

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



O estranho caso da Reincidência nas Contraordenações

Soraia Batista

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Penal

Orientadora: Professora Doutora Inês Ferreira Leite

Lisboa

2019

Aos Eternos.

Agradecimentos

À Dra. Inês Ferreira Leite, não só por ter aceite o meu convite, mas principalmente pelos conselhos, opiniões e críticas tecidas a esta dissertação.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pela grandiosa Instituição que é, que tanto me deu e que para sempre lhe estarei grata.

À maior força da natureza que alguém já conheceu, minha querida avó Maria, que tem sido a minha fonte de inspiração. Queria eu chegar a ser um terço da pessoa que a avó é. Só isso posso desejar.

Resumo

O caso da reincidência nas contraordenações só se torna estranho quando refletimos sobre ele. A necessidade de se punir mais gravemente quem comete o mesmo crime duas vezes, surge como que instintivamente. É assim desde sempre e faz sentido para todos nós. As questões sobre o seu fundamento e os seus limites começaram a ser abordadas ao longo da história. As respostas que foram sendo encontradas são fundamentais para percebermos o papel da reincidência no Direito Penal e por elas cursaremos. O crescimento de um novo Direito Público Sancionatório, como é o Direito Contraordenacional, apesar de não ter nascido com esse destino, tem sido feito de forma cada vez mais próxima ao Direito Penal, motivo pelo qual tem chamado a si inúmeras figuras e princípios criados e pensados para o último. Foi o caso da reincidência, que foi transposta para o Direito Contraordenacional. O objetivo é então analisar os regimes da reincidência e o das contraordenações e verificar como tem sido feita a sua união, ou melhor, como tem sido tratada a reincidência, separada que fica do seio criminal. Ao contrário do que poderíamos pensar, a reincidência não foi chamada pelo Regime Geral, mas sim pelos regimes especiais. Após este estudo, percebemos que a transposição não tem sido feita de forma correta e as suas configurações são díspares e incongruentes. É aqui que o caso começa a ficar estranho, não só porque o RGCO nada diz, mas também porque os regimes especiais o dizem como lhes bem aprouver. E podem fazê-lo, pois são regimes especiais que derogam o regime geral. Agora sim, ficou estranho o caso da reincidência nas contraordenações. Percebemos que a solução passa pelo RGCO e pela intervenção que este deveria ter, bem como em que termos se deveria manifestar. A reincidência ainda faz sentido fora do Direito Criminal, mas nunca poderá perder a sua essência.

Palavras-Chave: Reincidência; Contraordenação; Coima; RGCO; Legislação Sectorial

Abstract

The case of recidivism in administrative offences only becomes strange when we reflect about it. The need to punish more seriously who commits the same crime twice, comes up as natural. It's been always this way and it makes sense for all of us. The questions about the foundation and its limits began to be addressed throughout history. The answers that were being given are extremely important to understand the role of recidivism in Criminal Law. The growth of a new Sanctioning Public Law, as it is the Administrative Offence Law, although it has not been born with this destiny, has been made on a very close way to the Criminal Law, reason why has called to itself figures and principles created and thought only for the Criminal Law. It was the case of recidivism, which was incorporated into the Administrative Offence legislation. The objective is to analyse both regimes of recidivism and the administrative offence and to verify how their union has been made, or better, how has been the recidivism treated, separated from the criminal environment. Unlike we might think, it wasn't called by the RGCO, but by the special regimes. After this study, we realized that the transposition has not been done correctly, because its configuration has been made inconsistently and with distinct forms. Now the case begins to get weird, not only because the RGCO says absolutely nothing, but also because the special regimes are doing it as they choose to. And they can, because they are special and they can derogate from the RGCO. Now, it is strange the case of recidivism in administrative offences. We realize that the solution involves the intervention of RGCO, as well as in what terms it should be manifested. Recidivism still makes sense separated from the Criminal Law, but it can never lose its essence.

