todo este nosso raciocínio, no âmbito da compreensão do concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais, põe em causa os princípios fundamentais do concurso aparente de normas (referimo-nos em particular ao princípio da subsidiariedade, da consunção e da especialidade). Para nós, é difícil alcançar uma “unidade de norma ou de lei” quando estão em causa áreas sancionatórias que imputam ao agente duas responsabilidades assentes num regime de ilicitude e de culpa<sup>503</sup> totalmente diferentes.

Com efeito, esta incerteza nasce da complexidade em estabelecer uma relação “lógico-jurídica” entre as normas de direito contraordenacional e normas de direito penal. Na verdade, ao acolhermos um concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais nos termos do art. 20.º do RGCO, estamos a construir uma ponte de convivência entre o ilícito contraordenacional e o ilícito criminal, e ao mesmo tempo estamos a transformar toda a ilicitude e culpa contraordenacional numa ilicitude e culpa criminal, perdendo-se toda a autonomia desse direito sancionatório.

---

<sup>502</sup> Nesse sentido veja-se KÖHLER, August. *Die Grenzlinien Zwischen Idealkonkurrenz Und Gesetzeskonkurrenz*. Munique: Becksche Verlagsbuchhandlung, 1, p. 62). PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Puebla: Editorial Cajica, 1975., p. 89), Régis Prado, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: Parte Geral – Arts. 1.º a 120. 11ª ed., rev. atual e aum.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 585), SANZ MORÁN, Ángel José, *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*. Cidade do México: Ubijus, 2012. p. 44), BAUMGARTEN, Arthur. *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*. Strafliche Abhandlungen, Heft 103, Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1909 p. 78. AISA, Estrella Escuchuri. *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*. Ed. Comares: Granada, 2004. p. 212, MORO, Aldo, *Unità e pluralità di reati*. 2ª ed., Padova, 1959, p. 168 e ss., GARCÍA, ALBERO, Ramón. “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedecs, 1995. p. 274).

<sup>503</sup> Entendem alguns autores que se pode ainda falar de culpa, sem com isso se deixar de sublinhar que é uma culpa com contornos diferentes da culpa penal, sendo como o entendimento de que “a expressão desta censura não envolve portanto, um sentido de retribuição ou expiação ética, ligado a uma finalidade de recuperação do delinquentes, mas exprime apenas que está ausente o pensamento de qualquer mácula ético-social. Ora, um tal esvaziamento do conteúdo ético-social de uma advertência desse tipo há-de necessariamente, corresponder à libertação das categorias dos corolários formais do Direito Criminal” CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, in Boletim da Faculdade de Direito, vol. XLIX Coimbra, 1973 p. 265.

É precisamente a propósito da compreensão do tipo de culpa no direito das contraordenações que Mário Monte<sup>504</sup> nos elucida que “o juízo de culpa nas contraordenações não tem necessariamente de ser o mesmo que o dos crimes, atenta a relação entre a conduta e bem jurídico por um lado, e entre ilícito e relevância ética, por outro.”

Note-se que Eduardo Correia também admitiu a existência de um sentido de ilicitude autónomo no âmbito do direito das contravenções quando referiu que “a disposição contravencional é fundamento para a imputação por negligência de um certo dano, a verdade é que a disposição contravencional terá sempre e em todo o caso um significado jurídico autónomo, enquanto dá proteção contra a ofensa de outros bens jurídicos.<sup>505</sup>”

Ora, ao se afirmar que existe uma relação de consunção do ilícito contraordenacional pelo ilícito criminal estamos também esquecendo os pormenores da culpa do ilícito contraordenacional já que no campo do ilícito contraordenacional, não é admitida a responsabilidade contraordenacional objetiva porquanto a própria definição de contraordenação contém o elemento da censurabilidade (art. 1.º do RGCO) “nem tal se nos afiguraria admissível nas águas do Direito sancionatório<sup>506</sup>”.

Do mesmo modo, pertinente se mostra o facto da consunção do ilícito contraordenacional pelo ilícito criminal pôr em causa a autonomia específica da culpa do ilícito contraordenacional já que a culpa penal comporta um juízo de censura ético-jurídica, a culpa no âmbito do direito contraordenacional corresponde a um juízo de censura de violação de um dever legal.

Também não nos parece ser clara a adoção da teoria de que o legislador já tomou implicitamente em conta todos os factos nas suas conexões típicas<sup>507</sup> quando editou as molduras penais, já que uma grande maioria dos regimes sancionatórios contraordenacionais foram criados posteriormente ao ilícito criminal concorrente. Assim, esta nova legislação, sob o ponto de vista meramente cronológico, demonstra um propósito do legislador que não foi tomado em consideração no momento da conceção da norma penal.

---

<sup>504</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, AEDUM, 2017 p. 150 e 151

<sup>505</sup> Comentário de Eduardo Correia feita na nota de rodapé n.º 1 da página 140, in CORREIA, Eduardo, “*A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infracções*”, Coimbra, Almedina 1996 p. 140.

<sup>506</sup> A expressão é de PEREIRA, Ana Marta Dias Crespo, *Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto fator de autonomização do Direito das Contraordenações*, Mestrado em Direito Judiciário, Escola de Direito da Universidade do Minho 2015

<sup>507</sup> Vide FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral – A doutrina geral do crime*, 2.ª edição, Coimbra editora, 2007, p. 1001.

## CAPÍTULO VI

### O CONCURSO APARENTE DE NORMAS CRIMINAIS E CONTRAORDENACIONAIS

**SUMÁRIO:** 1. Breve enquadramento do concurso de normas 2. O Princípio da consunção como mecanismo de resolução do concurso aparente de normas 3. Apreciação crítica do princípio da consunção legislativa do art. 20.º do Regime Geral das Contraordenações

#### 1. BREVE ENQUADRAMENTO DO CONCURSO DE NORMAS

Na matéria relativa ao concurso de crimes, o Código Penal português, no seu artigo 30.º, disciplina as regras sobre o mesmo, inclusive também do crime continuado. Contudo, da interpretação do citado artigo não se obtém qualquer definição para a nossa lei penal, no sentido a extrair aquilo em que constitui o concurso de crimes<sup>508</sup>. O legislador indicou apenas, enquanto critério mínimo, por forma a possibilitar uma distinção entre unidade e pluralidade de infrações, a utilização do advérbio “efetivamente.”<sup>509</sup> Deste modo, toda a construção do instituto da unidade e pluralidade de crimes, e respetiva solução da teoria do concurso, é assim entregue à doutrina e jurisprudência<sup>510</sup>. A solução encontrada pela doutrina e, entretanto, adotada pela jurisprudência, consiste na fundamentação sustentada no facto de que existe concurso de crimes, quando estamos perante factos em que um ou mais agentes, com as suas condutas, não preenchem um único ou o mesmo tipo de crime, mas mais do que um tipo de crime, ou, o mesmo tipo de crime, mais do que uma vez.<sup>511</sup>

Para que não restem dúvidas concetuais, Germano Marques da Silva<sup>512</sup>, explica-nos com bastante cuidado que quando várias pessoas praticam um crime, estamos perante um concurso de agentes, quando uma só pessoa pratica dois ou mais crimes, ocorre o que se designa de concurso de crimes. Ainda segundo o referido autor, o concurso de crimes não se confunde com o concurso de normas ou concurso aparente de crimes, já que o concurso de normas pressupõe a unidade do facto e a pluralidade de normas potencialmente aplicáveis, mas o facto constitui um

---

<sup>508</sup> Neste sentido SIMAS SANTOS, Manuel / LOPES DE SOUSA, *Código penal anotado*, 2014, p. 437.

<sup>509</sup> Ibidem.

<sup>510</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Lições de direito penal* (Vol. I). Editorial Verbo, 1987 p. 377

<sup>511</sup> (Simas Santos & Leal-Henriques, *Noções de direito penal*, 2016, p. 153).

<sup>512</sup> MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito penal português, teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015, p.421



só crime<sup>513</sup>, por isso se diz que no concurso de normas existe apenas um concurso aparente de crimes<sup>514</sup>.

Por seu turno, Eduardo Correia esclarece-nos que a determinação do número de crimes no caso concreto basear-se-á no critério da unidade e pluralidade dos tipos legais de crimes violados: serão tanto os crimes quantas as “significações, valores jurídico-criminais negados por um certo comportamento humano”<sup>515</sup>. Assim, “pluralidade de crimes significa pluralidade de valores jurídicos negados”<sup>516</sup>. Nas palavras de Figueiredo Dias<sup>517</sup>, “o fio condutor da distinção entre uma unidade ou uma pluralidade de infrações reside nos tipos legais de crime que a atividade do agente preenche no caso concreto: se forem vários os tipos legais de crime preenchidos, negam-se necessariamente os valores jurídico-criminais que os sustentam e, portanto, estaremos perante uma pluralidade de infrações; por outro lado se a atividade do agente preenche só um tipo legal de crime, então só um único valor jurídico-criminal é negado e, portanto, estaremos perante uma única infração.”

Assim, o núcleo da teoria de Eduardo Correia centra-se no número de juízos de censura formulados, ou, por outras palavras, no número de valores jurídico-criminais negados pela conduta do agente. Com efeito, é imprescindível para aferir da pluralidade de juízos de censura, ter em conta todas as resoluções autónomas tomadas pelo agente, que levem ao cometimento de crimes – em caso de dolo - ou que signifiquem a violação de deveres de cuidado – em casos de negligência -, “sendo essa pluralidade uma realidade quando, tendo em conta a globalidade do facto jurídico-criminalmente relevante, não se possa constatar uma conexão temporal entre as resoluções autónomas tomadas pelo agente.”<sup>518</sup>

Diferentemente das situações em que ocorre um verdadeiro “concurso efetivo de ilícitos”, não nos podemos esquecer que há determinadas situações que geram um concurso aparente de normas. Pode-se assim dizer que existe um conflito aparente, quando mais do que uma norma

---

<sup>513</sup> Da convocação das regras lógico-jurídicas que medeiam as diversas normas, vamos encontrar o concreto crime que se aplicará ao caso concreto.

<sup>514</sup> citando José Lobo Moutinho. LOBO MOUTINHO, José, Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português, Lisboa, Universidade Católica editora, 2005.

<sup>515</sup> CORREIA, Eduardo, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infrações*; Coimbra, Almedina, 1963, p. 84

<sup>516</sup> CORREIA, Eduardo, *“Direito Criminal” II*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pp. 200.

<sup>517</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Direito Penal Parte Geral Tomo I – Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime”*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007.p., 986.

