



UNIVERSIDADE
CATOLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito
Escola de Lisboa

Mestrado Forense

Sob Orientação do
Prof. Doutor Germano
Marques da Silva

O Direito das Contraordenações e a *Ultima Ratio*

O princípio que separa crime e
contraordenação

Outubro 2022

André Farias Carmona



UNIVERSIDADE
CATOLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito
Escola de Lisboa

Mestrado Forense

Sob Orientação do
Prof. Doutor Germano
Marques da Silva

O Direito das Contraordenações e a *Ultima Ratio*

O princípio que separa crime e
contraordenação

Outubro 2022

André Farias Carmona

Dissertação apresentada com
vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Agradecimentos

À minha família devo todo o meu percurso académico; não há nota de agradecimento que lhes faça jus.

Ao professor José Lobo Moutinho devo o interesse pelo direito das contraordenações e o pelo tema desta tese; tenho a agradecer a energia que colocou nas suas aulas e o apreço e carinho que durante me foram demonstrados.

Ao professor Germano Marques da Silva devo a realização desta tese; fico em dívida pela disponibilidade total e atenção genuína com que me acompanhou.

Resumo

O presente artigo tem como objeto a distinção de crime e contraordenação. Desta distinção dependem a autonomia e a legitimidade do direito das contraordenações, por força do princípio da jurisdicionalidade. Com efeito, é sob a ideia da existência de uma diferença essencial entre crime e contraordenação que se edifica todo o regime contraordenacional português e que se resolvem as questões que nele vão surgindo.

Contudo, essa diferença não se tem revelado fácil de identificar. A realidade contraordenacional, heterogénea e fragmentária, persiste em demonstrar insuficientes as várias tentativas de caracterização dogmática do seu ilícito, de forma tal, que se parece revelar quase impossível a sua representação unitária.

Este estudo perspetiva a questão através do princípio da *ultima ratio*, presente no direito penal. Em suma, entende-se que no cerne do direito das contraordenações e de toda a problemática reside este princípio, com a tutela contraordenacional a ser compreendida como um corolário da natureza fragmentária e subsidiária da intervenção penal. Crime e contraordenação apresentam-se como duas faces distintas da mesma medalha, cuja aquisição e interpretação depende, primordialmente, da *ultima ratio*.

Palavras-chave: direito contraordenacional; natureza da contraordenação; *ultima ratio*; subsidiariedade do direito penal; necessidade de pena.

Abstract

The following article has as its object of study the distinction between crime and *contraordenação*. The autonomy and legitimacy of the regulatory offences law is dependent on this distinction, by way of the principle of jurisdiction. Indeed, the entirety of the Portuguese regulatory offences law's system is built upon the belief in the existence of a fundamental difference between crime and *contraordenação*, through which many of its challenges are addressed.

However, this difference has not proven easy to identify. The reality of the regulatory offences law, heterogeneous and fragmentary, consistently demonstrates the insufficient nature of the many attempts at characterizing its infraction, with such intensity, that its unified portrayal seems almost impossible.

This study approaches the question through the principle of *ultima ratio*, present in penal law. In short, it is understood that in the center of the regulatory offences law and all of the dilemma described resides the aforementioned principle, with the intervention of the regulatory offences law being comprehended as a corollary of the fragmentary and subsidiary nature of the penal intervention. Crime and *contraordenação* are then presented as two distinct sides of the same coin, with its acquisition and comprehension dependent, ultimately, on the principle of *ultima ratio*.

Keywords: regulatory offences law; nature of the regulatory offence; *ultima ratio*; subsidiarity of the penal law, necessity of penal sanction.

Índice

Introdução.....	7
Os pontos prévios.....	9
A autonomia e legitimidade do direito das contraordenações	9
Dificuldades das Respostas.....	12
A Distinção Formal.....	12
A Distinção Quantitativa.....	14
Teorias Qualitativas	16
O direito penal e o direito das contraordenações.....	24
O que é, então e afinal, a heterogeneidade das contraordenações?	27
A experiência contraordenacional alemã.....	27
A experiência portuguesa	30
Direito das contraordenações e o princípio da <i>Ultima Ratio</i>	31
Que conclusões retirar?	31
Como se constrói, então e em termos práticos, a tutela contraordenacional?	38
Nota final.....	42
Bibliografia.....	43

Introdução

A questão de que se ocupará a presente tese foi nos apresentada com o início do estudo próprio do direito das contraordenações. Nesse momento, sem o saber ainda, lançavam-se as dúvidas que nos motivariam, mais tarde, a participar numa busca que decorre há mais de duzentos anos. Referimo-nos, pois, àquela que, atualmente, é conhecida como a procura da distinção entre crime e contraordenação.

Desde o primeiro momento que esta questão nos trouxe severas hesitações. Sobre a mesma se erguia o direito das contraordenações. Dela dependia a constitucionalidade do seu processo. E, no entanto, não nos convenciam as respostas ensaiadas, pois nenhuma parecia conseguir sustentar o fenómeno contraordenacional na sua totalidade. Quando confrontadas com a realidade, estas revelavam-se, no mínimo, inevitavelmente curtas, quando não, na pior das hipóteses, flagrantemente incompatíveis. Pior, continuado o nosso estudo, verificávamos, ainda, que a fragilidade de tais respostas não parecia impedir nem doutrina, nem (sobretudo) jurisprudência, de a estas recorrer – em especial à que forma doutrina maioritária - para explicar, justificar e decidir um enorme número de problemas contraordenacionais subsequentes.

No entanto, toda esta situação, de si, não era a bastante para que aqui ousássemos importunar o elefante na sala. Faltava-nos a crença de poder vir a acrescentar, por menor que fosse, algo mais que a sua evidência. E assim foi, até que, no decorrer de pesquisa paralela, começámos a ser invadidos por questões que ameaçavam quebrar aquele que, até ao momento, era um forte ceticismo quanto ao tema de que aqui tratamos – entenda-se, quanto à autonomia e legitimidade do direito de mera ordenação social.

Brevemente, vislumbrámos no princípio da *ultima ratio* da intervenção penal, bem como nos seus corolários, uma possível avenida para legitimar e explicar o fenómeno contraordenacional - ora, então, o subtema desta tese. Ponderávamos se este nos permitiria explicar, de acordo com princípios legais, a experiência contraordenacional, na qual, na falta de um critério de delimitação sólido e justificável, até então, não mais avistávamos que uma evasão à esfera penal, que, na melhor das intenções, seria motivada por um honorável desejo de simplificação e celeridade processuais, na pior, por um desejo de fuga às garantias de defesa e aos tramites penais.

Fique dito que, numa fase inicial, ainda tentámos evitar o apelo (pois poderá bem ser como o das sereias!) da curiosidade que nos havia invadido. Isto porque, há que reconhecer, o tema apresenta desafios específicos: a discussão é longa e extensa, facto que nos exige um esforço de síntese, e vincadamente teórica, facto que nos exige especial atenção aos nossos passos. E, além destes, admite-se que a língua alemã representa (lamentavelmente!) uma forte barreira linguística.

Não lográmos fazê-lo. Primeiro, porque assim que avistámos esta avenida, ela não mais deixou de nos inquietar. Havia-se tornado difícil, senão impossível, continuar a navegar outros temas do direito das contraordenações sem antes tentar esclarecer as ideias que nos desafiavam quanto a uma questão tão central. Depois porque, ao avistar os passos de vários autores, percebemos que não teríamos de a percorrer sozinhos. E, finalmente, porque nos convencemos de que, neste exercício centenário, o maior contributo será talvez a própria procura. Não será, certamente, uma coincidência que tanto Alexandra Vilela como Costa Andrade tenham aludido ao mito de Sísifo nas introduções dos seus ensaios. Como sempre acreditámos que a sua tarefa teria significado, não mais hesitámos em tentar ajudar no rolar de uma pedra que ocupa os juristas há longa data.

Pequena nota antes de começarmos: a presente tese está organizada em três partes. Uma primeira, em que abordamos dois pontos prévios cruciais, a saber, a dúvida sobre a constitucionalidade do direito das contraordenações e a insuficiência das respostas tradicionais. Uma segunda, onde abordamos dois elementos que são determinantes na nossa posição, nomeadamente, a complexa relação entre direito penal e direito de mera ordenação social e a heterogeneidade deste último. Por fim, uma terceira, onde retiramos, então, as conclusões daquele que foi o nosso percurso pelo direito das contraordenações.

Os pontos prévios

A autonomia e legitimidade do direito das contraordenações

Referimos na introdução que da separação de crime e contraordenação depende a constitucionalidade do direito das contraordenações. A lógica é a seguinte: caso não existam motivos válidos e discerníveis para se operar essa divisão, entre coima e pena, materialmente, não mais existe que uma diferença arbitrária, pelo que, quando as autoridades administrativas aplicam uma coima, estão, na verdade, a aplicar uma pena, tarefa que cabe em exclusivo aos tribunais, por força do princípio da jurisdicionalidade.

Também conhecido como o princípio da jurisdição ou da reserva da jurisdição, este visa assegurar a imparcialidade do processo penal através de uma efetiva separação de poderes, impedindo que o Estado venha a dirimir, diretamente e na mesma veste, um conflito no qual é parte interessada.¹ Dada a sua importância para o Estado de Direito, não surpreende a sua efetiva consagração constitucional.² Na verdade, como ensina Germano Marques da Silva, “(...) a aplicação do direito criminal pelos tribunais - órgãos imparciais e independentes da Administração - é uma das mais importantes garantias da actuação do direito. O princípio da jurisdicionalidade em matéria penal está consagrado nos n.ºs 1 e 5 do art. 29.º da Constituição. Com efeito, os vocábulos *sentenciado* e *juizado* inculcam necessariamente que a aplicação da lei penal é uma função reservada aos tribunais e a mesma conclusão se retira, aliás, dos n.ºs 2 e 7 do art. 32.º Em reforço desta interpretação é de invocar o art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aplicável por força do n.º2 do art. 16.º da Constituição, que dispõe que as *decisões sobre*

¹ Ensina Cavaleiro de Ferreira, “Ora, quando a realização dos fins do Estado só é possível através da resolução dum conflito de direitos, do direito do Estado à realização dum fim legítimo - em matéria penal, ao exercício do direito de punir, - e do direito subjectivo do cidadão - em matéria penal, o direito do particular à sua liberdade, ou à manutenção da integridade da sua esfera jurídica - o Estado não pode dirimir tal conflito, na veste de parte interessada, directamente e mediante uma actividade de natureza administrativa. Em tais casos, a prossecução dos fins do Estado cabe à função jurisdicional.” - FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, I, pág. 9.

² “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (Constituição, art. 205.º). Só os juízes competentes podem fazer justiça, e «sentenciar criminalmente» (Constituição, art. 29.º); e a justiça penal tem sempre lugar em processo criminal (o art. 32.º da Constituição indica os princípios gerais a que deve subordinar-se o processo, para garantia da justiça).” – FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, pág. 57.

o fundamento de qualquer acusação em matéria penal será da competência de um tribunal independente e imparcial.”³

Do que se conclui, então, que, por força deste princípio, poderá ficar inviabilizada aquela que é uma das grandes marcas do direito das contraordenações, a saber, a administrativização do seu processo.⁴ No entanto, mesmo que, por hipótese, se colocasse de parte o princípio e a sua presença constitucional, não existindo diferença real entre crime e contraordenação, qual seria o sentido e a legitimidade para autonomizar um ilícito que, no fundo, não se distinguiria do penal? De tudo resulta, pois, o porquê de se considerar estar em causa não só a independência, como, derradeiramente, a sobrevivência do direito das contraordenações.