Keywords: Recidivism; Administrative Offence; Fine; RGCO; Sectoral Legislation

Índice de abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
a. C.	Antes de Cristo
Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
<i>Apud</i>	Junto de, em
Art.	Artigo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CE	Código da Estrada
Cfr.	Confrontar/conferir
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
CP	Código Penal
CPP	Código Processo Penal
CT	Código do Trabalho
d.C.	Depois de Cristo
DL	Decreto-Lei
DMOS	Direito de Mera Ordenação Social
<i>Et. al</i>	<i>Et alia</i> - e outros
<i>Ibidem</i>	Mesmo autor, obra e página
<i>Idem</i>	Mesmo autor e obra
IMOS	Ilícito de Mera Ordenação Social
LQCA	Lei Quadro das Contraordenações Ambientais
Org.	Organizador, organização

OWiG	<i>Ordnungswidrigkeitengesetz</i>
P., pp.	Página/páginas
Proc.	Processo
RGCO	Regime Geral das Contraordenações
RQCSC	Regime Quadro das Contraordenações do Sector das Comunicações
Séc.	Século
S., ss.	Seguinte, seguintes
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.g.	<i>Verbi Gratia</i> – por exemplo

Índice

Introdução	7
Parte I - A Reincidência Penal	9
1. Desenvolvimento histórico.....	9
2. Conceito, institutos análogos e modalidades.....	19
3. Teorias da fundamentação da Reincidência	23
3.1 No Direito Penal Português	31
4. Pressupostos.....	35
5. Efeitos	41
Parte II - Os Crimes e as Contraordenações	44
1. Desenvolvimento histórico das Contraordenações.....	44
2. Critérios de distinção entre Crime e Contraordenação.....	55
3. Funções e finalidades da coima.....	65
4. Princípios estruturantes no Direito Contraordenacional	68
4.1 Proporcionalidade	69
4.2 Legalidade.....	71
4.3 Culpa	74
Parte III - O estranho caso entre a Reincidência e as Contraordenações	77
1. Pequeno apontamento histórico	77
2. O silêncio do RGCO	79
3. Legislação Sectorial	82
3.1 O Código da Estrada.....	83
3.2 O Código do Trabalho.....	85
3.3 Lei Quadro das Contraordenações Ambientais.....	87
3.4 Regime Quadro das Contraordenações do Sector das Comunicações	89
4. Transposição.....	91

Conclusões	96
Bibliografia	99
Jurisprudência	107

Introdução

“A cada dia, e de ambos os lados da minha inteligência, o moral e o intelectual, fui-me aproximando cada vez mais dessa verdade, por cuja descoberta parcial eu fora condenado a um tão terrível naufrágio: a de que o homem não é na verdade um, mas dois.” ROBERT LOUIS STEVENSON, *O Estranho caso do Dr. Jekyll e do Sr. Hyde*

A dualidade faz parte da nossa realidade, do nosso mundo e do nosso dia-a-dia. Foi a curiosidade por uma certa dualidade que fez com que Dr. Jekyll “criasse” o Sr. Hyde. A tentativa de separação entre ambos foi completamente frustrada e a conciliação foi deveras um fracasso. Não se pode separar aquilo que não nasceu para ser separado, pois estes dois lados complementam-se, equilibram-se, dão fundamento e razão de ser. Falamos da dualidade da natureza humana. Por certo que o nosso propósito com este trabalho não se demonstra tão complexo ou dado a teorias filosóficas, mas também ele foi incitado pela curiosidade de uma tal dualidade, bem como também ele está repleto de questões sobre o distanciamento ou conciliação de uns dados dois lados.

A aplicação do instituto da reincidência ao ramo do Direito Contraordenacional trouxe-nos alguma perplexidade, como também levantou questões às quais não poderíamos responder, não fosse um estudo detalhado sobre o assunto. Na verdade, não foram encontradas monografias ou artigos dedicados a esta matéria, o que apenas nos reforçou a convicção de que seria urgente reafirmar a importância e relevo deste tema. Alguma doutrina refere, a par de outros problemas levantados, a pertinência de se encontrar soluções, sem, no entanto, lhe dar o devido destaque. Para tanto nos propomos.