<sup>518</sup> Expressão de Soares, Ana Raquel Crime continuado e concurso de crimes: a relevância jurídico-penal da culpa e da liberdade na legitimação do discurso criminalizador da continuação criminosa, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Outubro de 2013. p.10.

pretende regular um determinado fato, porém, apenas uma norma é aplicada à hipótese de conflito. Naturalmente que pressuposto específico deste concurso “formal” de crimes, próprio ou impróprio, é que exista unidade de ação, isto é, que os crimes em concurso sejam decorrentes de uma mesma conduta.

Neste sentido, Eduardo Correia<sup>519</sup> reconhece que o problema da unidade ou pluralidade de crimes é resolvido pelo critério da unidade ou pluralidade de tipos legais a que se pode subsumir uma relação da vida, e também admite a existência de situações em que os tipos legais de crime se encontram numa relação tal que, embora aplicáveis a um comportamento, não o são efetivamente, porque a aplicação de um deles afasta automaticamente a aplicação dos outros. Nas palavras do autor, “a violação de várias disposições pode só aparentemente indicar o preenchimento de vários tipos e a correspondente existência de uma pluralidade de infrações”<sup>520</sup>.

É precisamente no âmbito da compreensão da relação entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional que “supostamente” sucede uma relação de concurso aparente<sup>521</sup>. Na verdade a relação entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional implica uma redefinição da teoria geral do concurso de normas, já que essa teoria, inicialmente concebida no campo do direito penal por Merkel<sup>522</sup>, era aplicável apenas entre normas de direito penal. Além disso, parece-nos que a autonomia dos pressupostos objetivos e subjetivos do ilícito contraordenacional, não podem ser absorvidos pela dimensão do ilícito criminal.

## 2. O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DO CONCURSO APARENTE DE NORMAS

Tomando em apreço as palavras de João Costa Andrade “o facto de um concreto comportamento ser em abstrato aplicável uma pluralidade de normas, não implica, de forma necessária ou automática que se possa concluir pela efetiva existência de um concurso de factos puníveis. Prioritariamente haverá que determinar se as normas abstratamente consideradas aplicáveis, se

---

<sup>519</sup> Vide CORREIA, Eduardo, “*A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infrações*”, Coimbra, 1996/, p. 120 e p. 123 in fine.

<sup>520</sup> CORREIA, Eduardo, “*Direito Criminal*” II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 993.

<sup>521</sup> O tribunal alemão refere “Uma unidade natural de ação só pode ser assumida se vários comportamentos essencialmente semelhantes, criminalmente ou indevidamente relevantes forem apoiados por uma vontade uniforme e houver uma conexão temporal, espacial e situacional tão próxima entre eles que toda a ação também seja objetiva para qualquer pessoa como uma única atividade.” OLG Celle 1. Strafsenat, Urteil vom 19.10.2017, 1 Ss 41/17, ECLI:DE:OLGCE:2017:1019.1SS41.17.00.

<sup>522</sup> MERKEL, Adolph, *Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen (Lehre von der Verbrechensconcurrentz)*, en Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.): *Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II, Allgemeiner Teil*, Berlin 1871.

encontram, ou não, numa relação lógico-jurídica, numa relação de ‘lógica hierarquia’ tal que, em boa verdade, apenas uma dessas normas seja efetivamente – isto é, em concreto – aplicada.”<sup>523</sup>

Porém, a doutrina penal, maioritariamente fora das fronteiras portuguesas, é bastante divergente quanto aos critérios pelos quais se deve solucionar o concurso aparente de normas. Observe-se, a propósito dessa dissidência, que há um conjunto de autores que defendem a ideia de que o princípio da especialidade bastaria para resolver o problema do concurso aparente de normas (vide: Gunther Jakobs<sup>524</sup>, Inger Puppe<sup>525</sup> e Francesco Antolisei<sup>526</sup>). Já para outros autores como Marcelo Fortes Barbosa<sup>527</sup>, entendem que o princípio da consunção seria o único princípio metodológico aplicável à solução do concurso aparente de normas. Por seu turno, outros autores, como Andrei Schmidt<sup>528</sup> e Ulrich Klug,<sup>529</sup> admitem uma solução bipartida entre o princípio da especialidade e da consunção.

Contrariamente aos autores atrás mencionados, na doutrina portuguesa é acolhida a solução de origem germânica concebida por Karl Binding, admitindo-se que *a unidade de lei* deverá ser apurada a partir dos critérios da especialidade, subsidiariedade e consunção.<sup>530</sup>

Importa neste ponto tecer de modo breve, algumas considerações sobre cada um destes princípios atrás referenciados. Com efeito, estamos perante uma relação de sempre que “entre normas típicas abstratamente aplicáveis a um facto existe sempre que um dos tipos legais (*lex specialis*) integra todos os elementos de um outro tipo legal (*lex generalis*) e só dele se distingue

---

<sup>523</sup> ANDRADE, João da Costa, *Da unidade e pluralidade de crimes, Doutrina geral e crimes tributários*, Coimbra Editora. 1.ª Edição. Coimbra: 2010. p. 171. Também Figueiredo Dias assume a mesma posição cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.ª edi. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 p. 993.

<sup>524</sup> JAKOBS, Gunther, *Strafrecht: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 866-867,

<sup>525</sup> PUPPE, Ingeborg, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische studien zum verhältnis von Tatbestand und Handlung* Berlin: Dunker & Humblot 1979 p. 355

<sup>526</sup> ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale: parte generale*. 7.ª ed, milano, giufrée, 1975, p. 119

<sup>527</sup> BARBOSA, Marcelo Fortes, *Concurso de normas penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976 p. 92-93. BINDING, KARL, *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Neudruck der Ausgabe, Leipzig 1885, Aalen: scientia : 1991, p. 333

<sup>528</sup> SCHMIDT, Andrei, *Concurso aparente de normas penais*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 9. N.33 p. 67-100.

<sup>529</sup> KLUG, Ulrich, *Sobre el concepto de concurso de leyes* in KLUG, Ulrich, *Problemas de la Filosofía y de la pragmática del derecho*. Trad. Jorge Seña, ciudad de mexico, Fontamara p. 72-73.

<sup>530</sup> Entre nós por Figueiredo Dias em FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal Parte Geral – A doutrina geral do crime – questões fundamentais* p.993, 2007, e CORREIA, Eduardo, “*A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infrações*”, Coimbra, Almedina 1996 pp. 127 e ss. O professor Lobo Moutinho explica-nos “[que] verifica-se a especialidade aparente quando, após uma consideração isolada das várias normas incriminadoras, centrada nas respectivas estruturas essenciais, sobre um mesmo caso (no sentido amplo delineado), confluem duas normas contendo tipos tais que, aparentemente: O âmbito de aplicação de uma delas (a geral) abrange inteiramente o da outra (a especial), excedendo-o porque abrange igualmente outros casos; e isto na medida em que: O conteúdo da primeira (a geral) se apresenda menor rico do que o da outra porque esta última acrescenta aos elementos daquela (o género comum), ainda outro ou outros (diferença específica) MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade de crimes no direito penal português*, Universidade Católica Editora. Lisboa: 2005. p. 898..”

porque contém um qualquer elemento adicional, seja relativo à ilicitude ou à culpa.”<sup>531</sup> O que acontece quando aplicamos o mecanismo da subsidiariedade é que “sempre que uma determinada expressão da vida realiza um tipo especial de delito, não pode merecer dúvidas que este tem de ser aplicável, já que só ele esgota a valoração jurídica da situação”<sup>532</sup>.

Já no que concerne ao critério da subsidiariedade, estamos perante uma *relação de subsidiariedade* quando um tipo de ilícito deva ser empregue unicamente de forma auxiliar ou subsidiária, se não existir outro tipo legal em abstrato também aplicável, que comine com uma pena mais grave.<sup>533</sup> A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita, consoante seja positivada na lei ou não.

Ultrapassados os dois primeiros princípios, atingimos o critério que nos importa discutir – o princípio da consunção. Para Figueiredo Dias<sup>534</sup>, estamos perante uma relação de consunção quando “o conteúdo de um ilícito típico inclui em regra o de outro facto, de tal modo que, numa perspetiva jurídico-normativa, a condenação pelo ilícito típico mais grave exprime já de forma bastante o desvalor de todo o comportamento: *lex consumens derogat lex consuntae*.” Por outras palavras, se no *iter criminis* ocorrerem fatos que impliquem uma “sobreposição idealizada”, dever-se-á entender que as infrações de menor amplitude estão abarcadas pelo tipo penal mais severamente reprimido.

Precisamente no âmbito da compreensão do instituto da consunção, Eduardo Correia<sup>535</sup> observa que a base do instituto da consunção alicerça-se num laço de dependência entre os valores ou bens jurídicos que os diferentes tipos legais de crime respiram.

## 1. Apreciação crítica do princípio da consunção legislativa do art. 20.º do Regime Geral das Contraordenações

Como a generalidade da doutrina entende<sup>536</sup>, o art. 20.º do RGCO trata dos casos de concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais, sendo que sempre que tal suceda no

---

<sup>531</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, coimbra, 2007 p. 996.

<sup>532</sup> CORREIA, Eduardo, “*A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infrações*”, Coimbra, Almedina 1996 p. 129 .

<sup>533</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte geral – a teoria do concurso em direito penal*, coimbra almedina, 2007 p. 997.

<sup>534</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte geral – a teoria do concurso em direito penal*, coimbra almedina, 2007 p. 1000, 1001.

<sup>535</sup> CORREIA, Eduardo, “*A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infrações*”, Coimbra, Almedina 1996 p.131 No mesmo sentido Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho penal fundamental*, tomo II. Temis, 1989, p, 428.

<sup>536</sup> BEÇA PEREIRA, António, *Regime Geral das Contraordenações*, (2005), Coimbra: Almedina , p. 66.

FERNANDES, António Joaquim, *Regime Geral das Contraordenações*, Notas práticas, 2.ª edição, Lisboa, Ediforum, 2002 p.52.

ordenamento jurídico português obrigatoriamente deverá prevalecer a lei criminal. Nestes termos, para o legislador todo o ilícito contraordenacional fica integralmente consumido pela aplicação do ilícito criminal.

Convém notar que entendemos as razões que motivaram o legislador a adotar tal preferência metodológica, já que caso não existisse tal mecanismo o princípio do “ne bis in idem” seria largamente afetado. Isto não quer dizer que não possamos deixar de tecer algumas considerações particulares a propósito da *consunção de normas* contraordenacionais pelo ilícito criminal, como aliás temos vindo a concretizar.