Antes de avançarmos, convém ainda reparar que, como aponta Miguel Pedrosa Machado, figurando o Regime Geral das Contraordenações apenas como mera lei-quadro (visto que não prevê qualquer contraordenação), uma eventual censura de inconstitucionalidade deverá ser dirigida aos diplomas concretos que as criem, quando se considere que nestas não se evidencia a tal natureza autónoma face ao ilícito penal.⁵ Quanto ao regime geral, o autor considera que "quando muito, a lei-quadro merecerá uma censura político-legislativa, por permitir que a esses problemas se chegue com facilidade."⁶ e isto porque, “não é lícito deixar de prever a hipótese, por muito utopicamente optimista que se apresente, de o legislador vir a utilizar os conceitos «contra-ordenação» e «coima» para

³ MIRANDA, Jorge *et al.*, *Estudos sobre a constituição*, II, págs. 262 e 263.

⁴ “(...) se ainda se trata aqui [no D.L. 232/79 que deu origem ao direito de mera ordenação] de direito penal ou, pelo menos, se se trata de um sistema sancionatório que põe em causa, da mesma forma que o direito penal, os direitos e as garantias individuais, então isso quer que todos os princípios constitucionais materiais (...) que a Constituição define em relação aos crimes e às penas, também deveriam aplicar-se a todo este ramo do direito. Isso significaria, por exemplo, que o facto de este decreto-lei atribuir competência às autoridades administrativas para aplicar as respetivas sanções (...) [quereria] dizer que também materialmente este decreto-lei seria inconstitucional, na medida em que violaria dois princípios essenciais em matéria criminal que estão consignados na Constituição e que são, respectivamente, a aplicação por via judicial das sanções (...)” - BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal : 5º Ano B – Noite, 1979-1980*, I, pág. 155.

⁵ MACHADO, Miguel Pedrosa, “*Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*”, págs. 190 e 191.

⁶ *Ibidem*, pg. 190.

a regulamentação de matérias qualitativamente restringidas a casos de meros ilícitos administrativos em sentido próprio (v.g., policiais ou disciplinares).”⁷

⁷ *Ibidem*, pg. 191.

Dificuldades das Respostas

Ficou dito, também, que não nos convenciam as teorias que encontrávamos no nosso percurso pelo domínio contraordenacional. Sendo este um dos fatores que motiva o nosso trabalho e que lhe confere a sua pertinência (dado que não se verificando a insuficiência das respostas, o problema não se colocaria), cremos necessário abordar de partida este ponto. Fá-lo-emos, por necessidade, de um modo geral, todavia prestando especial atenção à posição que forma doutrina maioritária no nosso país, por motivos óbvios.

A Distinção Formal

O Regime Geral das Contraordenações prevê no seu artigo primeiro, de epígrafe «definição», que *constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*. Estamos, pois, perante uma definição formal de contraordenação⁸, que assenta na natureza da sanção aplicável, “considerada em si e por si”⁹. Se, por um lado, apoiamos a consagração legal de uma definição desta índole, por ser a única opção que se revela funcional nesse âmbito¹⁰, por

⁸ “(...) é, pois, através de um índice conceitual-formal que o legislador decidiu operar praticamente a distinção entre crimes e contra-ordenações.” - DIAS, Jorge de Figueiredo, “*O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*”, pág. 26.

“Trata-se, pois, de uma **definição formal, consequencial**: define-se o ilícito (que, tal como o crime, tem de estar tipificado) pela sanção.” - CARVALHO, Américo Taipa de, Direito Penal. *Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, 3.ª ed., Porto, Universidade Católica Editora, 2016, pág. 137.

⁹ A expressão é de Lobo Moutinho - cf. MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 45.

¹⁰ A consagração legal de uma definição não formal significaria, inevitavelmente, expor a lei a toda a discussão da definição material de contraordenação e nesse sentido, seria, certamente, uma fonte de desacato e incerteza que exigiria permanente atenção e revisão. Não é que tal discussão não continue a ser determinante na compreensão da letra da lei, apenas, como técnica legislativa, deve ser deixada fora da mesma.

Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, “Uma tal decisão é incondicionalmente de aplaudir. Dada a natureza altamente questionável, no plano doutrinal, dos critérios substanciais avançados para a distinção, bem como a patente dificuldade que sempre representaria a aplicação de tais critérios a um concreto caso de vida, pode mesmo dizer-se que aquela solução é a única praticamente exequível” - DIAS, Jorge de Figueiredo, “*O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*”, pág. 26. -, FARIA COSTA, “É claro que o critério formal não pode ser entendido como um meio idóneo para avaliar a natureza das coisas. Nem isso, se bem vemos, pode razoavelmente ser invocado. Coisa diversa é utilizar o critério formal como uma técnica legislativa – e só nesse sentido – capaz de evitar dúvidas ou incertezas que a formulação legal de um critério material sempre levantaria” - COSTA, José de Faria, “*A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*”, pág. 141 e ainda JORGE LOBO MOUTINHO, “A opção por um critério nominal é, sem dúvida, de entre todas, a mais pragmática, na medida em que poupa o intérprete à questão da qualificação. No entanto, como

outro, cremos firmemente que a sua utilidade não vai além desse aspeto¹¹.

O motivo afigura-se-nos evidente, é que uma definição formal em nada ajuda a explicar o porquê da divisão e, nessa medida, é perfeitamente ineficaz em concretizar, afinal, o que é crime e o que é contraordenação. Citando Alexandra Vilela, "Derradeiramente, a questão de delimitação dos ilícitos não é pensável segundo um ponto de vista formal: na verdade, dizermos que determinada infracção constitui crime ou contra-ordenação, conforme seja sancionada com pena ou coima, aplicável, respectivamente, pelo tribunal ou pela administração, é uma afirmação que de nada vale, porquanto se traduz em um regresso ao ponto de partida. Afinal porque é que o legislador, em um caso, escolhe a pena e, em outro, a coima?"¹².

Fundamentalmente, como notam José Lobo Moutinho e Alexandra Vilela, acompanhando Bonhert¹³, apenas o facto, a causa jurídica, será capaz de explicar a diferença no comportamento, sendo que a consequência, na medida em que deriva do facto, ilustra a diferença no pressuposto, mas não a consegue fundamentar.¹⁴ Desta forma, urge rejeitar um critério formal (isto é, fora de uma consagração legal) e não "(...) procurar a jusante o que deve ser procurado a montante (...)"¹⁵.

José Lobo Moutinho refere, ainda, dois outros pontos relevantes. Primeiro, que mesmo que se adote uma atitude puramente pragmática, vendo-se na contraordenação uma simples ferramenta para atingir a celeridade e simplificação processuais, para além das preocupações óbvias de atribuição indevida e inconstitucional de poder punitivo à administração pública, é de reparar que nada garante a sua eficácia neste objetivo. Ou seja, como nota o autor, "nem se vê que a simplicidade processual não possa ou deva ser

é óbvio, não suprime o problema de fundo." - MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 30.

¹¹ É o caso de autores como Alexandra Vilela, José Lobo Moutinho e José de Faria Costa (conferir nota anterior).

¹² VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do Direito Penal Clássico.*, pág. 260.

¹³ BONHERT, Joachim, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, pág. 26.

¹⁴ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 45 e VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do Direito Penal Clássico.*, pág. 258.

¹⁵ A expressão é de Alexandra Vilela - VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do Direito Penal Clássico.*, pág. 259.

procurada e conseguida no processo penal, nem muito menos é verdade que um processo decidido pela autoridade administrativa seja necessariamente mais simples e célere que um processo penal”¹⁶, surgindo como exemplo o facto de que “em muitos domínios, a conversão das antigas contravenções em contra-ordenações apenas transferiu o problema da inoperacionalidade de uma sede para a outra (...)”¹⁷. Segundo, que nada implica que a natureza estritamente pecuniária da sanção determine o afastamento da exclusividade dos tribunais para a decisão. Isto porque, nem aos crimes tem de corresponder sempre pena de prisão ou pena pecuniária convertível (caso das multas aplicáveis às pessoas coletivas), nem a privação da liberdade impede necessariamente a decisão administrativa (caso da prisão disciplinar militar).¹⁸

A Distinção Quantitativa

Será distinção quantitativa aquela que coloque a diferença entre os dois ilícitos numa questão de grau, colocando o crime numa ponta do eixo e a contraordenação numa outra, em função de uma pretensa censurabilidade ou ilicitude (grau de ofensa ao bem jurídico).¹⁹

Antes de mais, convém notar que uma tal conceção padece, como veremos, do mesmo vício que a doutrina do critério ético-social (dominante em Portugal)²⁰, a saber, o de uma difícil determinação prática - afinal de contas, quando é que o grau de ilicitude se torna suficiente ou irrelevante?²¹

¹⁶ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 43.

¹⁷ *Ibidem* pág. 44.

¹⁸ “Não há, evidentemente, nenhuma imposição de que aos crimes corresponda pena de prisão ou, sequer, pena de multa convertível em prisão (coisa que as multas aplicáveis às pessoas colectivas ilustram). Isso envolve que a reserva de jurisdição não se limita a tais espécies de penas, estendendo-se igualmente a outro tipo de sanções, a começar pelas sanções estritamente pecuniárias. Mas, além disso - o que é frequentemente esquecido -, a Constituição admite expressamente a prisão disciplinar militar, aplicada administrativamente, embora com garantia de recurso para os tribunais (art.º 27.º, n.º 3, al. d)). Assim, nem se pode dizer que a natureza estritamente pecuniária da sanção torna, por si só, admissível a sua aplicação pelas autoridades administrativas, nem que a natureza de privação da liberdade a impede.” - MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 45.

¹⁹ *Ibidem* págs. 56 e ss. e BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 74 e ss.

²⁰ Que se aborda no próximo ponto.

²¹ “Depois, porque um critério puramente quantitativo acabaria no plano operativo por cair na mesma aporia dos critérios qualitativos. Não será, na verdade, fácil identificar o quantum de gravidade (de ilicitude ou

Mas, o problema essencial de uma distinção quantitativa parece-nos ser, tal como nota Lobo Moutinho, “que um tal entendimento traduz, dogmaticamente, nem mais nem menos do que a negação da autonomia substancial das contra-ordenações ou, o que é o mesmo, da sua existência enquanto espécie de infracção diversa do crime.”²² Se a diferença estiver no grau, então, concede-se uma semelhança de essência, de qualidade, o que leva, inevitavelmente, à situação inconstitucional (como já se demonstrou no ponto anterior) de aplicação de uma sanção que é materialmente penal por parte da administração.²³

E nem um critério misto parece conseguir evitar tal desfecho. Primeiro, porque, à semelhança do que acontece entre as formas simples e agravadas ou qualificadas dos crimes, apesar de se poder registar uma transformação em qualidade em função de uma variação na quantidade, não se nos afigura que esta leve a uma alteração de natureza.²⁴ Como explica José Lobo Moutinho, “Para que a variação de quantidade tivesse como consequência uma alteração de natureza seria necessário que o próprio conteúdo de ilicitude, não apenas se intensificasse (ainda que para patamares qualitativamente distintos), mas mudasse de natureza, isto é, sofresse uma alteração que o transformasse em algo de diverso e não apenas mais grave. Seria necessário que o próprio ponto de

censurabilidade) capaz de, com um mínimo de objectividade, ordenar a repartição das infracções pelos dois domínios do ordenamento jurídico.” - ANDRADE, Manuel da Costa, “*Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*”, pág. 104.