O primeiro ponto que importa notar, no que concerne à consunção do ilícito criminal pelo ilícito contraordenacional<sup>537</sup> diz respeito à diferença da *teleologia sancionatória* inerente a cada um destes ilícitos. Com efeito, como tem sido evidenciado pela doutrina e jurisprudência maioritária nacional, a tutela criminal assenda a sua sanção com natureza ético-retributiva<sup>538</sup>. Como já salientamos anteriormente, Eduardo Correia perfilha tal posição quando frisou “hoje é pacífica a ideia de que entre os dois ramos de direito medeia uma autêntica diferença: não se trata apenas de uma diferença de quantidade ou puramente formal, mas de uma diferença de natureza. A contraordenação é um *aliud* que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respetivo ilícito e as reações que lhe cabem não são diretamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal.”<sup>539</sup>

Com esta última reflexão apresentada, interrogamos se duas normas com “funções” juridicamente distintas<sup>540</sup> podem ser unificadas numa só mediante a aplicação das obrigações do art. 20.º do RGCO? Existirá uma unidade de lei em duas normas com funções punitivas distintas? Por outro lado, como é de esperar em qualquer concurso aparente, neste fica sempre afastado uma intenção do legislador, no nosso caso, em conceber um regime autónomo de natureza contraordenacional sob esse bem jurídico. Luís Duarte de Almeida<sup>541</sup> esclarece-nos exatamente que uma das principais críticas da consunção é precisamente a de “procurar equivaler categorias pares, “relações” que, bem vistas as coisas, possuem fundamentos de natureza variadas.” Para nós,

---

PASSOS, Sérgio, *Contra-ordenações - anotações ao Regime Geral*, Coimbra: Almedina p.159.

OLIVEIRA MENDES, António, SANTOS CABRAL, José, *Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas*, 2009, p.64

<sup>537</sup> devia deixar claro porque razão estamos perante a “consunção do ilícito criminal pelo ilícito contraordenacional”.

<sup>538</sup> Ac. TC Acórdão n.º 297/2016, De facto, no ilícito de mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais - para além de que, para a punição, assumem particular relevo razões de pura utilidade e estratégia social.

<sup>539</sup> CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, *BFDUC*, vol. XLIX, 1973, p. 268.

<sup>540</sup> Vide a propósito Bétaille, Julien (2016) *L'exécution et l'efficacité de la répression administrative*. Technical Report, Université Toulouse.

<sup>541</sup> DUARTE D'ALMEIDA, Luis, O concurso de normas em direito penal, Almedina p.68, março de 2004.

esta diferença não poderá nunca deixar de ser pensada no modo como o ilícito contraordenacional é absorvido pelo criminal, dado as especialidades do ramo do direito contraordenacional.

Também não podemos de deixar de notar que o ilícito de mera ordenação tem como função a tutela de “bens não penais ou não carentes de pena”<sup>542</sup>. Ora, ao se declarar que o ilícito criminal absorve todo o ilícito contraordenacional, estamos obrigatoriamente a impor ao ilícito contraordenacional uma tutela de bens penais – cuja ideologia não estava definida, já que a partir do momento em que se estabelece a “consunção”, todo o ilícito contraordenacional “vestirá” as vestes do direito penal. Tal situação de troca de finalidades sancionatórias nunca acontecerá quando estamos num concurso aparente de normas de direito criminal.

Para além disso, se a pena principal contraordenacional não pode ser cumulada com a pena principal de natureza criminal, para nós, a sanção acessória de natureza contraordenacional também não poderia ser cumulada com o regime de pena criminal – já que sob a ótica da proibição do *ne bis in idem* ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo facto. Por outro lado, deve-se observar que no ramo do direito das contraordenações a sanção acessória assume um impacto bastante restritivo dos direitos profissionais e das atividades económicas.<sup>543</sup>

Posteriormente, outro dos aspetos que fica bastante comprometido com o regime da consunção diz respeito ao princípio da culpa. De facto, ao nível culpa ao nível da culpa existem um conjunto de elementos que importa diferenciar. E aqui tomamos emprestadas as palavras de Mário Monte<sup>544</sup> quando referiu que:

“a culpa não pode ser vista no direito das contraordenações do mesmo modo que no direito penal. A culpa em direito penal liga-se à atitude pessoal, ao ter o agente de responder pela personalidade, apesar de ainda falarmos no direito penal do facto, que se exprime no facto típico-ilícito e que o fundamenta, uma vez que a conduta nos crimes, têm em si uma relevância ética social, suscetível de produzir por si só um juízo de censura ético, enquanto nas contraordenações, não

---

<sup>542</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, AEDUM, 2017 p.38 Seguindo de perto Figueiredo Dias, “Aqui não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal, baseada numa censura ética, dirigida à pessoa do agente e à sua atitude interna, mas apenas de uma imputação do facto a responsabilidade social do seu autor; dito de outra forma, da adscrição social de uma responsabilidade que se reconhece exercer ainda uma função positiva e adjuvante das finalidades admonitórias da coima.” DIAS, Figueiredo, *O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social*” in *Jornadas de Direito Criminal*, edição CEJ, 328).

<sup>543</sup> Neste sentido BRANDÃO, Nuno, *Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades*, *Scientia Iuridica* Tomo LXVI, 2017, n.º 344 p. 279.

<sup>544</sup> MONTE, Mário, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, AEDUM, 2017 p.151.

tendo a conduta essa relevância e tendo-a apenas o ilícito, onde se insere a proibição, é permitido concluir que também o conteúdo e sentido da culpa terá de ser diverso.”

Com efeito, deve-se notar também que sendo a culpa contraordenacional um elemento essencial no âmbito da compreensão da ilicitude e entenda-se também na determinação da medida concreta da pena, não nos parece idóneo a absorção da culpa contraordenacional pelo ilícito criminal concorrente.

Por último deve-se referir que o regime da consunção do facto contraordenacional pelo facto criminal no art.20.º do RGCO não é exigível em todos os regimes contraordenacionais. Isto significa que no ordenamento jurídico português, certamente por lapso legislativo ou conveniência económica<sup>545</sup>, existem situações em que pelo mesmo facto o arguido responderá criminalmente e também contraordenacionalmente. Tal incongruência está expressamente prevista no art. 420.º do CMVM quando refere que “se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte”. Já o número 2.º do artigo 420.º da CMVM refere que “Nas situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 399.º-A, quando o facto que pode constituir simultaneamente crime e contraordenação seja imputável ao mesmo agente pelo mesmo título de imputação subjetiva, há lugar apenas ao procedimento de natureza criminal.”

Na verdade, no nosso entendimento o n.º 2 do art. 420.º da CMVM apenas evita a duplicidade sancionatória nos casos em que haja um “uso ou transmissão de informação privilegiada” ou ocorra a “violação da proibição de manipulação de mercado”. Observe-se que em todas as outras infrações previstas nesse diploma é possível a aplicação paralela do ilícito criminal e contraordenacional sobre o mesmo facto.

Guilherme Catarino criticou a opção legislativa do CVM, refutando, conseqüentemente, que os processos poderão ser distintos porque há também uma diversidade de bens jurídicos protegidos por cada entidade no seu sector específico. Para tanto, o autor rejeita a diversidade dos bens protegidos, recorrendo, entre outros argumentos, os seguintes: que o *ius puniendi*, quer no direito penal, quer no ilícito de mera ordenação social, tem a mesma natureza pública estadual;

---

<sup>545</sup> Seguindo o quadro do Orçamento de Estado de 2019, as contraordenações são a 3.ª principal fonte de receita estadual.

que não há critérios materiais de desvalor das condutas e dos bens violados que permitam afirmar uma distinção clara entre o ilícito de mera ordenação social e o penal <sup>546</sup>.

---

<sup>546</sup> Cf. GUILHERME CATARINO, *A regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros. Fundamentos e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 741 e s



## CONCLUSÃO

Em jeito de conclusão, pela investigação realizada através desta dissertação é passível de se extrair, entre outras, as seguintes ilações:

1. Em primeiro lugar, o aparecimento do bem-jurídico “coletivo” resultou de um processo histórico, assente numa progressiva consciencialização do perigo e do risco para a comunidade humana. Com efeito, esta preocupação conduziu a que os Estados comesçassem a integrar nas suas legislações o paradigma da sociedade do risco. Foram precisamente as particularidades deste tipo de bens jurídicos que permitiram uma atuação especializada do Estado de Direito – preventiva, intergeracional e onde os padrões de prevenção individual assumem uma nova dimensão e propósito, cada vez mais latos e multifacetados.

2. Nesse contexto, é possível capturarmos uma característica saliente do direito penal moderno: uma notável antecipação da intervenção da maquinaria penal para um momento prévio à lesão do bem jurídico. Tal movimento nas placas tectónicas da normatividade penal é reflexo de uma racionalidade que não apenas transforma perigos em riscos, como se apresenta já como uma nítida inerência de uma sociedade em que tanto a definição como a delimitação dos riscos converteram-se num dos aspetos matriciais do conflito social.

3. Na verdade, podemos afirmar que a inserção de novos bens jurídicos no território jurídico penal exigiu uma extensão dos pressupostos de punição. Com este novo plano de fundo associado a uma dilatação do princípio da ofensividade surgiram novas possibilidades de afetação de bens jurídicos e, por fim, a um aumento da proteção da integridade humana a eventuais lesões. Para além disso, todo o arquétipo tradicional do direito penal, estritamente relacionado com o princípio da ofensividade e no fundo, com a estrutura basilar da imputação objetiva sofreram uma redefinição. A insegurança legislativa motivada pela própria incerteza das matérias objeto de regulação fez crescer a necessidade de intervenção de certos bens por vias não penais, maioritariamente referimo-nos ao direito contraordenacional.

4. Porém, a falta de coordenação entre o poder legislativo e dos próprios sectores de atividade regulatória conduziu a uma sobreposição normativa em matérias que mereciam um especial cuidado. E aqui surge a questão fulcral. A pretensão de estabelecer novos bens jurídico-

penais, desintegrada de elementos que permitam criteriosamente delimitar o campo criminal conduziu ao aproveitamento de todos os instrumentos que o ordenamento jurídico dispõe<sup>547</sup> para combater as ofensas a esses bens. Consequentemente tal conduta legislativa conduz à perda da utilidade prática de certos mecanismos, que no caso da sobreposição normativa associada a um concurso aparente de normas - a um desvio da lei contraordenacional.

5. De certo modo, parecer-nos-ia claro, que ilícitos penais que incidissem sobre bens jurídicos coletivos, já tutelados em legislação contraordenacional, distinguir-se-iam destes últimos em virtude dos tipos penais exigirem um perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, ou até mesmo recorrendo aos critérios doutrinários denominados como qualitativos e quantitativos. Porém, o panorama legislativo é bastante confuso, chegando o intérprete a não saber qual o método interventivo que deverá presidir em certas situações.