“Impõe-se reiterar que não pensamos ser defensável distinguirem-se os dois ilícitos com base em critérios quantitativos, na medida em que eles não nos fazem enxergar qualquer hiato, qualquer corte, que nos permita identificar com clareza o grau a partir do qual o ilícito deixa de ser penal para passar a ser contra-ordenacional” - VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, págs. 256 e 257.

²² MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 57.

²³ “Partindo do pressuposto de que os dois ilícitos comungam de uma mesma “qualidade”, pois apenas assim será possível defendermos diferenciações de natureza quantitativa, inexoravelmente somos conduzidos à conclusão de que os seus ilícitos e as suas sanções - sendo certo que estes formam um todo incidível - são qualitativamente iguais. Daqui, deste concreto ponto, resulta que, no fundo, a administração, quando aplica uma coima, aplica uma sanção qualitativamente igual à existente no âmbito do direito penal.” - VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, pág. 257.

²⁴ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 58. O autor dá como exemplos, o crime de ofensa à integridade física, o crime de sequestro, o crime de furto e vários crimes contra o património. Em todos, apesar de existir uma alteração na qualidade, em função de uma variação na quantidade, não se identifica uma transformação de natureza.

referência do ilícito, que define a sua espécie, se alterasse.”²⁵ E segundo porque, como nota, ainda, o autor, tal argumento pressupõe a existência de uma distinção qualitativa, frequentemente, no plano ético, assunção que, como veremos no próximo ponto, enfrenta os seus próprios problemas.²⁶

Teorias Qualitativas

Uma distinção qualitativa encontra entre crime e contraordenação uma diferença de qualidade, defendendo que crime e contraordenação têm, pois, uma diferente natureza, sendo o ilícito contraordenacional, nessa medida, um *aliud*²⁷ face ao crime. A busca desta distinção estrutural ocorre em dois planos diferentes, a saber, no plano objetivo e no plano subjetivo.²⁸

Foi no primeiro destes campos que inicialmente decorreu a procura por uma divisão qualitativa entre crime e contraordenação, que, como resume José Lobo Moutinho, ocorria “quer mediante a contraposição entre direito (ou ordem jurídica) e administração (ou ordem administrativa), quer mediante a contraposição entre a ofensa a bens jurídicos, por um lado, e a violação a interesses administrativos ou puras desobediências, por outro.”²⁹ Todavia, qualquer uma destas duas contraposições tem dificuldade em sustentar-se num Estado de Direito.

Neste, não existe espaço para a livre ação da administração pública, fora da ordem jurídica unitária e afastada das regras do Direito - longe vai o tempo em que a Administração não se encontrava subordinada ao império da Lei.³⁰ Tampouco pode existir a possibilidade da

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ “A esta luz, uma coisa será o direito criminal, outra coisa o direito relativo à violação de uma certa ordenação social, a cujas infracções correspondem reacções de natureza própria. Este é, assim, um aliud que, qualitativamente, se diferencia daquele, na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal.” CORREIA, Eduardo, “*Direito penal e direito de mera ordenação social*”, pág. 9.

²⁸ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, págs. 46 e ss.

²⁹ *Ibidem* pág. 47.

³⁰ *Ibidem* pág. 47 e, ainda, Cavaleiro de Ferreira: “O intervencionismo do Estado, na sociedade moderna, exigiria a garantia da sua eficácia, mediante injunções normativas a que corresponderia «naturalmente» um quadro «específico» de sanções. Um outro aspecto da mesma posição é a que assinala como objecto jurídico das contra-ordenações o interesse administrativo em que se consubstancia a exigência do bem-estar social.

construção de uma ordem sancionatória pública afastada da tutela de bens jurídicos, por se tratar de caminho aberto ao despotismo e à arbitrariedade. Acompanhando as palavras de Nuno Brandão, “é evidente que em um Estado de direito não pode admitir-se qualquer actuação estadual, *maxime* de índole sancionatória, que cultive e promova o dever pelo dever.”³¹ Derradeiramente, como nos ensina José Lobo Moutinho, através de Mattes, “A obediência tem sempre de ser vista em relação com aquilo por causa do qual é exigida. Uma lei cujo conteúdo material se esgotasse numa pretensão de obediência não seria uma norma jurídica, mas uma ordem despótica.”³²

Não surpreende, pois, que vários autores – entre eles também, Figueiredo Dias³³, Costa Andrade³⁴ e Roxin³⁵ - se tenham manifestado contra este critério, ou seja, contra um direito das contraordenações não assente na proteção de bens jurídicos. Considerados os possíveis efeitos obscenos³⁶, esta é, naturalmente, uma posição que acompanhamos na sua plenitude, motivo pelo qual e com todo o respeito, cremos ser de rejeitar liminarmente

E contudo não há qualquer distinção de fundo entre ordem jurídica e ordem administrativa; o Estado, como os indivíduos, estão sujeitos somente a uma ordem jurídica unitária. Não há injunções juridicamente válidas que não assentem num dever jurídico; não há subordinação dos cidadãos ao Estado que não assente na ordem jurídica. Os interesses administrativos são, como os interesses individuais ou outros, bens jurídicos desde que tutelados pela ordem jurídica.” FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, págs. 112 e 113.

³¹ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 309.

³² MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 48 e MATTES, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, II: Geltendes Recht und Kritik*, págs. 241 e 242.

³³ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 48 e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal português: parte geral*, I, pág. 162.

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, pág. 99, nota 92.

³⁵“También las contravenciones lesionan bienes jurídicos. En cambio, no es posible delimitar delitos y contravenciones según el criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos preexistentes o solamente infringe normas creadas por el Estado. En efecto, también las contravenciones lesionan bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo (ruido perturbador de la tranquilidad o descanso!) o son perjudiciales para el bien común (y con ello mediatamente también para el ciudadano). Incluso una prohibición de aparcamiento tiene la finalidad de impedir un atasco de las calles y asegurar de ese modo el libre comercio y movimiento; por tanto protege un bien jurídico. Sólo sucede algo distinto cuando una regulación estatal sancionadora no permita reconocer ninguna referencia a los cometidos estatales de protección y orden. Pero entonces se tratará de un precepto arbitrario, cuya inadmisibilidad se deriva de los puntos de vista expuestos en nm. 10, y no del problema de la delimitación de hechos punibles y contravenciones” – ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, I, pág. 57.

³⁶ De cuja experiência nacional-socialista alemã é pleno exemplo – cf. infra “a experiência alemã”.

a tese avançada por Frederico Costa Pinto³⁷, que vem tentar recuperar uma distinção assente no binómio da proteção de bens jurídicos versus um sistema de cumprimento de deveres.³⁸

Ora, dadas as dificuldades sentidas no plano objetivo, a busca da distinção material alargou-se ao plano subjetivo.³⁹ E é precisamente neste âmbito que se insere aquela que, desde a origem do direito das contraordenações no nosso ordenamento jurídico, até aos dias de hoje, tem sido a posição dominante da doutrina e jurisprudência portuguesas, que em função de um critério ético-social estabelece a autonomia material da contraordenação face ao crime.⁴⁰

Tal critério foi desde logo assumido por Eduardo Correia, quando introduz o direito de mera ordenação social em Portugal, explicando que “(...) o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis em um plano ético-jurídico (...)”⁴¹. Para o autor, contrariamente ao direito criminal, no ilícito do direito de mera ordenação não se conseguiria identificar uma carga ético-moral. O que, por sua vez, significava que a sua violação, muito embora pudesse ser reveladora de uma certa associalidade do agente, não seria merecedora do juízo ético-jurídico de censura inerente à pena criminal.

³⁷ “Em suma, o Direito de Mera Ordenação Social deveria, em minha opinião, ser intencionalmente moldado fora dos quadros de uma *ordem ética de tutela de bens jurídicos* e ser preferencialmente orientado para uma *ordem técnica de cumprimento de deveres*, recuperando-se – embora em contexto muito diverso – a contraposição entre um «*sistema de protecção*» de bens jurídicos e um «*sistema de cumprimento dos deveres*».” – PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “*O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*”, pág. 245.

³⁸ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 301.

³⁹ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 50.

⁴⁰ “O modelo de Figueiredo Dias – e assim, mediatamente, na linha do que acabámos de afirmar, de Eduardo Correia – recebeu um amplo acolhimento desde logo na dogmática portuguesa, formando aquela que pode bem considerar-se a doutrina maioritária” - BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 238.

“Foi esta [critério ético-social] a orientação assumida por EDUARDO CORREIA, por cuja mão a figura das contra-ordenações foram introduzidas no nosso País. E, embora nem sempre nos mesmos termos, pode dizer-se que foi ela que se veio a tornar dominante.” - MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 50.

“Entre nós, o entendimento largamente maioritário vai no sentido da **distinção qualitativa**.” - CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, pág. 137.

⁴¹ CORREIA, Eduardo, “*Direito penal e direito de mera ordenação social*”, pág. 9.

Para reagir contra tais violações, o Estado deveria, então, recorrer a uma sanção desprovida dessa mesma censura (ora, pois, a coima).⁴²

Apesar do mérito e do incontornável papel de Eduardo Correia na implantação do direito das contraordenações, é a construção posterior de Figueiredo Dias aquela que se vem a tornar dominante.⁴³ A sua diferença essencial, face à primeira, é defender que a avaliação da carga ético-social deverá ser feita em relação às condutas e não aos ilícitos. Esta nuance permite ao autor resguardar-se da crítica de que uma violação do Direito dificilmente poderá ser considerada eticamente neutra⁴⁴, uma vez que, como explica o autor, “o que no direito de ordenação é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal - sem prejuízo de, uma vez conexas com esta, ela passar a constituir substrato idóneo do desvalor ético-social.”⁴⁵

São estas, resumidamente, as ideias que até hoje dominam o pensamento do nosso Tribunal Constitucional, que nelas se baseia para estabelecer a diferença entre crime e contraordenação e, através, fundamentar um elevado número de decisões no domínio contraordenacional.⁴⁶ Com efeito, como regista Nuno Brandão, “No centro de toda a

⁴² *Ibidem*.

⁴³ “Sem pretender ser injusto para com os elevados méritos de Eduardo Correia nesta matéria, estamos em crer que a posição de Figueiredo Dias, pela magna autoridade que lhe era já reconhecida e pela força e consistência do novo quadro fundamentador que propôs, foi determinante para a efectiva implantação e materialização do direito das contra-ordenações no sistema sancionatório português.” - BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 277.

⁴⁴ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, pág. 110 e Figueiredo Dias, “Poderia pensar-se – e tem se pensado – em negar a possibilidade de delimitação dos dois ilícitos logo na base de dever recusar-se a existência de qualquer ilícito eticamente indiferente. E na verdade: por um lado, todo o direito é «obra» ou realização do ser-livre e todas as exigências jurídicas são por isso um momento ético infungível do corpo do dever-ser ético-social; por outro lado, todo o direito possui natureza eminentemente histórica, como históricas se apresentam todas as exigências jurídicas, por outro lado ainda, a valoração jurídica goza de autonomia axiológica, como manifestação de um valor autónomo e transcendente expresso através da consciência jurídica da comunidade, em que se funda toda a possibilidade de realização do direito. Destes pontos de vista, pois, não fica qualquer espaço para a existência de um ilícito «eticamente indiferente».” - DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, pág. 49.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ “Uma contraposição qualitativa entre os domínios penal e contra-ordenacional baseada num critério ético-social é aquela que desde sempre vem sendo também sufragada pelo nosso Tribunal Constitucional. É às concepções de Eduardo Correia e sobretudo de Figueiredo Dias que o Tribunal recorrentemente apela para concluir pela existência de uma diferenciação material entre os ilícitos e as sanções penais e contra-ordenacionais, daí extraindo consequências decisivas para as suas tomadas de posição sobre um sem-

problemática contra-ordenacional está a questão do relacionamento entre crimes e contra-ordenações. É fundamentalmente a partir dele que, na experiência portuguesa, o direito contra-ordenacional é contraposto ao direito penal e é ele que decisivamente comanda a generalidade das tomadas de posição doutrinárias e jurisprudenciais sobre um sem-número de questões contra-ordenacionais(...)⁴⁷

Apesar do forte apego (que dura até hoje!) ao modelo que se acaba de apresentar, é de notar que é desde cedo que este é alvo de crítica. Logo aquando da discussão na generalidade pela Comissão Revisora do projeto de Eduardo Correia, que viria a estabelecer a contraordenação, interveio Maia Gonçalves, afirmando que o critério ético não era suficiente para resolver um problema de limites tão fluídos e discutidos como o que estava em causa.⁴⁸ São, enfim, várias as objeções que já se opuseram a este modelo, pelo que as apresentamos de um modo esquematizado, organizando a crítica em duas vertentes.

Por um lado, pode discutir-se a total improcedência do critério ético-social. Neste sentido, pondo em causa a sua operacionalidade, escrevem, por exemplo, Costa Andrade, “Não se vê (...) como possa converter-se a ideia da relevância ética num critério operacional capaz de, por si e pondo-entre-parênteses as concretas opções do legislador, repartir sem margem, a massa de infracções pelos campos concorrenciais do direito criminal e do direito de ordenação social.”⁴⁹ e José Lobo Moutinho, “O essencial – e isto vale para toda a busca da distinção na relevância ou neutralidade ética (ou ético-social) - é que esse critério é radicalmente incapaz de resolver o problema da distinção entre Direito das contra-ordenações e Direito penal. E é-o porque não lhe consegue responder nem em termos de operatividade e âmbito, nem em termos de correspondência com as

número de questões substantivas e adjectivas de constitucionalidade ligadas ao direito das contraordenações.” - BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 246.

⁴⁷ *Ibidem* pág. 16.

⁴⁸ MACHADO, Miguel Pedrosa, “*Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*”, pág. 155.

⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, pág. 99.

consequências.”⁵⁰ E ainda neste sentido, Taipa de Carvalho, que, por sua vez, duvida fortemente da existência de condutas ou ilícitos que se possam afirmar como axiológica ou eticamente irrelevantes, quando escreve, “Com efeito, não é verdade que a contraordenação ou ilícito de ordenação social tenha por substrato uma conduta axiológico-socialmente ou ético-socialmente irrelevante ou neutra. Não!; basta compulsarmos qualquer categoria de **contraordenações** (sejam fiscais, ambientais, urbanísticas, rodoviárias, etc.), para vermos e constatarmos que as respetivas condutas não são proibidas por proibir, mas, sim, que se trata de *condutas que são, em si mesmas* (isto é, mesmo antes de serem legalmente proibidas), *socialmente desvaliosas e censuráveis*.”⁵¹.

Por outro lado, reconhecendo ou concedendo hipoteticamente a operabilidade deste critério em determinadas situações, podem elencar-se os vários casos que lhe escapam, argumentando, pois, pela sua insuficiência face à realidade normativa positivada. Como exemplo claro⁵², tenha-se Nuno Brandão, quando afirma que “O problema fundamental está, a nosso ver, na circunstância de se querer continuar a apelar a este pensamento qualitativo de raiz ética como chave heurística do direito penal e contra-ordenacional vigentes quando de há muito que ele se revela largamente desfasado da efectiva realidade normativa positivada no nosso ordenamento jurídico.”⁵³ Ou seja, não é que o autor negue

⁵⁰ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, pág. 53 – Citamos a crítica que o autor considera como essencial, mas não deixamos de notar que o autor é ainda bastante crítico quanto a recorrer-se a uma diferença que se situa num momento lógico e cronologicamente anterior à proibição.

⁵¹ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, pág. 139.

⁵² É também exemplo Alexandra Vilela, que ao sugerir um critério dual de distinção, reconhece a insuficiência do critério ético-social para um dos tipos de contraordenações que propõe. – cf. notas (#104) e (#105).

⁵³ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 266 – A propósito explica ainda o autor, “(...) o direito sancionatório vigente, *hoc sensu*, tem vindo a ser “lido” e tratado como se a generalidade das normas penais e contra-ordenacionais tipificadoras de comportamentos puníveis tivessem sido criadas pelo legislador português à luz daquele paradigma, quando a realidade das coisas é bem distinta. Com efeito, a tendência legislativa das últimas décadas esteve praticamente sempre arredada daquele modelo de estrita repartição entre crimes e contra-ordenações fundada no relevo axiológico dos factos objecto de tutela. Os exemplos são tantos e tão ostensivos que é com espanto que vemos a ampla e longa dominância desta tese não só na doutrina, como também e sobretudo na jurisprudência, que todos os dias se confronta com factos éticosocialmente relevantes tipificados legalmente como contra-ordenação.”

existirem condutas no direito contraordenacional português de onde dificilmente se retira qualquer significado axiológico, mas, antes, nota que, a seu lado, muitas outras existem que o têm.⁵⁴ E serão, pois, estas que “(...) vezes sem conta, vêm pondo a nu o manifesto desencontro entre o quadro legal actual e o paradigma preconizado pela concepção qualitativa do critério ético.”⁵⁵

O que retirar? Em nosso modo de ver, se, mesmo quando alinhando com os argumentos de primeiro tipo, conseguimos admitir que a aplicabilidade do critério é passível de discussão, não nos parece ser de todo possível contornar a insuficiência que lhe opõe a segunda crítica. O direito das contraordenações, pelo menos no seu atual estado, não se resume a condutas ou ilícitos sem um conteúdo ético-social.

E é tal evidência que nos leva, tal como a Nuno Brandão, à sua seguinte e pertinente interrogação: se a realidade do direito das contraordenações extravasa a teoria em apreciação, deveremos procurar conformá-lo e fazê-lo “regressar” aos limites originais, ou, pelo contrário, procurar além desta?⁵⁶

Antes de apresentarmos resposta, há que notar que esta é uma dúvida que se pode também aplicar a outras teorias, em específico, àquelas que veem a sua definição extravasada, com

⁵⁴ “É óbvio que no direito contra-ordenacional português pululam infracções de cariz eminentemente ordenacional que cobrem condutas em relação às quais dificilmente se descortinará qualquer significado axiológico. Tal sucede sobretudo no âmbito da regulação das relações entre os particulares e a administração, que constantemente desponta nos mais variados domínios normativos. Prescrições legais que, referidas a essas relações, punem a falta de apresentação ou de actualização de dados ou documentos, o cumprimento fora do prazo, a falta de prestação de informações, a ausência de comunicação prévia, a não obtenção de títulos ou de licenças, enfim, a não observância de obrigações deste jaez são, como é natural, uma constante da nossa legislação contra-ordenacional e ligam-se muitas vezes, embora nem sempre, a condutas axiologicamente incolores. A par deste tipo de normas contra-ordenacionais muitas outras existem, porém, que correspondem a factos aos quais se liga uma função de protecção de autênticos bens jurídicos que de modo algum podem qualificar-se como eticamente indiferentes, frequentemente com um referente constitucional e que não raro também são apodados de bens jurídico-penais pela doutrina penal.” - BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 270.

⁵⁵ Como exemplos dá o autor “Entre as matérias que teremos oportunidade de referenciar ao longo da nossa investigação, são, por exemplo, qualificadas como contra-ordenação condutas como a violação do dever de assegurar que todas as dádivas de sangue são submetidas à análise da presença de infecções de hepatite B e C e de HIV, a inobservância dos cuidados que visam garantir a qualidade e segurança do sangue e dos componentes sanguíneos da qual decorra perigo grave ou dano para a saúde individual ou pública, ou a recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, bem como a recusa ou a limitação de acesso a cuidados de saúde fundadas na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica.” - BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, págs. 270 e 271.

⁵⁶ *Ibidem* pág. 277.

a reserva de que, nesses casos, não seria tanto um regresso aos limites originais, mas antes uma conformação à definição proposta. Em teoria e de si, em nosso modo de ver, nada impede que se conforme o direito das contraordenações a uma certa definição⁵⁷, que se transforme, por exemplo, este ramo no direito sancionatório das atividades reservadas que propõe José Lobo Moutinho⁵⁸ (cujo maior pecado, parece-nos, até, ser a falha na representação da totalidade do campo contraordenacional).

Não poderíamos apoiar, todavia e tal como Nuno Brandão⁵⁹, um “regresso” à orientação do critério ético-social. Mesmo que concedêssemos olvidar todos os problemas de índole prática que tal ambição representaria, que certamente não seriam o menos, continuaria a não nos ser possível outra posição, pois acompanhamos decisivamente o autor quando afirma que, para que o direito penal possa exercer a sua função, “(...) [a] de tutela subsidiária de bens jurídicos com dimensão constitucional”⁶⁰, tal não pode suceder. Isto porque, sucintamente, limitando o direito das contraordenações a tal conceção, inevitavelmente se afeta o campo de intervenção do direito penal, fruto da relação que ambos partilham e cuja análise é precisamente o objeto do nosso próximo ponto.

⁵⁷ Embora tal seja altamente improvável de suceder – cf. infra “Direito das Contraordenações e o Princípio da *Ultima Ratio*.”

⁵⁸ MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, págs. 59 e ss. Cf. também infra notas (#118) e (#119).

⁵⁹ BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, págs. 277 e 278.

⁶⁰ *Ibidem* pág. 278 - Esta ideia é essencial à posição que apresentamos na nossa tese e é desenvolvida no último ponto.

O direito penal e o direito das contraordenações

Referi na introdução que participaríamos numa cruzada com mais de dois séculos, isto quando o período de existência do direito das contraordenações não totaliza sequer um. Tal aparente incongruência é, na verdade, o assumir de uma posição: que a separação de crime e contraordenação representa o atual capítulo de uma história maior, sendo essa a distinção material do direito penal de uma outra categoria de ilícito. A história, como coloca Manuel da Costa Andrade, de (...) [um]a linha de fronteira entre um *direito penal* que tem mantido a sua *identidade*, e outro (ou outros) espaço jurídico-repressivo, historicamente mutável (...)”⁶¹. A história, então, da linha de fronteira que separou direito penal de polícia, direito penal administrativo e agora direito das contraordenações, do direito penal clássico ou de justiça⁶².