6. Dúvidas ficam quanto aos verdadeiros critérios que deverão reger a distinção da contraordenação do ilícito criminal. Na verdade, o critério formalístico presente no art.1.º do RGCO mostra-se insuficiente. Apesar de ser aquele que nos garante segurança, não nos diz que critérios de ilicitude e de culpa estarão inerentes à figura da contraordenação.

7. Por um lado os critérios qualitativos, baseados no facto do ilícito contraordenacional não proteger valores que pertencem à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária e da realização pessoal, surge cada vez mais frágil. Isto explica-se, uma vez que o ilícito contraordenacional é paulatinamente um mecanismo de controlo social e de prevenção geral e especial. Por outro lado, o facto de existirem bens jurídicos criminais que são totalmente sobrepostos por uma proteção contraordenacional leva-nos a acreditar que realmente o ilícito contraordenacional assume uma ressonância ético-social.

8. De enorme importância, como já observamos nesta investigação, apesar da qualificação de uma infração no ordenamento jurídico interno assumir a designação de ilícito contraordenacional, isso não significa que realmente o seja à luz do direito europeu, quando analisamos os elementos concretos da infração (severidade da sanção).

---

<sup>547</sup> Destaque-se os regulamentos, a contraordenação, as recomendações, a tipificação penal enquanto dispositivos reguladores do comportamento coletivo, que permitem estabilizá-lo de forma recorrente.

Nuno Brandão refere que “ Não obstante, numa perspectiva de confronto do direito penal com o direito contraordenacional em ordem a avaliar se este apresenta uma diferença de natureza que justifique que para ele valha um regime constitucional e legal também ele materialmente distinto, a dimensão da comparação que se reveste de decisivo relevo é aquela primeira, ou seja, a que procura descortinar se o direito das contra-ordenações se apresenta perante o direito penal como um ramo sancionatório de carácter distinto em virtude de lhe ser estranha uma função de tutela daqueles mesmos bens jurídicos cuja protecção é ou pode legitimamente ser cometida ao direito penal. BRANDÃO, Nuno, Crimes e Contra-ordenações

9. Podemos afirmar que as teorias doutrinárias de foro eclético são aquelas que conseguem harmonizar o clima de conflito entre as teorias “qualitativas” e “quantitativas”. De salientar, a nossa inclinação pela teoria concebida por Costa Andrade, e também reconstruída por Mário Monte.

10. É precisamente no campo concebido por Costa Andrade, entre nós, entendido como “neutro ou “campo onde o legislador gozaria de uma ampla discricionariedade para optar pela relevância penal ou contraordenacional”<sup>548</sup> onde se levantam os grandes problemas de conflito criminal e contraordenacional, que aqui foram objeto de investigação.

11. Concretamente falamos de situações em que inexistem requisitos diferenciais qualitativos e quantitativos ou outros “requisitos” que possibilitem qualquer distinção, gerando-se um verdadeiro quadro de antinomismo normativo contraordenacional e criminal.

12. Não obstante, muitas foram as críticas que fomos fazendo ao longo deste trabalho, nomeadamente no que toca à técnica legislativa utilizada, que traz consigo dificuldades de compreensão dos tipos de ilícito, por exemplo quanto à punibilidade do ilícito típico do artigo 281 n.º 1 do Código Penal (Perigo relativo a animais e vegetais) e as suas incompatibilidades com o Dec. Lei. N.º 161/2003; o art. 306.º do CP referente ao crime de “abuso e simulação de sinais de perigo” quando posicionado ao lado do art.º 64.º do Código da Estrada; o ilícito típico do crime de dano contra a natureza (art.278.º CP) e a contraordenação presente no art. 22.º da *Lei da Conservação dos Habitats Naturais*; o ilícito típico do artigo 278 – A do CP referente ao crime de violação de regras urbanísticas e o art. 37.º do RJREN (Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional) e o 39.º do RJRAN (Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional).

13. Por este motivo, inclinamo-nos a concordar com Teresa Quintela de Brito<sup>549</sup> quando sugere que estamos perante o risco de um “Direito Penal simbólico”, que se traduz numa “intervenção penal apressadamente estabelecida sob pressão da opinião pública, mas sem uma vontade política de tutela completa e efetiva do bem jurídico desenhado pelos Preâmbulos dos Projectos-Lei que estão na base da Lei.”

14. Por outro lado, como concluímos das observações realizadas no Capítulo IV da presente investigação, a existência de um concurso aparente de normas criminais e contraordenações provoca um conjunto de consequências negativas no próprio sistema jurídico, e nos direitos fundamentais dos cidadãos.

---

<sup>548</sup> ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contraordenação” p. 119 nota 113

<sup>549</sup> BRITO, Teresa Quintela de, 2016 (b), “Os crimes de maus tratos e abandono de animais de companhia: direito penal simbólico?” Revista CEDOUA, n.º 2, p. 19.

15. Entre as principais consequências negativas destaque-se a ocorrência de antinomismos de qualificação, uma maior vulnerabilidade do princípio *ne bis in idem* e um afastamento do princípio da legalidade e da tipicidade.

16. De todas as consequências expostas e devidamente analisadas nesta investigação, aquela que nos parece ter um impacto maior, e por fim, afeta o núcleo da própria constituição criminal é o afastamento do princípio da legalidade criminal e da tipicidade.

17. Assim, diante de ilícitos sobrepostos, provenientes de áreas de intervenção sancionatórias distintas, o procedimento de qualificação jurídica estará submetido à discricionariedade administrativa e jurisdicional.

18. Para além disso, tal situação de concorrência aparente de normas gera uma maior tendência a que, a título de responsabilidade de uma determinada conduta, haja cidadãos condenados criminalmente pela mesma, em virtude da sua conduta ter sido integrada num facto criminal, (ou ter sido integrada numa situação de concurso aparente que afastou a norma contraordenacional ao abrigo do art.20.º do RGCO), e por outro lado a que outros cidadãos que sejam condenados isoladamente em processo contraordenacional sem que tenha sequer sido suscitado qualquer tipo de relação concursal - relativamente a uma conduta típica igual.

19. A proteção da ordem constitucional exige que o Estado tome as medidas legislativas, no sentido de garantir a proteção dos bens constitucionais – seja pela via criminal ou contraordenacional. Porém, nem a Constituição, nem o direito da União Europeia impõe modos exatos de conformação legislativa relativamente aos vários bens, exigindo apenas que os Estados nacionais assegurem o nível de proteção garantido pelo Direito da União - (cf. art.53 CDFUE).

20. A liberdade de conformação legislativa não significa que o Estado possa lesionar a esfera jurídica dos cidadãos diminuindo as garantias de certeza e de segurança jurídicas que são exigidas pelo Direito da União Europeia e pela própria Constituição da República Portuguesa, sempre que sejam realizados atos de produção normativa.

21. Como foi objeto de discussão, ao longo deste trabalho, a jurisprudência internacional (do TJUE e do TEDH) entende que a lei é suficientemente clara e precisa quando o particular pode conhecer, a partir da redação da disposição relevante e, se necessário, recorrendo à interpretação que lhe é dada pelos tribunais, quais os atos e omissões pelos quais responde penalmente.

23. Por isso, consideramos não ser arriscado afirmar que, estando-se diante de dois factos ilícitos que sejam tutelados quer pela via criminal, quer pela via contraordenacional, o arguido não poderá conhecer razoavelmente o elemento material da infração pela qual está a ser processado.

Do mesmo modo, o arguido fica ainda impossibilitado de saber a partir das normas conflituantes quais os atos e omissões que acarretam a sua responsabilidade, que no ordenamento jurídico português é limitada apenas a um único tipo de responsabilidade para o mesmo facto jurídico.

24. Seja como for, não existe qualquer oposição a que um Estado recorra a medidas penais e não penais para tutelar o mesmo bem jurídico desde que "a qualificação formal das medidas penais não oculte efetivamente uma duplicação punitiva indevida, contrariando a proibição do duplo julgamento". Este último raciocínio exige que qualquer abertura de "espaços" a exame do legislador sobre a adequação do desenvolvimento legislativo do ordenamento jurídico implique que todas as normas constitucionais venham a ser observadas, ou, o que será dizer o mesmo, que todos os seus princípios sejam satisfeitos (e outros sacrificados) de maneira proporcional, de modo a que não haja qualquer tipo de inconstitucionalidade resultante do comportamento legislativo.

25. Todo o raciocínio de ponderação sobre a utilização do direito penal ou contraordenacional na tutela de bens jurídicos exige que seja trazido à colação o princípio da subsidiariedade penal. Figueiredo Dias refere precisamente que "num Estado de direito material, de raiz social e democrática, o direito penal só pode e deve intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem." Daqui decorre, para o mesmo autor, que não devem constituir crimes - ou, sequer, caber no objeto do direito penal - as condutas que, "violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social (...) a necessidade social se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos

26. O princípio da subsidiariedade é moldado, ou por outras palavras, equilibrado de acordo com os critérios que são fornecidos pelo princípio constitucional da proporcionalidade (consagrado entre nós no art. 18.º da CRP). Com efeito, questionamos se será legítimo num caso de concurso aparente de normas criminais e contraordenacionais a prevalência das normas criminais? Será reverenciador do princípio da legalidade do ilícito de mera ordenação social, a transmutação daquilo que a lei refere como ilícito contraordenacional em ilícito penal, por força das imposições do art. 20.º do RGCO?

27. Da análise realizada após a submissão do art. 20.º do RGCO às imposições do art. 18.º da CRP, não nos parece ser respeitador do princípio da proporcionalidade (art. 18.º da CRP) e da

subsidiariedade do direito penal, já que as contraordenações são um meio alternativo e eficaz que garante o mesmo objetivo e que causa, por regra<sup>550</sup>, menos lesões na esfera do cidadão. Os critérios utilizados na avaliação alicerçaram-se na mácula social inerente a cada tipo de ilícito, nas formalidades processuais e procedimentais que estão inerentes a cada tipo de ilícito, na necessidade de ajuramentação da prova testemunhal em cada um dos mecanismos processuais criminais e contraordenacionais, nos métodos de investigação permitidos em cada um destes processos, na possibilidade de aplicação de medidas de coação, no regime das custas processuais, a obrigatoriedade de presença de advogado

28. Por outro lado, quando confrontamos o art. 20.º do RGCO com o princípio da *prevalência da lei mais favorável* consagrado no art. 29 n.º 4 da CRP e no art. 2.º n.º 4 do CP entramos num estado de incompreensão. Para nós, é difícil compreender por que motivo é que se existir uma sucessão de leis no tempo será de aplicar sempre a lei mais favorável, mas se as duas leis (criminal e contraordenacional) se encontrarem reciprocamente em vigência, será de aplicar forçosamente a lei penal (cfr. art. 20.º do RGCO). Face a essa imposição legislativa, teremos inevitavelmente de nos questionar, se não existirão expectativas dos cidadãos na vigência da norma contraordenacional que é afastada.