De notar que não é uma relação de continuidade semântica⁶³ que procuramos estabelecer. Apenas se aponta que, quando Feuerbach tenta distinguir o delito de polícia do delito criminal, ou quando Goldsmith procura separar o ilícito administrativo do ilícito criminal⁶⁴, é difícil não reparar na semelhança de exercícios que, embora necessitem de ser compreendidos consoante o substrato filosófico, político e jurídico próprio das épocas, partilham, no mínimo, o objetivo formal (divisão de dois campos) e a identidade de uma das suas partes (direito penal de justiça). Semelhanças essas que levam José de Faria Costa a afirmar que “o que sempre tem estado em discussão, independentemente das épocas e contextos económicos, culturais e sociais, é em nosso modo de ver, a tentativa

⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*”, pág. 79.

⁶² Figueiredo Dias caracteriza este último na seguinte afirmação: “Em terceiro lugar, a de que bem jurídicos há que, sendo concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, formando o corpo daquilo que com razão se designará por «direito penal clássico ou de justiça».” - DIAS, Jorge de Figueiredo, “*O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*”, pág. 23.

⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*”, pág. 79.

⁶⁴ Para um resumo destas experiências cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*”, págs. 79 e ss. e 85 e ss., DIAS, Augusto Silva, *Direito das Contra-ordenações*, págs. 9 e ss e BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, págs. 22 e ss.

de encontrar um critério material distintivo entre o direito penal e aquela outra realidade normativa (...).⁶⁵

Também não é, no entanto, com o objetivo de recuar e analisar os detalhes destas anteriores experiências que as trazemos à colação - tarefa que, muito embora relevante, não nos seria aqui possível por motivos de extensão e oportunidade. O nosso intuito é, antes sim, chamar à atenção para aquela que é, no fundo e então, a continuada reiteração de uma discussão. E, fazemo-lo, porque a interpretação deste fenómeno revela um aspeto que consideramos absolutamente essencial para a consideração do tema.

É Faria Costa que a explica: segundo o autor, a recorrência da discussão é um sinal de que a problematização do direito das contraordenações⁶⁶ é uma forma não aparente de se pensar o direito penal.⁶⁷ Por palavras suas, “(...) a recorrência de que falamos não é propriamente só a problematização sobre um tema periférico mas antes o aprofundamento de uma leitura de todo o discurso jurídico-penal. E este é o ponto crucial. Por formas laterais – o que não quer dizer, como se julga ter demonstrado, de menor importância - os autores interrogam-se sobre a própria disciplina.”⁶⁸

O que se pretende estabelecer é, então, que é necessário ter em conta que a discussão sobre a natureza da contraordenação está motivada, orientada e condicionada por uma questão de fundo, a da natureza do direito penal. Tal não quer dizer, atenção, que a relação seja apenas de sentido único. Não o poderia ser porque, a partir do momento em que se define qualquer um dos ilícitos, seja o criminal ou o contraordenacional, criam-se repercussões diretas na área que o outro abarca, tal como regista Nuno Brandão⁶⁹. O nosso ponto essencial é, pois, como nota autor, que “(...) direito penal e direito contra-

⁶⁵ COSTA, José de Faria, “*A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*”, pág. 140.

⁶⁶ E daqueles que ocuparam, em tempos idos, o seu lugar.

⁶⁷ COSTA, José de Faria, “*A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*”, págs. 140 e ss.

⁶⁸ *Ibidem* págs. 142 e 143.

⁶⁹ “Não pode, na verdade, pretender-se atribuir-se uma certa função ao direito das contra-ordenações e esperar que tal não tenha depois repercussões sobre a definição da matéria criminal. Será sobretudo assim quando se conceba um direito sancionatório público dirigido às relações entre os particulares e, numa vertente externa, entre estes e o Estado composto exclusiva ou, pelo menos, fundamentalmente pelo binómio crime / contra-ordenação.” - BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 278.

ordenacional estão de tal modo imbricados um com o outro que a determinação do papel e do conteúdo de cada um deles deve ser pensada em conjunto, de forma integrada.”⁷⁰.

⁷⁰ *Ibidem.*

O que é, então e afinal, a heterogeneidade das contraordenações?

Num primeiro momento, chegámos a acreditar que a heterogeneidade do direito das contraordenações, que parece condenar qualquer tentativa de caracterização dogmática à insuficiência, seria uma evolução recente, consequência da frenética expansão que este ramo tem vindo a sofrer no nosso ordenamento jurídico.⁷¹ Contudo, a dinâmica que acabámos de expor, aliada a análise histórica, levaram-nos no sentido inverso. Ou seja, ainda que tal tendência se possa ter vindo a exacerbar no direito contraordenacional português, cremos que, em boa verdade, a heterogeneidade da contraordenação está inscrita no seu ADN e, isto, por se tratar de uma consequência natural dos seus desígnios.

Observemos, pois, a experiência contraordenacional alemã, que, como é sabido, não só está na origem formal da contraordenação, como foi fonte de inspiração direta do nosso direito de mera ordenação social e cuja à influência (no que à heterogeneidade diz respeito) este não parece ter escapado.

A experiência contraordenacional alemã

O direito das contraordenações, como se sabe, tem a sua origem formal em 1949, na Alemanha Ocidental, com a publicação da Lei de Simplificação do Direito Penal Económico (“Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz)”). Num movimento em que é figura incontornável Eberhard Schmidt, o legislador alemão procura resolver o caos jurídico herdado do regime nazi, cujo intervencionismo total e permanente, aliado à desconfiança do poder judiciário, havia levado à massificação das penas de ordem⁷², em preterição do Estado de Direito e da teoria do bem jurídico.⁷³

⁷¹ “Mas, em finais da última década do século passado e na primeira deste novo século, eis, em Portugal, aquilo que se pode realmente chamar de estado contra-ordenacional hiperexpandido. Na verdade, se bem pensarmos, não há campo de actuação, sector de actividade que, em um ou dois diplomas legislativos, não tenha perto de pelo menos uma dezena de contra-ordenações” - VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, pág. 193.

⁷² “A situação agravara-se durante o período nacional-socialista por via da acentuação de uma orientação dirigista da económica que culminou na cominação para certas infracções de “penas de ordem” (Ordnungsstrafe) cuja aplicação competia a autoridades administrativas.” - DIAS, Augusto Silva, *Direito das Contra-ordenações*, pág. 16.

⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, págs. 92 e ss.

De notar, como explica Costa Andrade, que “o clima de reforma era, no pós-guerra, agitado por duas correntes aparentemente antinómicas: de um lado, a necessidade – que as tarefas de reconstrução tornavam particularmente instante – de continuar a assegurar legitimidade e eficácia à intervenção do Estado na vida económica; de outro lado, e inversamente, a necessidade de esconjurar os fantasmas do totalitarismo e «libertar o direito penal económico de todas as perversões da ditadura nazi»⁷⁴.

A solução encontrada pelo legislador alemão é, então, a contraordenação. Eberhard Schmidt, alicerçado na doutrina do direito penal administrativo de Goldsmith e de Wolf (embora com as devidas diferenças⁷⁵), estabelece-a com base em dois princípios: a diferença material do delito administrativo e do delito de justiça, e, em conformidade, a diferença das respetivas sanções. Crime e contraordenação teriam, então, um ilícito e uma culpa de conteúdos diferentes, com sanções distintas tanto em finalidade, quanto em função.⁷⁶

Interessa-nos, sobretudo, reparar que o problema da sua heterogeneidade surge logo escassos anos após a sua entrada em cena. Vejamos. Embora quando introduzida, em 1949, estivesse concebida e reservada para o direito económico, logo em 1952, com a publicação da primeira lei-quadro das contraordenações (OWiG – Gesetz über

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 93.

⁷⁵ “(...) entre a doutrina das contra-ordenações de EB. SCHMIDT e a doutrina de GOLDSMITH, subsistem, a par de significativos aspectos comuns, importantes margens de descontinuidade. Tal como EB. SCHMIDT a concebe, toda a contra-ordenação se reconduz linearmente ao Direito Penal Administrativo de GOLDSMITH. Mas já a inversa não é verdadeira. E é aqui que EB. SCHMIDT assume um papel inovador. Ao distinguir, no domínio específico do direito económico, entre *crime* e contra-ordenação, SCHMIDT, rompia de forma irreversível a unidade conceitual do Direito Penal Administrativo e, sobretudo, negava a homogeneidade jurídica das respetivas infracções.” - ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, pág. 95.

⁷⁶ “Em primeiro lugar, o delito administrativo (sc., a contra-ordenação) distingue-se materialmente do delito de justiça. Não está em causa uma questão de grau, à luz do qual a contra-ordenação constitui um insignificante delito de bagatela. A diferenciação tem, isso sim, carácter qualitativo e não quantitativo. Em suma, “a contraordenação não é um delito bagatelar”; donde, a sua relação com o facto criminal não é de “minus para plus, mas de aliud para aliud”. Esta diferença de natureza que torna crimes e contra-ordenações em infracções de espécie distintas deriva de um ilícito e de uma culpa com conteúdos diferenciados. Em segundo lugar e em conformidade com a diferenciação ora acabada de assinalar quanto aos tipos de infracção, a sanção contra-ordenacional também se distingue materialmente da pena criminal, tanto quanto à sua finalidade, como quanto à sua função. “Também aqui trata-se não de uma relação de minus para plus, mas de aliud para aliud” - BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 46.

Ordnungswidrigkeiten), esta limitação é removida e a contraordenação é transformada num verdadeiro instrumento geral disponível ao Estado na sua atividade intervencionista e conformadora.⁷⁷ Segue-se, pois, um frenético recurso a esse novo instrumento, com o legislador alemão a expandir o direito de mera ordenação social a inúmeros sectores de atividade⁷⁸, em função, não só de um intervencionismo ora alargado, mas também, de uma ampla e paralela corrente de descriminalização.⁷⁹

Dados estes desígnios, cremos que dificilmente poderia ser outro o destino do direito das contraordenações que não a heterogeneidade e a perda de coesão. Repare-se que, de si, o leitmotiv da descriminalização já tem o potencial de abranger largas áreas de ilícitos. O simples facto de se querer retirar da esfera do direito penal uma conduta, ou uma série de condutas, não garante que estas tenham entre si um sentido de unidade e coesão, ou seja, que tenham algo mais em comum que a não pertença à esfera penal. Acrescentando-se, ainda, toda a função intervencionista a esse leque de condutas descriminalizadas, ficam à vista os motivos que levam Tiedemann e Lang-Hinrichsen a constatar, respetivamente, que “o direito das contra-ordenações se [havia] convertido num reservatório de recolha (Sammelbecken) de infracções de proviniência muito díspar.” e a coima, “numa espécie de bombeiro, de rapariga-para-todo-o-serviço.”⁸⁰

Certo é que todo este desenvolvimento culminaria no abandono por parte da lei do critério qualitativo lançado por Eberhard Schmidt (que aí havia estado, até então, expressamente consagrado) e à sua substituição por um inócuo critério nominal.⁸¹ Tal decisão era, no fundo, o assumir da falência deste primeiro critério, levando o seu próprio autor a

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 96.

⁷⁸ VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, págs. 107 e ss.

⁷⁹ Aquela corrente de afirmação das contra-ordenações, que relevava sobretudo da expansão intervencionista do Estado na vida económico-social e que não parava de engrossar, juntava-se entretanto um outro caudal que tinha a sua origem no próprio movimento da reforma penal. Reactivada nos princípios da década de sessenta, esta moveu-se sempre sob o leitmotiv da *descriminalização*.” - ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, pág. 96.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 97 e nota 87.

⁸¹ Com a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) de 1968*. Cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, págs. 87 e ss.

reconhecer que ele havia caído e no seu lugar reinava um critério quantitativo, que resultava de uma “abusiva manipulação do legislador”⁸².

O que se retira da experiência alemã é, então, que, numa expressão pertencente a Alexandra Vilela, a contraordenação acaba por exercer um autêntico «efeito íman»⁸³, agregando vários polos de ação e chamando a si diversos ilícitos com diferente conteúdo, o que faz com que esta perca qualquer semblante de unidade e rapidamente extravase o critério qualitativo pelo qual se havia organizado até então. Cremos que tal efeito se deve aos desígnios que a contraordenação assume e que o motivo pelo qual os assume se prende com a relação que partilha com o direito penal, ou seja, com o espaço que vem ocupar perante este. Mas, antes de desenvolver esta ideia (ideia que está, adianta-se, no cerne da nossa tese) tomemos, ainda e brevemente, nota do cenário contraordenacional português, de modo que se possam constatar as devidas semelhanças.

A experiência portuguesa

O ilícito de mera ordenação social chega até ao nosso ordenamento jurídico no âmbito da ampla reforma penal que se inicia nos anos 60, por importação direta e assumida da experiência alemã⁸⁴, num movimento encabeçado por Eduardo Correia.

Interessa-nos registar, sobretudo, que os mesmos motivos animaram o legislador português na sua consagração do direito de mera ordenação social. Tal fica evidente com a leitura do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, que o institui, onde se escreve que “O direito de mera ordenação social é uma consequência da confluência de duas ordens de factores: a superação definitiva do modelo do Estado liberal, por um lado, e o conhecido movimento de descriminalização, por outro.” Ou seja, as diretivas da descriminalização e de uma ampla intervenção estadual assumem-se, também em Portugal, como os grandes objetivos deste outro e, na altura, novo direito sancionatório.⁸⁵

⁸² VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, pág. 108.

⁸³ *Ibidem*, pág. 107.

⁸⁴ “E foi este [o modelo alemão], pode asseverar-se com plena segurança, o modelo tido ante os olhos pelo Prof. Dr. EDUARDO CORREIA quando procedeu à elaboração dos Projectos de reforma do nosso direito penal.” - DIAS, Jorge de Figueiredo, “*O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*”, pág. 21.

⁸⁵ “O direito de ordenação social resultou dos efeitos convergentes de dois fenómenos de diferente natureza: por um lado, a consagração e efetivação do **Estado de Direito Social**; por outro lado, a afirmação de uma

Natural é, então, que a contraordenação não tenha escapado ao destino que teve na Alemanha, pelo menos, no que toca ao fenómeno da heterogeneidade. Como já aqui demos nota, o direito das contraordenações disseminou-se por todas as áreas da vida e a distinção qualitativa em que este se ergueu, dificilmente consegue continuar a sustentá-lo...

Direito das contraordenações e o princípio da *Ultima Ratio*

Eis o nosso percurso pelo direito das contraordenações. Por força do princípio da jurisdicionalidade, víamo-nos obrigados a descobrir um critério que conseguisse afastar legitimamente crime e contraordenação, assegurando a sua autonomia e constitucionalidade.⁸⁶ No entanto, não lográvamos, de modo algum, identificar na contraordenação uma diferença essencial, nem, muito menos, uma que se pudesse aplicar a todo o campo contraordenacional. Antes, nesta figura, encontrávamos uma amálgama de ilícitos que, não raramente, pouco tinham em comum e, isto, reconhecemos estar inscrito na sua história. Uma história que nos parecia ser reflexo do único elemento que tínhamos por seguro: a estreita e intensa relação que direito penal e direito de mera ordenação social exercem.

Que conclusões retirar?

Na figura da contraordenação encontram-se condutas às quais, tal como aos crimes, se atribui uma tutela sancionatória. No entanto, nesta, opta-se por uma intervenção não penal. Ora, como ficou explicado, esta decisão não poderá ser arbitrária ou (o que é dizer o mesmo) meramente formal, carecendo, então, de uma justificação legítima. Não nos parece, como foi exposto, que se possa encontrá-la recorrendo à existência, à priori, de uma diferença essencial nas suas condutas ou ilícitos. Antes, defendemos que a resposta tem a sua base na natureza da tutela penal e nos critérios que a guiam.

nova política criminal que procurou reconduzir o direito penal a um verdadeiro último recurso da política social e da política jurídica.” - CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, pág. 132.

⁸⁶ Cfr. infra “A autonomia e legitimidade do direito das contraordenações”.

Estabelece o princípio da *ultima ratio*⁸⁷, consagrado no art. 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa⁸⁸, que o direito penal apenas deverá intervir quando estritamente necessário. O motivo é, essencialmente, o seguinte: a sanção penal, como manifesto derradeiro do *ius puniendi* do Estado, representa a mais grave afronta pública aos direitos do Homem, mormente, ao seu direito à liberdade (com a pena de prisão), pelo que o seu emprego deverá ser o mais limitado possível.⁸⁹ Estamos, pois, perante um dos princípios basilares do direito penal moderno e, a sua afirmação como tal, muito deve ao ideário iluminista⁹⁰ e à Revolução Francesa - é a resultante *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 que declara, pela primeira vez, que a lei não pode estabelecer penas que não as estritamente e evidentemente necessárias.⁹¹

Desta premissa maior da *ultima ratio* (ou da intervenção mínima) do direito penal retiram-se várias conclusões. Desde logo, o princípio obriga a que se limite a intervenção penal a uma tutela essencial, que é o mesmo que dizer, a uma tutela de ataques relevantes a bens jurídicos detentores de dignidade penal, ou seja, fundamentais (princípio da fragmentariedade).⁹² Mas não só. Ela exige, também, que se tenha em conta a necessidade e a eficácia desta intervenção e, isto, independente da essencialidade (ou

⁸⁷ Também conhecido como o princípio da intervenção mínima.

⁸⁸ Que dispõe que *a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

⁸⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, págs. 64 e ss.

⁹⁰ Já ensinava Beccaria, “Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade - diz o grande Montesquieu - é tirânica. Proposição que pode tornar-se mais geral da seguinte forma: todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares.” - BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, pág. 64.

⁹¹ Pode ler-se no seu artigo oitavo: *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.*

⁹² Cf. Taipa de Carvalho, “Assim, só deverão ser assumidos e qualificados como bens jurídico-penais os valores considerados, pelo ethos social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade.” - CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, pág. 64 - e Roxin, “En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal.” - ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, I, pág. 66.

fundamentalidade) que se possa identificar nos bens e nas respetivas agressões.⁹³ O que significa que, para que a intervenção penal seja válida, à luz deste princípio e dos seus corolários, é obrigatório que nela se reconheça, também, um efeito prático positivo (numa ideia de eficácia⁹⁴) e que este efeito não possa ser igualmente garantido por outros meios (princípio da subsidiariedade⁹⁵).

Do que se depreende, então, que nem toda a carência de tutela sancionatória, nem mesmo aquela que se regista em relação a bens com dignidade penal, é meritória da intervenção penal. Com efeito, os princípios que a guiam podem exigir que esta se afaste e, até mesmo, que se recorra a meios alternativos para suprir essa carência. Isto porque, estando o legislador adstrito ao princípio da subsidiariedade do direito penal, caso identifique mecanismos alternativos que, a existirem, permitam afastar a intervenção penal, o legislador passa, também e verdadeiramente, a estar vinculado a optar pelos mesmos. Por outras palavras, passa a estar obrigado à sua consagração e ao seu emprego.

É precisamente nesse momento que ganha espaço a tutela contraordenacional.⁹⁶ A necessidade de tutela sancionatória, aliada à inexistência da carência de uma sanção

⁹³ “Não basta, contudo, para a qualificação de um bem como bem jurídico-penal, que ele seja assumido pela consciência ético-social como fundamental, isto é, que tenha “dignidade penal”. É ainda, necessário que o recurso às penas seja considerado indispensável e adequado à protecção daqueles bens jurídicos fundamentais.” - CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, pág. 65.

⁹⁴ “Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente.” ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, I, pág. 66.

⁹⁵ Cf. Taipa de Carvalho, “Indispensável quer dizer que a tutela daqueles bens fundamentais só pode ser conseguida através do recurso às penas criminais;” - CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, pág. 65 - e Roxin, “El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”. - ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, I, pág. 65.

⁹⁶ Como explica Alexandra Vilela, “Com efeito, se por força de uma ideia de fragmentariedade de segundo grau admitimos que o direito penal não tutela absolutamente todas as formas de ataque aos bens jurídico-penais, então, por maioria de razão, teremos de aceitar que, quando o legislador prescinde da tutela do direito penal, poderá dar-se o caso de outros direitos sancionatórios pretenderem concorrer para as

penal, explicam e justificam o recurso à tutela contraordenacional. Com efeito, como coloca Alexandra Vilela, “(...) a inexistência de carência de pena pode, eventualmente, deixar em aberto a carência de sanção contra-ordenacional”⁹⁷. Eis, então, o direito das contraordenações. Uma tutela sancionatória alternativa, legitimada e exigida pelo princípio da intervenção mínima da tutela penal, ou seja, uma resposta à necessidade de uma tutela sancionatória não penal. É, pois, este o elemento comum a todas as contraordenações e é precisamente ele que permite justificar a sua autonomia face ao ilícito criminal.

A partir desta noção se começam a compreender e relacionar os pontos anteriores. No coração do direito contraordenacional impera a *ultima ratio* do direito penal. É esse o substrato que lhe dá vida, é daí que ele subsiste. Por esse motivo estão os dois tão entrelaçados: trabalhar sob o direito contraordenacional é trabalhar sob o princípio da *ultima ratio* e, pensar este princípio, é sinónimo de pensar direito penal. É desbravar uma noção que se tem como firme (que a intervenção penal se procura fragmentária e subsidiária), revelando de um lado direito das contraordenações e do outro direito penal, numa aquisição conjunta que, em última análise, permite melhor conhecer ambos.

E, se o princípio restringe o direito penal, então, no mesmo passo, tende a encaminhar o direito de ordenação social no sentido inverso, numa força contrária e resultado natural daquela que se exerce sobre primeiro. Daí que a história do direito das contraordenações tenha sido a observada. O reverso da medalha de um direito penal que se procura mínimo e limitado, com um apertado critério para a inserção de ilícitos, é a abrangência e a expansão do direito contraordenacional, para onde acabam inseridos e expurgados os ilícitos e os fins que não se lhe adequam.⁹⁸ O reverso da medalha de um direito penal de justiça que se tem mantido largamente uno e coeso ao longo de 200 anos é a variabilidade

sancionar.” - VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, pág. 265.