29. Ora, no caso *do afastamento da responsabilidade contraordenacional*, compreende-se que tal possibilidade conferida pelo legislador, no art. 20.º do RGCO, afeta as expectativas dos destinatários da prescrição legal. De facto, não há qualquer razão específica para os destinatários anteciparem aquela mutação da ordem jurídica (em particular referimo-nos ao afastamento *da-quele tipo de responsabilidade*).

30. Não podemos deixar de concluir que o regime da consunção do ilícito contraordenacional pelo ilícito criminal (estabelecido no art. 20.º do RGCO), levanta um conjunto de problemas dogmáticos que se prendem com a autonomia dos pressupostos objetivos e subjetivos do ilícito contraordenacional. Para além disso, existe uma diferença da *teleologia sancionatória* inerente a cada um destes ilícitos, que caso ocorra uma consunção perderá o sentido material dessa mesma teleologia. Na verdade, ao se declarar que o ilícito criminal absorve todo o ilícito contraordenacional, estamos obrigatoriamente impondo ao ilícito contraordenacional uma tutela de bens penais –

---

<sup>550</sup> Referimo-nos por regra, dado que há um conjunto de contraordenações cuja interferência no património do arguido é imensa (Vide: contraordenações a duas velocidades).

cuja ideologia não estava definida, já que a partir do momento em que se estabelece a “consumção”, todo o ilícito contraordenacional “vestirá” as vestes do direito penal. Consequentemente, toda a autonomia material da culpa do ilícito contraordenacional – característica fundamental deste ilícito - ficará completamente afastada.

31. Por fim, como podemos constatar desta investigação, o regime da consumção estabelecido no art. 20.º do RGCO sofre de várias exceções, entre as quais aquelas que constam do CMVM. Naturalmente que ao ser criado um regime distintivo do âmbito por exemplo, do mercado dos valores mobiliários, denota-se uma certa fragilidade dos razões que levaram o legislador a consagrar *o principio do ne bis in idem* – também este base fundamental do art. 20.º do RGCO.

## BIBLIOGRAFIA

AISA, Estrella Escuchuri, *Los principios de non bis in idem y de íntegra valoración del hecho en el marco del concurso de leyes*. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 57-99, jan./jun., 2009.

AISA, Estrella Escuchuri. *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*. Ed. Comares: Granada, 2004.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais* – Tradução da 5.ª edição alemã, Malheiros Editores – impresso no Brasil – Abril, 2008

ALORINO, Enrico, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in Riv. dir. civ., 1956.

AMARELLI, Giuseppe, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli editore, Torino, 1968.

ANDRADE, João da Costa. *Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários*. Coimbra Editora. 1ª Edição. Coimbra: 2010.

ANTOLISEI, Francesco, *L'offesa e il danno nel reato*, Milano, 1930,

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale: parte generale*. 7.ª ed, Milano, giuffrè, 1975,

ARAUJO, Francisco Fernandes, *Princípio da proporcionalidade*, Significado e Aplicação prática,

ARGADOÑA RAMIZ, Antonio, *El bien comum*, Documento de investigacion, DL937, Julio, 2011, IESE Business School- Universidad de Navarra

AZEVEDO, Tiago Lopes de, *Da Subsidiariedade do Direito das Contraordenações*, Coimbra Editora

AZEVEDO, Tiago Lopes de, *O direito das contraordenações e o princípio da reformatio in pejus em especial a LQCA*, in Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, 2013, Ética e Direito, pp.180 a 184)

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «*Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma*». Estudios Penales y Criminológicos, núm.1 (1977). Cursos e Congresos nº 9. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-017-9, pp. 9-49.

BARBOSA, Marcelo Fortes, *Concurso de normas penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976 p. 92-93

BARDAJI, Joaquin, *Manual de Derecho administrativo sancionador*, Tomo I Parte General/ Parte Especial I, 2.ª Edição, Navarra: Aranzadi S.A. 2009

BASOCO, Juan Terradillos, *El ilícito ecológico: sancion penal – sancion administrativa*, Editorial Trotta 1992

BAUMAN, Zygmunt, *44 Cartas do mundo líquido moderno*, Rio de Janeiro : Zahar, 2011



- BAUMAN, Zygmunt, *Capitalismo parasitário*, Rio de Janeiro : Zahar, 2010
- BEÇA PEREIRA, António, *Regime Geral das Contraordenações*, (2005), Coimbra: Almedina
- BECK, Ulrich, - *World risk society*, Reimp. 2000. – VIII Cambridge : Polity Press, 1999.
- BECK, Ulrich, *Risk Society*, Sage Publications LTD
- BENVENUTI, Feliciano, *Sul concetto di sanzione*, in Jus, Revista di scienze giuridiche, 1955,
- BÉTAILLE, Julien, *L'exécution et l'efficacité de la répression administrative*. Technical Report, Université Toulouse, 2016
- BIANCHINI, Alice, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- BINDING, KARL, *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Neudruck der Ausgabe, Leipzig 1885, Aalen: scientia: 1991,
- BLONDIAU, Thomas, ROUSSEAU, Sandra, BILLIET, Caroline, *Comparison of criminal and administrative penalties for environmental offenses*, European Journal of Law and Economics (Eur J Law Econ), Springer Science + business media, novembro, 2014
- BOHNERT, Joachim, "*Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts*", Jura, 1984,
- BOLTHO, Andrea, TONIOLO, Gianni, *The assessment: the twentieth century*, Oxford Review of Economic Policy, Volume 15, Issue 4, December 1999
- BOTIINI, Pierpaolo Cruz, *Crimes de perigo abstrato*. p. 158/159, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BOUDIA, Soraya et JAS, Nathalie, « Risk and Risk society in Historical Perspective », History and Technology, 23, 4, 2007, p. 317-331
- BOUZON, Emanuel. Origem e Natureza das Coleções do Direito Cuneiforme. Justiça e História. v.2, n. 3, p. 17-54, 2002
- BRANDÃO, Cláudio, *Tipicidade Penal – Dos elementos da dogmática ao giro concetual do método entimemático*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina,
- BRANDÃO, Nuno *O controlo judicial da decisão administrativa condenatória manifestamente infundada no processo contra-ordenacional*, Boletim da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra 94/1 pp. 309-332 (2018)
- BRANDÃO, Nuno, Crimes e Contraordenações – Da cisão à Convergência Material, Tese de Dissertação de Doutoramento – Universidade de Coimbra

BRANDÃO, Nuno, *Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades*, Scientia Iuridica Tomo LXVI, 2017, n.º 344

BRICOLA, *Teoria generale del reato (voce)*, in Novissimo Digesto Italiano, XIV, Torino, 1973, 7.

BRUCKNER, Matthias (Et als.) , *The impact of the technological revolution on labour markets and income distribution*, Department of Economic & Social Affairs, Frontier issues, ONU

BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral. Tomo II. 2ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959., p. 290.

BUOSO, Elena., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2012

CAEIRO, Pedro. The influence of the European union on the “blurring” between administrative and criminal law in Do labels still mater? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of EU, Institut d'études europeenes, Edition de l'université de bruxelles, 2014

CALBAMONTE, A. *Sistema penale e ambiente*. Padova: CEDAM, 1989,

CÂMARA, Guilherme *O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações Futuras: Contributo ao Debate sobre o Delito Cumulativo*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, pp. 195-207;

CANOTILHO, JJ Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição Revista, pp. 184

CANOTILHO, Joaquim Gomes, *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal: I parte* in: BFDUC, 1988.

CANOTILHO, Joaquim Gomes., “ *Terrorismo e Direitos Fundamentais*”, in Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas, Coimbra: Almedina, 2009,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional*, Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review, 2010, Vol VIII, nº 13, 007-018

CANOTILHO, José Joaquim Gomes., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2002

CANOTILHO, J.J. Gomes, *As deslocações de compreensão do Estado de Direito*, UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, N.º 1, janeiro. Centro de Estudos em Direito da União Europeia Escola de Direito – Universidade do Minho, 2017,

CARO CORIA, Dino, *El Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima, 1999;

Carole M. Billiet, ROUSSEAU, Sandra, *Sanctioning of environmental crime in the European Union: The case of Flanders, Belgium*, SPRINGER, , Contemporary cases, Julho 2018

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008,

CASSETTA, Elio, Illecito penale e illecito amministrativo, in *Le sanzioni amministrative - Atti del XXVI Convegno*, cit., pp. 45 ss.

CASSETTA, Elio, *Voce Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997,

CASTEL, Robert, *La gestion des risques, de l'antipsychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, France : Minuit., 2011

CASTEL, Robert., *L'insécurité sociale: qu'est-ce qu'être protégé?* Paris, France : Seuil., 2003

CASTILLO, Jesús Bernal del, "Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos", *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: UNED. N. 3 (1999) p. 14 e segs, entre outros.

CASTRO E SOUSA, João de, *As pessoas coletivas face ao direito criminal e ao chamado direito de mera ordenação social*, Coimbra, Coimbra Editora 1985,

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Lições de direito penal* (Vol. I). Editorial Verbo, 1987

CÉCILE, Martha, « Étude du sens des conduites à risque actuelles », *Sociétés*, 2002/3 (no 77), p. 55-68.

CELLOTO, Alfonso, *Paradojas e antinomias, La teoría general del ordenamiento jurídico y sus contradicciones*, Biblioteca de Filosofía de Derecho, Santiago, Chile, Ediciones Olejenik, 2018,

CEREZO MIR, José « *Sanções penais e administrativas no direito espanhol* », *Revista brasileira de ciências criminais* Imprensa: São Paulo, *Revista dos Tribunais* - v. 1, n. 2, p. 26–40, abr./jun 1993

CEREZO MIR, José, " *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975,

CHEVALIER, Jacques , *L'Etat de droit*, Montchrestien, (4e éd.) Paris, 2003

COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTON, Tomás, *Derecho penal - Parte General*, Tirant lo blanch, 1999,

COELHO, Joana Sofia Bento, *Crítérios de imputação do facto à pessoa coletiva nas contraordenações bancárias*, Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito da Escola de Lisboa, março 2017.

COIMBRA, Cecilia Maria, *Produção do Medo e da Insegurança*, Disponível em linha " <https://app.uff.br/slab/uploads/texto64.pdf>" Acesso em 15-02-20.