⁹⁷ *Ibidem*. É por este motivo que Alexandra Vilela introduz uma nova categoria dogmática que apelida de «carência de sanção contra-ordenacional». Para a autora, esta categoria apenas diz respeito à segunda categoria de contraordenações que desenha. – Cf. infra nota (#105).

⁹⁸ Por exemplo e concretizando, a ideia de que o direito das contraordenações se deverá ocupar de condutas sem relevância ética, parte, no fundo, da conceção de que o direito criminal, em obediência a uma intervenção mínima, as deve rejeitar, apenas se ocupando das que a têm - ideia patente no direito penal de justiça.

e a instabilidade das áreas que lhe são limítrofes. A outra face do princípio da intervenção mínima, que há longa data acompanha o direito penal moderno, é, hoje, o direito das contraordenações e, em tempos idos, as outras experiências que o ladearam.

É bom de ver que não estamos sozinhos, nem a ideia é propriamente nova. Com efeito, o carácter de *ultima ratio* do direito penal está presente no pensamento de vários autores, quer de forma expressa, quer de forma indireta. Temos como exemplo mais próximo Roxin, que através desta via organiza fundamentalmente a separação de crime e contraordenação.⁹⁹ Com efeito, para o autor, “*En virtud de la subsidiariedad de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue.*”¹⁰⁰ Assente nesta noção, Roxin sugere depois situações em que tal deva acontecer.¹⁰¹

Outros autores recorrem ao princípio da subsidiariedade de forma parcial. É o caso de Taipa de Carvalho. Resumidamente, eis seu modelo: numa primeira linha, defende uma distinção material assente na diferença entre a fundamentalidade, num dado momento histórico-cultural, dos valores ou bens jurídicos tutelados¹⁰²; numa segunda, reconhece

⁹⁹ ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, I, págs. 49 e ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 66.

¹⁰¹ “*Así sucede sobre todo en caso de delitos que suponen sólo un menoscabo insignificante de bienes jurídicos (cfr. los §§111 ss. OWiG). Pero también hay que considerar esa posibilidad cuando una conducta, pese a causar un daño a veces considerable, sólo muestra un escaso contenido de desvalor ético; así en el caso de la imprudencia insignificante, que hoy se castiga muchas veces como infracción criminal, su sanción como contravención podría cumplir la misma función de protección, tanto más cuanto que el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo. En otros casos —p.ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente— los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual.*” – *Ibidem*. Independentemente de se concordar o autor nas razões que oferece, alguma delas baseadas em noções já ultrapassadas (personalidade das penas e culpa penal – cf. SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*), é este o método que defendemos.

¹⁰² “Também o direito de ordenação social protege valores ou interesses sociais, e também as condutas qualificadas como contra-ordenações são, em si mesmas, axiológico-socialmente e ético-socialmente, relevantes e censuráveis. Só que, diferentemente do direito penal, uma grande parte dos valores ou bens jurídicos, protegidos pelo direito de ordenação social, não pertencem à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária e da realização pessoal (i.e., não atingem a categoria da chamada “dignidade penal”), estrutura que é o objecto do próprio direito penal.” - CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, pág. 161.

que o princípio da subsidiariedade pode ditar que, mesmo as condutas que ponham em causa bens fundamentais, possam vir a ser tuteladas pelo direito das contraordenações.¹⁰³ Em posição semelhante se apresenta Alexandra Vilela. Em síntese, a autora defende um critério dual para delimitar crime e contraordenação. Num primeiro grupo de contraordenações, a divisão deverá operar-se em função da inexistência de um conteúdo ético-social (e por isso dignidade penal).¹⁰⁴ Num segundo, no qual este se verifica, a delimitação prende-se com a carência de sanção contraordenacional¹⁰⁵ - que se traduz no registo de uma necessidade de sanção acompanhada por um não merecimento de pena - ora, pois, a *ultima ratio*.¹⁰⁶

Costa Andrade, por sua vez, reconhece que, a final, a decisão resulta de uma ponderação das categorias dogmáticas e político-criminais da dignidade penal e da carência da tutela penal¹⁰⁷, que, em última análise, “(...) são categorias pragmáticas, abertas à ponderação da realidade, tanto em sede de diagnose como de prognose, e, por isso, expostas ao risco do erro e da variabilidade.”¹⁰⁸. Por esse motivo o autor conclui que “saber se um dado perigo pode ser suficientemente prevenido através das sanções civis ou de ordenação

¹⁰³ “Mas dissemos que esta diferença qualitativa se verificava em relação a uma grande parte do direito de ordenação social; portanto, não vale para a totalidade das contra-ordenações, o que, por outras palavras, significa que o critério qualitativo ou da distinção material é apenas tendencialmente verdadeiro. E isto porque, como o já referimos, pode haver condutas que, apesar de lesarem ou porem em perigo os tais valores fundamentais, i.e., apesar de terem “dignidade penal” (poderem ser criminalizadas), não são qualificadas como crime, mas sim como contra-ordenação, pelo facto de o legislador entender como suficiente e adequada a sua punição contraordenacional.” – *Ibidem*, pág. 162.

¹⁰⁴ “Em todas as contra-ordenações destinadas à ordenação e promoção da ordenação do viver comunitário, isto é, aquelas contra-ordenações que se traduzem em meras desobediências às ordens legítimas das autoridades e quando estejam em causa a violação de deveres administrativos, ou ainda de outra forma, as destituídas de conteúdo ético-social, vale como critério distintivo, face aos crimes, aquele que nos mostrou FARIA COSTA. Por isso, não temos dúvidas em afirmar que, nessa parte do direito contra-ordenacional, a distinção que tem por base uma concepção onto-antropológica do direito penal e que daí arranca para a distinção entre crime e contra-ordenação não só é válida, como é aquela que deve ser aceite.” - VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, pág. 278.

¹⁰⁵ “Num segundo grupo de contra-ordenações, onde se esconda a protecção a um bem jurídico com dignidade penal, e que por isso mesmo chamamos contra-ordenações com conteúdo ético social, a categoria da carência de sanção contra-ordenacional servir-nos-á de guia, por forma a percebermos se a conduta deve ser criminalizada ou apenas contra-ordenacionada.” – *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pág. 265. Esta é essencialmente a ideia que defendemos para todas as contraordenações.

¹⁰⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, págs. 105, 106 e 107.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 107.

social ou se, pelo contrário, reclama a *ultima ratio* que são as reacções criminais, eis uma questão onde não podem esperar-se respostas unívocas nem soluções vinculadas”.¹⁰⁹

Tomando as posições destes três últimos autores, se bem colocamos as coisas, eles recorrem à *ultima ratio* (e, em específico, à subsidiariedade do direito penal) como critério último (ou alternativo), lá onde o critério principal e claro que propõem não consegue diferenciar crime e contraordenação, admitindo que a questão, em última instância, se prende com o referido princípio.

Tendo em conta o que já aqui dissemos, é certo e evidente que estamos de acordo que a delimitação de crime e contraordenação passa, derradeiramente, por este princípio. Mas assim sucede em todas as contraordenações e não só nas situações em que os autores a invocam diretamente. Em todas se explica o porquê de não se dever aplicar o direito penal, por razões que, em modo último, encontram a sua raiz na intervenção mínima da tutela penal. Simplesmente, numa maioria (ou numa parte), ou seja, nas situações em que o princípio não é invocado, os autores logram apresentar e desenvolver um critério concretizador desse princípio.

Com efeito e por exemplo, parece-nos que o critério principal sugerido por Taipa de Carvalho, bem como o primeiro dos critérios de Alexandra Vilela, são, no fundo, aplicações do princípio da fragmentariedade. Repare-se que neles se afasta a intervenção penal (e escolhe a contraordenacional) porque os bens jurídicos protegidos não são fundamentais ou porque não têm um conteúdo ético, ideia que, bem vistas as coisas, é uma maneira de explicar o porquê de não ser essencial a sua tutela, ou seja, o porquê de se aplicar o princípio da fragmentariedade e por esse motivo se afastar o direito penal.

¹⁰⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, págs. 106 e 107.

Como se constrói, então e em termos práticos, a tutela contraordenacional?

A tutela contraordenacional (que corresponde sempre a uma necessidade de tutela sancionatória não penal, embora o inverso não seja verdade¹¹⁰) tem de ser construída em dois passos. Primeiro, há que reconhecer a necessidade de uma tutela sancionatória. Tal como acontece no direito penal, esta existe, invariavelmente, em função da proteção de bens jurídicos - já aqui nos pronunciámos, determinadamente, contra a possibilidade de construir um direito sancionatório que não lhes esteja associado.¹¹¹ Com efeito, mesmo nas contraordenações que, aparentemente, apenas prosseguem meros interesses administrativos, como por exemplo, a contraordenação por estacionamento proibido, se pode (e deve!) reconhecer a tutela de valores constitucionais, de bens jurídicos associados a esses interesses – *in casu*, a organização das ruas e do trânsito de modo a garantir o livre e seguro movimento¹¹². É esta associação que lhes confere a sua legitimidade, pois, como se registou¹¹³, uma norma desligada da proteção de um bem jurídico não se distingue de uma ordem déspota. E caso assim suceda, estaremos perante um problema geral de arbitrariedade e não perante um problema especial e exclusivo ao direito das contraordenações, como ensina ROXIN¹¹⁴, cujo tratamento, por esse motivo, se remete para outras instâncias¹¹⁵.

¹¹⁰ Embora toda a tutela contraordenacional pressuponha a necessidade de uma tutela sancionatória não penal, em boa medida, não se pode afirmar o inverso como algo perfeitamente equivalente, na medida em que nada impede que a necessidade de uma tutela sancionatória não penal seja suprida por outro mecanismo que não o direito das contraordenações.

¹¹¹ Cf. infra “*Teorias Qualitativas*”, págs. 9 e 10.

¹¹² Neste sentido, Roxin, “*Incluso una prohibición de aparcamiento tiene la finalidad de impedir un atasco de las calles y asegurar de ese modo el libre comercio y movimiento; por tanto protege un bien jurídico. Sólo sucede algo distinto cuando una regulación estatal sancionadora no permita reconocer ninguna referencia a los cometidos estatales de protección y orden.*” - Cf. ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, I, pág 57.

¹¹³ Cf. infra “*Teorias Qualitativas*”, págs. 9 e 10.

¹¹⁴ Cf. infra nota (#35).

¹¹⁵ Brevemente, explica Roxin: “*Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles. Por tanto no se puede p.ej. exigir bajo pena al ciudadano que tribute reverencia a algo como el sombrero de Geßler * o a otro símbolo cualquiera; pues ello ni sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios.*” - Cf. ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, I, pág 56.

Segundo, há que reconhecer a desnecessidade da intervenção penal, em função do princípio da *ultima ratio* ou da intervenção mínima¹¹⁶. Este passo sim, exige a nossa atenção especial. É verdade que, por si só, este elemento não é suficiente para definir a contraordenação. Isto porque, se nos parece seguro afirmar que toda a contraordenação existe, ou pelo menos, deve existir em função de uma desnecessidade da tutela penal, que, reforçamos, é o elemento legitimador partilhado por todo o ilícito contraordenacional, não se ignora que é depois preciso concretizar quando é que existe essa desnecessidade. E certamente que não nos podemos bastar com o simples facto do legislador ter consagrado uma contraordenação como tal, pois, desta forma estar-se-ia, para todos os efeitos, a aceitar uma mera definição circular¹¹⁷.

Eis a nossa maneira de ver as coisas. É nos seguro que toda a categorização como contraordenação pressupõe uma entrada em ação do princípio da *ultima ratio*. Mas, e tocando no cerne da questão, os motivos para que este entre em ação, os motivos pelos quais se afasta a tutela penal não são sempre os mesmos (e é precisamente esta a razão pela qual o direito das contraordenações tende, invariavelmente, para a heterogeneidade).

Diversas são as razões, em teoria, que se podem encontrar para a não penalização de uma conduta - quer seja porque se trata de meras bagatelas, de condutas/ilícitos sem relevância axiológica, de intervenção estadual, de atividades económicas reservadas, etc. O que se pretende assinalar é que é, então, nesta fase que podem e devem ser chamadas à colação as ideias tradicionais, às quais caberá, concertadamente, responder ao porquê de se afastar a tutela penal e, nesse sentido, orientar e sindicar o legislador na sua decisão. O proveito destas respostas, destes motivos, será tanto maior quanto consigam argumentar, numa mão, pela desnecessidade penal, noutra, pela opção do regime contraordenacional (uma vez que essa desnecessidade não implica necessariamente o recurso ao regime em questão). Por isso temos como bom exemplo a conceção de José Lobo Moutinho, na medida em que identifica um motivo sólido pelo qual se deve afastar a tutela penal

¹¹⁶ Quer seja na vertente da fragmentariedade (natureza não penal dos bens jurídicos), quer seja na vertente da subsidiariedade (possibilidade de uma tutela alternativa).

¹¹⁷ Se é contraordenação quando não existe necessidade de tutela penal e não existe necessidade de tutela penal quando é contraordenação...

(atividade económica reservada sujeita a autorização ¹¹⁸) que, simultaneamente, representa também um bom argumento pelo regime processual contraordenacional (ou seja, pela administrativização do respetivo processo).¹¹⁹

A chave deste entendimento é, então, permitir que se integrem várias respostas na explicação da realidade contraordenacional. Tal abordagem sempre nos pareceu ser manifestamente necessária¹²⁰ e, finalmente, cremos ter atingido o porquê. Porque é a única maneira de poder representar, fielmente, um direito sancionatório alternativo que subsiste da intervenção mínima do direito penal e no qual, por esse motivo, coexistem várias razões de ser.

A esta conclusão parecem chegar, também, os proponentes de um direito das contraordenações a duas velocidades¹²¹, na medida em que, na sua organização do fenómeno contraordenacional, recorrem a motivos distintos para o distinguir do delito

¹¹⁸ “Há, na verdade, actividades ou sectores de actividade, que, por comportarem especiais perigos para bens juridicamente protegidos (designadamente bens jurídicos penalmente protegidos), são subtraídos à liberdade geral de acção (incluindo a liberdade económica) assegurada pela ordem jurídica e submetidas a autorização ou licença e a vigilância institucionalizada. Em momento de massificação e aceleração da actividade social, os exemplos são muitos e variados: desde a condução na via pública à actividade financeira privada (banca, bolsa e seguros), passando pelas telecomunicações, televisão e radiodifusão, distribuição de diversos bens, etc.” - MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, págs. 61 e 62.

¹¹⁹ “A administração pública assume, então, um papel sem paralelo nos restantes sectores da ordem jurídica, pois que é chamada a desempenhar especiais funções de tutela, velando por que a actividade em causa se desenvolva pelo menos também em condições de segurança, ou se se quiser, de acordo com regras de segurança (em sentido amplo) para os bens jurídicos tutelados. É-lhe entregue a decisão sobre a concessão e manutenção da licença ou autorização, a qual estará sempre condicionada (ainda que não exclusivamente) pela existência (inicial e actual) de condições (de aptidão e outras) de cumprimento de tais regras de segurança.

Nesse caso, compreende-se (muito embora não seja a única solução ou, porventura, sequer, a melhor solução) a competência da administração, não apenas para vigiar ou fiscalizar o cumprimento das regras de segurança da actividade, mas mesmo para sancionar as infracções a tais regras.” – *Ibidem* pág. 62.

¹²⁰ Desde o nosso primeiro contato com a questão que éramos invadidos pela impressão de que várias das respostas podiam até estar corretas, isto se apenas fossem consideradas parcialmente...

¹²¹ DIAS, Augusto Silva, *Direito das Contra-ordenações*, pág. 35.

penal.¹²² Com efeito, fora uma evolução inesperada¹²³, que vá no sentido da restrição do direito de mera ordenação a uma área limitada e uniforme de não penalização, confinando-o num só motivo, parece-nos que o movimento da discussão neste sentido é inevitável. A um dado ponto, pode até ser suficiente a utilização de um único critério para fazer operar a distinção (no caso português, o critério ético-social) mas, como comprova a experiência histórica, dada esta natureza, difícil é que assim se mantenha.

Em suma, é apenas concebendo este ramo do Direito e os seus ilícitos como multifacetados nas suas razões (com todas elas sediadas na subsidiariedade e na fragmentariedade do direito penal, defendemos), que será possível atribuir ao fenómeno contraordenacional algum sentido de coerência e de correspondência real com a teoria. Tal interpretação sai à custa, claro, da concessão de que as respostas obtidas nunca serão fixas.¹²⁴ Antes, tal como o castigo de Sísifo, a contraordenação exigirá constante trabalho e esforço. Parafraseando um genial comentário de Alexandra Vilela, o direito de mera ordenação social não é, ele acontece, vai sendo.¹²⁵ O que, concretamente, representa todo um esforço doutrinário e jurisprudencial, desempenhado através dos dados fornecidos por

¹²² É o caso de Alexandra Vilela, quando sugere um critério dual, colocando de um lado, contraordenações neutras, de outro, contraordenações que concorrem no campo da dignidade penal por força do princípio da subsidiariedade. Frederico Costa Pinto também o parece reconhecer quando, parafraseando, identifica, ladeando um direito contraordenacional de natureza bagatelar e expedita, outro composto por ilícitos mais relevantes e sanções fortemente agravadas. – PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação. Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Maio de 1998”, pág. 126 e BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, pág. 302.

¹²³ Como já demos nota, o direito das contraordenações não tem vindo a encolher, antes pelo contrário. Cf. infra nota (#71)

¹²⁴ Concessão que vários autores já se demonstraram preparados para aceitar. Neste sentido, Costa Andrade, “Saber se um dado perigo pode ser suficientemente prevenido através das sanções civis ou de ordenação social ou se, pelo contrário, reclama a *ultima ratio* que são as reacções criminais, eis uma questão onde não podem esperar-se respostas unívocas nem soluções vinculadas”. - ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, pág. 107 – e Alexandra Vilela, “E é nisto que está presente, de forma permanente e pertinente, a recorrência. A eterna procura da melhor solução sob o ponto de vista sancionatório. Certos de que os planos da política criminal se encontram em revisão todos os dias.” - VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, págs. 278 e 279.

¹²⁵ VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, pág. 274.

várias ciências complementares e sob o qual se deverão fundar e avaliar as concretas decisões do legislador.¹²⁶

Nota final

Bem sabemos que não ficou lançado nenhum critério inovador capaz de, por si só, vir a resolver a divisão entre crime e contraordenação. É com alívio que registamos não ter partido com esse objetivo, até porque a nossa conclusão foi precisamente a oposta: para além do princípio da *ultima ratio*, dificilmente se pode esperar resumir o fenómeno contraordenacional num só critério. Mas, fora este pequeno grande detalhe, estamos convictos de ter atingido dois pontos importantes, que admitimos, independentemente do seu mérito, nos deixam com uma assinalável ideia de harmonia e progressão no processo académico, visto que representam o culminar, no momento final que é a dissertação, de dúvidas e desafios que nasceram com a primeira lição de direito das contraordenações.

Com efeito, aqui chegados, cremos compreender o porquê das nossas impressões iniciais a respeito do direito das contraordenações. O porquê da sensação de estarem ameaçadas a ordem penal e o processo moderno. O porquê da ideia de que as respostas estudadas até podiam estar corretas, mas apenas se tomadas em parte. O porquê da heterogeneidade e da hiper expansão contraordenacional. O porquê de direito penal e direito das contraordenações aparecem como duas faces da mesma moeda.

Por outro lado, cremos ter entendido como e onde procurar as respostas. Julgamos ter atingido tanto a necessidade como a justificação basilar do direito das contraordenações: a *ultima ratio*. No princípio (e em específico, na fragmentariedade e subsidiariedade da intervenção penal) confiamos ter identificado o elemento que lidera a sua separação.

Com o mote lançado, resta, pois então, a própria busca e a sua eterna confirmação, naquele que é o “castigo” inerente à contraordenação e a todas as figuras que ousem ocupar a sua posição.

¹²⁶ “O que significa a aceitação do fenómeno de permuta entre aquele e o direito contra-ordenacional, travada não de um modo arbitrário, mas sim perscrutando os fenómenos sociais, fazendo-os passar pelo estudo das disciplinas da política criminal e da criminologia, a fim de que, em momento posterior, possamos tomar posição sobre a necessidade de criação de um tipo legal de crime ou de uma contra-ordenação” – *Ibidem*, pág. 274.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa, “*Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, tradução de José de Faria Costa, revisto por Primola Vingiano, 5.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2017

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal : 5º Ano B – Noite, 1979-1980*, I, Lisboa, AAFDL, 1980.

BONHERT, Joachim, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2.ª ed., Berlin, De Gruyter, 2004.

BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra Editora, 2016.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais*, I, 3.ª ed., Porto, Universidade Católica Editora, 2016.

CORREIA, Eduardo, “*Direito penal e direito de mera ordenação social*”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

COSTA, José de Faria, *Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif-pénal*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1988.

- “*A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Augusto Silva, *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra, Edições Almedina, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

- “*Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*” in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

- *Direito penal português: parte geral, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal, I*, Lisboa, 1955.

- *Lições de Direito Penal: Parte Geral, I*, Lisboa, Verbo, 1997.

MACHADO, Miguel Pedrosa, “*Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

MATTES, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, II: Geltendes Recht und Kritik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982.

MIRANDA, Jorge *et al.*, *Estudos sobre a constituição, II*, Lisboa, Livraria Petrony, 1978.

MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações Ensinar e Investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “*O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

- “*A figura do assistente e o processo de contra-ordenação. Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Maio de 1998*”, RPCC, 2002, Fasc. 1.º, p. 105-128.

RODRIGUES, Benjamim da Silva, *Direito das contra-ordenações, legislação e jurisprudência fundamental: do regime do ilícito de mera ordenação social ao regime geral das infracções tributárias (com notas da evolução histórico-legislativa)*, Rei dos Livros, 2018.

ROXIN, Klaus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, I*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa, Editorial Verbo, 2009.

VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico.*, Edições Universitárias Lusófonas, 2022.