CORREIA, Eduardo, *“A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infracções”*, Coimbra, Almedina 1963

CORREIA, Eduardo, *“A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infracções”*, Coimbra, Almedina 1996

CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, Coimbra, 1963

CORREIA, Eduardo, *“Direito Criminal” II*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993

CORREIA, Eduardo, *“Direito penal e direito de mera ordenação social”*, BFDUC, vol. XLIX, 1973, p. 257-281

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Coimbra, Almedina, 1949,

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol II. Coimbra, Almedina

CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e de Mera Ordenação Social* in AA.VV, *Direito Penal Económico e Europeu*, Textos Doutrinários, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998

CORREIA, Eduardo, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLIX Coimbra, 1973

CORREIA, Fernando Alves, *“O Direito do Urbanismo em Portugal”*, in RLJ, ano 135, n.º 3937 (Março – Abril2006)

CORREIRA, Eduardo, *Direito Penal e direito de mera ordenação social*, In *Direito Penal económico e europeu – problemas gerais*, Coimbra, Coimbra editora 1973

CORSO, Pompeu, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Editore Giufree, Milano, 1969

CORTAZAR, Maria Graciela, *Los delitos veniales : Estudios sobre derecho contravencional : analisis de la normativa vigente en la provincia de buenos aires*, editorial de la Universidad del sur, Bahia Blanca, Argentina.

COSTA ANDRADE, Manuel da *«Contributo para o conceito de contra-ordenação»*, em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários (Vol. I)*, ed. Coimbra Editora (Coimbra, 1998)

COSTA ANDRADE, Manuel, *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*, in *Revista de Direito e Economia*, anos 6-7 (1980-81) (republicado em *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, vol I, Coimbra Editora, 1998)

COSTA ANDRADE, Manuel, *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*, in *Revista de Direito e Economia*, anos 6 - 7 (1980-81) (republicado em *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, vol I, Coimbra Editora, 1998.

COSTA ANDRADE, *O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza de um acórdão do tribunal constitucional- Tribunal Constitucional Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 54704 – processo 640/03*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra : Gestlegal ano 134, p.122

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “*O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*”, RPCC, Fasc. 1.º, 1997.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda, *As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário*, in themis, ano iii, n.º 5, 2002,

COSTA, Cardoso da, *O recurso para os tribunais judiciais da aplicação da coima pelas autoridades administrativas* in CTF n.º 366 1992

COSTA, Helena Regina Lobo, *Proteção Penal Ambiental -viabilidade, efetividade, Tutela por outros ramos do direito*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis), Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2015.

CRAFT, Nicolas, *Globalization and Growth in the twentieth century*, International Monetary Fund, Março de 2000 p. 25-31

CRESPO PEREIRA, Ana Marta, *Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto factor de autonomização do Direito das Contraordenações*, no mesmo sentido SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contraordenações*, Almedina, 2019

CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», Porto: Editora Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 299 e s., 346 e ss., 406 e ss.,

D´ALMEIDA, Luís Duarte, *O concurso de normas em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2004

D’ÁVILA, Fábio, *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo* in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010,

DAWNAY, Ludo, *A Cliometric investigation into the causes of the us panic of 1873*, The student economic review VOL. XXIX trinity college, Dublin, 2015,

Delgado, Christopher and others, *Livestock to 2020: The Next Food Revolution*. International Food Policy Research Institute, Food, Agriculture, and the Environment Discussion Paper n.º. 28, 1999

DIAS, Augusto, *Direito Contraordenacional*, Coimbra: Almedina, 2019 p.9

DIAS, Augusto, *Direito das Contraordenações*, Coimbra: almedina, 2019~

DIAS, Figueiredo, *O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social” in Jornadas de Direito Criminal*, edição CEJ.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal - Parte Geral - *Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*", Tomo I, 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2010

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime, 2.ª edi. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2004,

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal II, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal*», Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, pp. 806-807

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Para uma dogmática do direito penal secundário: Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português* in RLJ ano 116.º 1983

DIAS, Jorge de Figueiredo. *A reforma do direito penal português: princípios e orientações fundamentais*, Imprensa: Coimbra, Universidade de Coimbra, 1972. Descrição Física: p. 12.

DIAS, Jorge Figueiredo, *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Centro de Estudos Judiciários, p. 323

DIAS, Jorge Figueiredo. «*O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal*», Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1984

DIAS, José Figueiredo, *O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in Direito Penal económico e europeu – problemas gerais, Coimbra, Coimbra editora 1998.

DIAS, Mário Gomes, «*Breves reflexões sobre o processo de contra-ordenação*», Revista do Ministério Público, ano 5.º, vol. 20, 1984

DIAS, Silva, "*Delicta in se*" e "*Delicta mere prohibita*" : *uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, - Dissertação de doutoramento da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: (s.n), 2003

DIAZ MAROTTO, Julio, "*Los llamados fraudes alimentarios y el código penal – la ley penal n.º 69*", marzo de 2010

DÍEZ RIPPOLLÉS, José, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Editorial Trotta, 2003, p. 138,

DÍEZ RIPPOLLÉS, José. (2019). *Overuse of the Criminal Justice System: Analytical Approach, Rules and Practices*. In P. Kempen & M. Jendly (Eds.), *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and imprisonment*, Intersentia editions, 2019 (pp. 47-66).

DIMATTEO, Rafaella, *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization. Ragione discorsiva, razionalità empirica e democrazia penale: riflessioni intorno alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà*. Tese de doutorado, Università degli studi di Trento, 2010

DODD, Nigel. *Social theory and modernity*. Cambridge, UK: Polity Press, 1999.

DOUGLAS, Mary, *Risk as a Forensic Resource*. *Daedalus*, 1990, vol. 119, n.º 4, 1990, pp. 1-16.

DUBBER, Markus, *The Dual Penal State The Crisis of Criminal Law in Comparative - Historical Perspective*, Oxford University Press D. Oup uncorrected proof revises Aug 2018, Newgen.

FARIA COSTA, José «*A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*», AA. VV., *Direito Penal Económico: textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1998

FARIA COSTA, José de, *Crimes e Contraordenações (Afirmção do principio do numero clausus na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas* in *Questões Laborais*, ano VIII n.º 17 2001

FARIA COSTA, José de. (coord.) *Temas de Direito Penal Económico*. Coimbra, Coimbra Editora 2005.

FARIA COSTA, José, *O Perigo em Direito penal* (Dissertação da doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992).

FARIA COSTA, José, *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal* in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º. 3978, ano 142, 2013, p. 158.

FARIA, Diogo, *A burocracia régia e os seus oficiais no tempo de D. Manuel I*, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Instituto de História Económica e Social, ed. lit. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, Aparece nas colecções: *Revista Portuguesa de História* n.º 45, pág. 601.

FELS, Rendigs. "American Business Cycles, 1865-79", *The American Economic Review* Vol. 41, No. 3 (Jun., 1951), pp. 325-349.

FERNANDA PALMA, Maria, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina 2006

FERNANDES, António Joaquim, *Regime Geral das Contra-ordenações*, *Notas praticas*, 2005, p.62 e 140

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razon*, Trotta Madrid, p. 93

FERREIRA LEITE, Inês, *A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional*, in *Regime geral das contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais cej*, setembro de 2015, Lisboa

FIANDACA, Giovanni, / MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2007.

FLYNN, J.; SLOVIC, P. *Avaliações dos peritos e do público acerca dos riscos tecnológicos*. In: GONÇALVES, M. E. (Org). *Cultura científica e participação pública*. Oeiras: Celta, 2000. p. 109-128

FORD, Martin *Rise of the Robots, Technology and the Threat of a Jobless Future*, BASIC BOOKS, New York 2015

FOULCOULT, Michel, Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987

FRADE, Catarina, *O direito face ao risco*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 86, Setembro 2009:

FUENTES OSORIO, Juan Luis, Artículo realizado en el contexto del proyecto de investigación «*Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en la era de la globalización*», Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016) pp. 553-603

GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.

GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica, Fondo de Cultura Económica*, México-Buenos Aires, 1951

GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3rd ed., México, Porrúa, 1949

GARCÍA, ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedecs, 1995.

GARCÍA-PABLOS, António “Sobre el principio de intervención”, Estudios penales y jurídicos : homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero / coord. por Juan José González Rus, 1996, págs. 249-260

GAUTHIER-LESCOUP, Laure. *Une résolution du parlement pour lutter contre l'inflation normative*. In : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome cent vingt-trois. N. 1 de 2007, p. 113,

GIDDENS, Anthony. (1995), *As Consequências da Modernidade*, Oeiras: Celta Editora.

GOMEZ, Luíz Flávio, Tese doutoral, Madrid, 2015, Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal, Universidad Complutense de Madrid, 2001

GREEN, Stuart, P. *L'utilità concettuale della nozione Mulum quia proibitum*, Revista Dialogue (vol. 55) I, 2016 pp. 33-43, Canadian Philosopher Association, Cambridge University Press

HACKING, Ian. *Between Michel Foucault and Erving Goffman: between discourse in the abstract and face-to-face interaction*. Journal Economy and Society, Vol. 33 (issue - 3), 2004.

HACKING, Ian. *The Taming of Chance*. Cambridge-New York- Port Chester. Cambridge : Univ. Press, 1990

HAMPTON, Philippe, *Reducing administrative burdens: Effective inspection and enforcement*. Hampton Review Team March 2005

HASSEMER, Winfreid, A preservação do ambiente por meio do direito penal In notícias de direito Brasileiro. Unb Nova Série, 1997

HAWKINS, Keith, Law as last resort: *Prosecution Decision making in a regulatory agency*. Oxford Socio-legal studies, Oxford University press. 2002 p.17



HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico. ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 448.

ISQUIERDO, Eva Maria Dominguez in *La adulteración de productos alimentarios y la alimentación del ganado com sustancias no permitidas*, Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos / coord. por José María Suárez López; Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 2013, ISBN 978-84-9031-425-8, págs. 439-496

JAKOBS, Gunther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, in "Estudios de Derecho Penal", UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997

JAKOBS, Günther, "*Estudios de Derecho Penal*", Universidad Autonoma de Madrid Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324

JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos Y Teoria De La Imputacion*, MARCIAL PONS, 1997

JAKOBS, Gunther, *Strafrecht: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 866-867,

JESCHECK, Hans-Heinrich, "*Das Deutsche Wirtschaftsstrafrecht*." *JuristenZeitung*, vol. 14, no. 15/16, 1959, pp. 457-462. *JSTOR*

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Vol. I (tradução e aditamentos de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch. Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981

JESHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol.1. , Barcelona, 1981, p. 80 e ss.

JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, I, Typographia de José Baptista Morando, Lisboa, 1853 p. 10.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz, A validade das normas jurídicas, Sequência nº 28, junho/94, 1970.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed, São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 7

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 1998,

KEMPEN, Piet van, *La justice pénale et le principe de l'ultima ratio*. Exigence de limitation, d'exploration et de réflexion In *Overuse in the Criminal Justice System. On Criminalization, Prosecution and Imprisonment. - Le Recours Excessif Au Système De Justice Pénale. Aux sanctions et poursuites pénales et à la détention*, pp. 23-45, Cambridge : Intersentia, 2019

KLUG, Ulrich, *Sobre el concepto de concurso de leyes* in KLUG, Ulrich, *Problemas de la Filosofía y de la pragmática del derecho*. Trad. Jorge Seña, ciudad de Mexico, Fontamara pp. 57-75

KÖHLER, August. *Die Grenzlinien Zwischen Idealkonkurrenz Und Gesetzeskonkurrenz*. Munique: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1, 1986, p. 62

KUHLEN, Lothar "*Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*, Heidelberg: Decker (§ 324)", p. 390 e ss.

LANGE, Richard, *Das Ratsel Kriminalität*, Frankfurt: Alfred Metzner, 1970, p. 53

LANGHANS, Franz-Paul, *Estudos de Direito Municipal. As Posturas*, ed. Tipografia da empresa Nacional de Publicidade, 1938 p.24, 31

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

LE BRETON, David. *La sociologie du risque*. Paris : PUF. In: *Agora débats/jeunesses*, 3, Autonomie et dépendance financière des jeunes. 1995 p. 114.

LEAL, Jackson da Silva, *O paradoxo na história do poder punitivo moderno: entre a pretensão sistematizadora e a manifestação usurpadora e totalitária*, Revista MÉTIS: história & cultura –LVA

LEONES DANTAS, António, *Direito das Contra-ordenações – Questões Gerais*, AEDUM, Braga, 2010,

LEONG, Hong Cheng, *Da construção de um novo paradigma de culpa do legislador e o correspondente critério de juízo: uma problematização no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função político-legislativa*, Revista e-Pública vol.4 no.2 Lisboa nov. 2017

LEULIER-FISCHER, Juliette. *La règle ne bis in idem*. 2005. 586 f. Tese (Doutorado em 2005) – Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005.

LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel, & Lugo Arteaga, L. El bien jurídico y las funciones del Derecho penal. *Derecho Penal Y Criminología*, 36 (100), 63-74, 2015

LIBANO MONTEIRO, Cristina, *Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal*, Almedina, 2015, p.225

LOBO MOUTINHO, José, *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português*, Lisboa, Universidade Católica editora, 2005 p. 693

LOBO MOUTINHO, José, *Direito das Contraordenações*, Ensinar e Investigar, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p.30.

LONDONO MARTINEZ, Fernando. *Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo sancionatorio*. Rev. derecho (Valdivia), Valdivia , v. 27, n. 2, p. 147-167, dic. 2014

LOPES, José Mouraz, "Os novos crimes urbanísticos no código penal", in *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* / coord. Rui do Carmo, Helena Leitão. - Coimbra : Coimbra, p.75

LORENZO DE MEMBIELA, Juan, "El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública", *Revista de Administración Pública*, nº 171, Madrid, 2006, 249-263

LOUREIRO, Flávia Noversa, *Direito Penal da Concorrência - a tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Tese de Dissertação de Doutoramento, Braga, Universidade do Minho, 2015

LUMBRALES, Nuno, *Sobre o conceito de contraordenação*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006

MACEDO, Fabrício Meira, *O Princípio da proibição da insuficiência no supremo tribunal federal*, RIDB, Ano 3 (2014), nº 9.

MACHADO, Miguel Pedrosa, *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*, Lisboa : Universidade Católica Portuguesa, 1984 p. 200

MACRORY, Richard. *Regulatory justice: Making sanctions effective*. Final Report, Macrory Review, November 2006.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A Evolução do Direito Ambiental no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 88.

MALTEZ, José Adelino, *Crónica do Pensamento Político Reinado de D. Afonso III: Lei da Almotaçaria*. [Em linha]. [Acedido em 19 jan. 2016]. Disponível em: <URL: <http://maltez.info/aaanetnovabiografia/1250-1299/1253.htm>>.

MARCIANO, Alain and MEDEN, Steven G., *Market Failure in Context, History of Political Economy 47* (annual suppl.) Copyright 2015 by Duke University Press

MARINA JALVO, Belén, *La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem* (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero).

MARQUES DA SILVA, Germano, *Crimes Rodoviários. Pena Acessória e Medida de Segurança*, Universidade Católica Editora, Coimbra, 1996, pp. 65 a 67.

MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.ª edição, revist. E atualizada Lisboa: Verbo p. 157, 2001

MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito penal português, teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015, p.421

MARQUES RODRIGUES, João Miguel Ferreira, *Reflexões teórico-práticas sobre os novos “crimes urbanísticos” Uma perspetiva jurídico-administrativa e jurídico-penal*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), Coimbra, 2016, p.47

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, «*Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)*», in Díez Ripollés et al. (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 395-431.

MATEU, Juan C. Carbonell, *Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*, en Arroyo Zapatero, Luis A. - Berdugo Gomez de La Torre, Ignacio (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*”, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p. 134

- MATTES, Heinz, Problemas de derecho administrativo, trad. Castelhana de J. M. Rodriguez Devesa, Privado, Madrid, 1979 p.76
- MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires*: Bdef. 2007 p.39
- McCORMICK, E. J. Human Factors in Engineering and Design. 7 th ed. New York: McGraw-Hill, 1993
- MELLO FREIRE, Paschoal, Instituições de Direito Civil Potuguez, 155 (n.º 256), p.202
- MENDES, José Manuel, *A sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*, Imprensa da Universidade de Coimbra,
- MENDES, Paulo Sousa, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, AAFDL, Lisboa, 2000
- MERKEL, Adolph, *Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen (Lehre von der Verbrechensconcurrentz*, en Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.): Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II, Allgemeiner Teil, Berlin 1871
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.135
- MIR PUIG, Derecho Penal. Parte general, 10ª ed., Reppertor, Barcelona
- MIR PUIG, Santiago: «*Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Ius puniendi"*». Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV, Cursos e Congressos nº 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-731-9, p. 210 - 1991
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV: direitos fundamentais. p. 285.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 3 ed. ver.. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 293.
- MITSCH, Wolfgang, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.ª ed. Berlin, Springer, 2005, § 3, n.º m.16.
- MOHAJAN, Haradhan Kumar, *The First Industrial Revolution: Creation of a New Global Human Era*, Journal of Social Sciences and Humanities Vol. 5, No. 4, 2019, pp. 377-387
- MONCADA, Luis S. Cabral, *Direito Económico*, Coimbra, Edições Almedina, pág.23
- MONTE, Mário Ferreira Monte, *Da Proteção penal do consumidor - A despenalização do incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra, 1996
- MONTE, Mário Ferreira, *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga, AEDUM, 2017
- MONTEIRO, Claudio, *O domínio da cidade - a propriedade à prova no direito do urbanismo*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ano de 2010 p.321

MONTEIRO, Cristina Líbano, “*O Código Penal de 1982 – subsídio para uma compreensão histórica da sua génese*”, BFDUC, vol. LXVIII, 1992, p. 268.

MONTEIRO, Eduardo Conde, Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa, *Scientia Iuridica*, maio/agosto 2017, tomo LXVI, n.º 344,

Morinaga, Taro, *Overuse in the Criminal Justice System in Japan*, In P. Kempen & M. Jendly (Eds.), *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and Imprisonment* (pp. 417-430). Intersentia, 2019.

MORO, Aldo, *Unità e pluralità di reati*. 2ª ed., Padova, 1959.

MOREIRA, Vital *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997,

MOURÃO, Carla, *Escritos do Arquivo Municipal de Ferreira do Zêzere*, Curiosidades de outrora - livro para as correições e coi-mas da almotaçaria da vila de ferreira, FEVEREIRO, 2016 | 0.3

MUÑOZ CONDE, Francisco, ARAN, Mercedes Garcia, *Derecho Penal, Parte General* 8ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo blanch libros, Valencia, p. 252, 2010

MUÑOZ CONDE, Francisco, ARAN, Mercedes Garcia, *Derecho Penal, Parte General* 8ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo blanch libros, Valencia, p. 252, 2010

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La protección del medio ambiente en el nuevo código penal español*. In: *Actas do I Congresso de direito do ambiente da Universidade de Lusíada*, Porto. Porto: ILDA, 1996. p. 29

NASCIMENTO, Orlando Santos, *Discurso de abertura do presidente do tribunal da relação de Lisboa*, no âmbito da - *Conferência organizada pelo Centro de Estudos Judiciários - A Reforma do Direito das Contraordenações – II Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*, 2018, Santarém.

NEUMANN, Franz. *The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society*. Leamington: Berg Press, 1986.

NIETO, Alejandro, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008 p.249

NIGET, David, PETITCLERC Martin, *Pour Une Histoire Du Risque*, Québec, France, Belgique. 1st ed., Presses De L'Université Du Québec, 2012. JSTOR,

NORANHA MAGALHÃES, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1975,

NOVO, António Fernando da Cruz, “*A Violação das Regras Urbanísticas. Reflexão crítica*”, Universidade Católica Portuguesa: Centro Regional do Porto - Escola de Direito, p. 9.

OCDE, *Ensuring environmental compliance: Trends and good practices*. Paris: OECD Publishing, 2009

OLIVEIRA MENDES, António, SANTOS CABRAL, José, *Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coi-mas*”, p. 101 e ss. 2004

ORTOLAN. Joseph-Louis-Elzéar. *Éléments de droit pénal*. Pénalité, Juridictions, Procédure. Suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles, Paris, Plon, 1855, 907 p; 2e éd., 1856. p. 253.

PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, p.156,

PALAZZO, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 453-482, pp. 479-480.

PASSOS GUIMARAES, Ana Beatriz Da Motta, *Antinomias jurídicas impróprias*: do conflito valorativo entre o art. 37, § 6º, da constituição federal e o art. 3º, iv, c/c art. 14, § 1º, da lei nº 6.938/81, *Hermenêutica [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF* ; coordenadores: Marcus Fabiano Gonçalves, Rubens Beçak, Ricardo Henrique Carvalho Salgado. – Florianópolis : FUNJAB, 2012.

PASSOS, Sérgio, *Contra-ordenações - anotações ao Regime Geral*, Coimbra: Almedina p. 282

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Puebla: Editorial Cajica, 1975., p. 89 e ss.

PEDROSA MACHADO «Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contraordenações», in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Volume I: Problemas Gerais*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 199

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 62 e 63

PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Lisboa: Universidade Católica Editora p. 132.

PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, p. 132 e ss.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal a luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal a luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora p. 763

PIRES, Manuel, PIRES, Rita, *Protecção da confiança, procedimento e processo tributários* in "Segurança e confiança legítima do contribuinte" (coord. Manuel Pires e Rita Calçada Pires), Ed. Universidade Lusíada, Lisboa, 2013, 349 e ss.

PLANAS, Gabriel Garcias, "*El delito urbanístico: delitos relativos a la ordenación del territorio*", 1.ª Edição, Tirant lo blanch, 1997. p. 88 e segs.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla: Serie Derecho 19, 1974, p. 266.

POZUELO PÉREZ, Laura, *De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de sus planteamientos críticos*, in *El funcionalismo en Derecho Penal*, Libro en Homenaje al professor Gunther Jakobs, Tomo II Universidad Externado de Colombia p.119. 2003

PRADEL, Jean, *Droit pénale comparé*, Paris: Dalloz, 1995

PRADIER, Pierre Charles *Histoire du risque* in Jesus Santos del Cerro e Marta Garcia Secades, Historia de las probabilidades y la estadística (III) Madrid, Delta publicaciones (171-186),

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: Parte Geral – Arts. 1.º a 120. 11ª ed., rev. atual e aum.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 585

PRATES, Marcelo Madureira, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra: Almedina, 2005 p. 54 e ss.

PRINS, Adolphe, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1899, p. 8

PUERTA, M. José Rodríguez / ESTIARTE, Carolina Villacampa, “*La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*”, in Gonzalo Quintero Olivares / Fermín Morales Prats, El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, 2001.

PUPPE, Ingeborg, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: Logische studien zum verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Berlin: Dunker & Humblot 1979 p. 355.

QUEIROZ, Paulo de Sousa, Do carácter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um direito penal mínimo, Belo Horizonte, Del Rey: 1998 p.31

RAMIREZ TORRADO, Maria Lourdes, *La tipicidade en el derecho administrativo sancionador*, Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVIII. N° 151, junio 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia p.47

RAMOS, Vânia Costa. (2009) Ne bis in idem e União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora p.27

RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970, págs . 77-85 e 185-186 .

REIS, Jaime, *O atraso económico português em perspetiva histórica* (1860-1913) *Análise Social*, vol. XX (80). 1984-1.º, 7-28.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra Editora: Coimbra, 1995,

RODRÍGUEZ SANABRIA, *El bien jurídico penal: límite del ius puniendi estatal basado en el ser humano*, p. 18.

RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “*Análisis del artículo 320: la responsabilidad penal de la Administración Urbanística*”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 236

RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “*Los delitos sobre ordenación del territorio. La responsabilidad penal de la Administración urbanística*”, en *Actualidad penal*, n.º16, 1997

ROMANO, S. *I poteri disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*,Unione Tipografico Torino. It., 1898,

ROMERO, Ítalo Reyes, in *Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva* Revista Lus et Praxis, Año 21, N° 1, 2015, pp. 137 – 170, ISSN 0717 – 2877

ROXIN, Claus *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, Munchen: Verlag Beck, 2006

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I.*, 4.<sup>a</sup> ed., München: Verlag C. H. Beck, 2006,

ROXIN, Claus. *La problemática de la imputación objetiva*. In: Cuadernos de Política criminal, n. 39, 1989. p. 749

ROXIN. Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? ?* In: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, 2007,

SÁ, Octávio, *Dignidade humana em sua dimensão ecológica*, Revista Leopoldianum, ano 38, 2012, no 104/105/106, p. 125 - 154

SAMUELSON, Paul A., " *The pure theory of public expenditure*", *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n.º 4, 1954, p. 387

SÁNCHEZ, Jesús María Silva, " *Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio*", in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998

SANCHEZ, Jesus Maria Silva, *La expansion del derecho Penal*, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, 2.<sup>a</sup> ed. revisada y ampliada, Madrid: Civitas, 2001.

SANDERS, M.S.; McCORMICK, E. J. *Human Error, Accidents, and Safety*. In: SANDERS, M.S.;

SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General (Fundamentos y teoría del delito)*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984;

SANTOS, Beleza dos, " *Ilícito penal administrativo e ilícito criminal*" in Revista da Ordem dos Advogados p. 40 e s.

SANTOS, Luís Aguiar, *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001

SANZ MORÁN, Ángel José, *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*. Cidade do México: Ubijus, 2012. p. 44

SCHIERA, Pierangelo, *Stato moderno (voce)*, in Bobbio-matteucci-Pasquino (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 957.

SCHMIDT, Andrei, *Concurso aparente de normas penais*, Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, a. 9. N.33 p. 67-100

SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Grundsatzliches zu seiner Augestaltung und Anwendung, Tubingen., J.B.C. Mohr, 1950. 27 e s.;



- SCHMIDT, Eberhard, "*Probleme des Wirtschaftsstrafrechts*", SJZ, 1948
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003, pp. 205 e 207,
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2003a). *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*. Frankfurt/M., V. Klostermann. p.48, n.14).
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*. Frankfurt/M., V. Klostermann, ano 2003
- SENNETT, Richard, *O Declínio do Homem político*, São Paulo, Cia das Letras, 1988.
- SERRANO, José Luis, *A diferença risco/perigo*, NEJ – Vol.14 n.º 2 p.233
- SESMA, Victoria Iturralde, *Una aproximación al tema de las antinomias normativas : problemas relativos a la identificación de las mismas*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, pp. 331-353
- SGUBI, Filippo, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, 1990, p.67
- SCHMIDT, Eberhard, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht : Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950 p.20
- SILVA DIAS, Augusto, "*Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor* (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)", *Direito Penal Económico e Europeu* (textos doutrinários), I, Coimbra Editora, 1998,
- SILVA DIAS, *Crimes e Contraordenações fiscais* in *Direito Penal Económico e Europeu*, vol. II, Problemas especiais, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 441 e 442
- SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Português*, ed. Tipographia Universal, 1856 vol. 1, p. 15
- SILVA SANCHEZ, Jesús M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 273 a 275;
- SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria, *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, Civitas
- SILVA, Augusto Santo, *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra: Almedina, Fevereiro de 2018,
- SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1969 p.32
- SIMAS SANTOS, Manuel / LOPES DE SOUSA, *Código penal anotado*, 2014, p. 437

SIMAS SANTOS, Manuel / LOPES DE SOUSA, José, *Contraordenações – anotações ao regime geral*, VISLIS editores, 2001 p.179

SODRÉ, Habacuque Wellington, Seção Especial – Teorias e Estudos Científicos *As Deficiências da Atuação Legislativa Como Fator de Ativismo: Hipertrófia e Omissão Legislativa*. Uma Análise da Sociologia Jurídica sobre o Caso Brasileiro de Ativismo Judicial

SOTO NAVARRO, Susana, Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos - El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos, ADPCP, VOL. LVIII, 2005

SOTO, Jorge Bermudez, *Elementos para definir las sanciones administrativas*, Revista Chilena de Derecho N.º especial pp.323-334, 1998

SOUSA E BRITO, José de, «*A lei penal na constituição*», In: Estudos sobre a constituição / Jorge Miranda...[et al.]. - Lisboa : Petrony, imp. 1978. - 2º v. ; p. 197-254

SOUSA MENDES, Vale a Pena o Direito do Ambiente?, AAFDL, Lisboa, 2000 (1ª reimpressão), p. 31 e ss. No Brasil, é de ter em conta HELENA REGINA LOBO DA COSTA, Proteção Penal Ambiental 1 viabilidade 1 efetividade 1 Tutela por outros ramos do direito, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247,

SOUSA, Joana Polónia de, *Manifestações do princípio da colaboração dos obrigados tributários faltosos no Direito das Contraordenações Tributárias: seus efeitos na redução do montante das coimas* Dissertação de Mestrado: Mestrado em Direito Tributário, 2018 Universidade do Minho

STRECK, Lenio. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*, Revista do Ministério Público n.º 53, Sindicato dos Magistrados do **Ministério Público** (SMMP).

STUBBS, Katja Sugman; JAGER, Matjaz. (2014) *The organization of administrative and criminal law in national legal systems: exclusion, organize dor non-organized coexistence* in Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU. Galli, Francesca; WEYEM-BERGH, Anne (ed.), Bruxelas: Editions de L'Universite de Bruxel-les.

STUBBS, Katja Sugman; JAGER, Matjaz. *The organization of administrative and criminal law in national legal systems: exclusion, organize dor non-organized coexistence* in Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU. 2015

TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino, *Condicionalidade sócio-cultural do direito penal* - Análise histórica. Sentido e limites, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. Separata N.º especial: Estudos Em Homenagem Aos Profes. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz (1985), p. 5-113

TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, 2008 p.125

TAYLOR-GOOBY, Peter, *New Risks and Social Change*, Article in Perspectives on Politics – Cambridge Core, December 2005 " New social risks are the risks that people now face in the course of their lives as a result of the economic and social changes associated with the transition to a post-industrial society.

TESAURO, Affonso, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli: Stabilimento Tipografico Tocco, 1925

TIEDMAN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Economico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, p.31

TJUE, Directorate-General for Library, Research and Documentation, *Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle, paragrafo 21*, March 2017

VALKENEER, C., DIZIER, M., & Seron, V. *Le recours au système de justice pénale en Belgique: état des lieux et perspectives*. In P. Kempen & M. Jendly (Eds.), *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and Imprisonment* (pp. 275-292). Intersentia, 2019

VASCONCELOS, Pedro Manuel de Melo Pais de. *Direito da personalidade – relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil*, Lisboa, Faculdade de Direito, 2006, p. 92

VERRUCHI, Michelle, *Il concorso aparente di norme, l'interazione normativa tra antilogia e antinomia*, Università degli studi di Firenze, 2010.

VIANA, Mário. «*A lei de almotaçaria e a política económica de Afonso III*», in *Abordagens à história rural continental e insular portuguesa, séculos XIII-XVIII, Estudos & Documentos*, vol. 20, Centro de História de Além-Mar, Ponta Delgada, 2013, p. 54

VICENTE MARTÍNEZ, Rosário, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, Tiranch lo Blanc, 2008, p. 151

VIEIRA, Lorena Campos, *A discricionariedade do juiz e o princípio da integridade proposto por ronald dworkin*, Legis Augustus Rio de Janeiro v.6 n.2 p. 106, jul./dez. 2015

VILELA, Alexandra, *Crime e contraordenação: por morrerem algumas andorinhas pode acabar a Primavera*, v. 2 n. 2: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, 2013

VILELA, Alexandra, *O Direito de mera ordenação Social*, entre a ideia de “recorrência” e a “erosão” do direito penal clássico Coimbra: Coimbra Editora, 2013,

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

WELZEL, Hans, *Derecho Penal – Parte General*, Roque de palma editor, Buenos aires, 1956.

ZAFARRONI, Eugenio Raul, *Em torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Bdef. 2005 p.77

ZANOBINI, Guido, *Le sanzioni amministrative*, Imprenta: Torino, 1924;