O primeiro passo terá de ser um estudo, o mais aprofundado que nos seja possível, sobre a figura da reincidência. A forma como hoje a conhecemos foi moldada e traz consigo um pedaço de bagagem que não poderia ser ignorado, não só pelo enriquecimento que um pouco de história nos traz, como também para uma melhor compreensão dos seus principais traços. Estes traços são postos à prova pela doutrina, encontrando-se inúmeros fundamentos para os resultados obtidos com a sua aplicação. Afinal, porque é que se agrava a pena a um sujeito que comete o mesmo crime? E se forem crimes distintos, existe ainda o mesmo fundamento

ou este terá de ser outro? E a razão encontrada será fundamento de agravação, ou será ela fundamento de atenuação ou exclusão da culpa? Estas questões terão de passar prova de fogo pelas várias teorias sobre a fundamentação da reincidência. Diferentes dos seus traços são os pressupostos exigidos pela nossa lei para que ela seja aplicada, motivo pelo qual também eles teriam de fazer parte do nosso estudo. Por fim, teremos de chegar à sua efetiva aplicação e aos efeitos repercutidos, onde também não se encontra unanimidade na doutrina.

Apreendida que ficará a figura da reincidência, tentaremos dar o devido espaço ao Direito Contraordenacional. Ainda que seja um ramo novo, as questões que o envolvem são de tal ordem complexas que difícil será não tocar em todas elas. Deste modo, conhecendo as dificuldades com que algumas são tratadas, bem como a amplitude que podem atingir, tentaremos sintetizar ao essencial que nos importa. Iniciaremos pela sua referência histórica, ainda que não tão remota, fez correr rios de tinta à doutrina germânica e portuguesa. Aliada à sua história, encontra-se a tão magna questão, que por si só dá lugar a teses de doutoramento, artigos e muito papel: a distinção entre crimes e contraordenações. A partir daqui já se inicia uma maior aproximação ao nosso tema em especial, examinando o comportamento de determinados princípios pensados para o Direito Penal, aplicados ao Direito Contraordenacional.

A questão principal surge assim, quase que naturalmente. E como se comporta a reincidência, uma figura penal, aplicada ao Direito das Contraordenações? O RGCO não dá qualquer resposta. Ou então dá: na aplicação subsidiária do Direito Penal. Mas, tal como os princípios, também ela terá de ser repensada e modificada, não só pelos seus fundamentos, como também pelas finalidades, pressupostos e efeitos. A par do silêncio do RGCO, encontramos uma oposição da legislação sectorial que não se coíbe de tratar do assunto, adaptado ao seu regime. Aqui procuram-se as respostas dadas pelos legisladores, como também pelos aplicadores de Direito. Por fim, tenta-se olhar para o todo, questionando sobre os possíveis limites a serem impostos, bem como do preferencial tratamento que deveria ser dado a esta figura, aplicada que seja ao Direito das Contraordenações.

Bem sabemos que a ordem de trabalhos deveria dar lugar a muitas outras questões conexas com as enunciadas. Esperemos assim que mais vozes se expressem para o levantamento, enquadramento e solucionamento do problema, pois nem sempre a dualidade conduz a terríveis naufrágios.

Parte I

A Reincidência Penal

1. Desenvolvimento histórico

A origem da reincidência encontra-se perdida no tempo, sem se conseguir precisar onde e quando surgiu pela primeira vez o seu tratamento. Não se referindo diretamente o instituto¹, ao lado dos castigos e das penas, surgiu, intuitivamente, a necessidade de punir mais severamente aqueles que insistiam em cometer delitos. Numa altura em que as penas eram especialmente graves, associadas a um Direito Penal repressivo e de intimidação, a reincidência dava lugar à pena mais grave aplicada para aquele delito, ou em muitos casos, à pena de morte².

Na China, o imperador Sciun (2285 a. C.) atribuía a pena de morte para os crimes premeditados e para os crimes cometidos por reincidentes³. Já no *Manava Dharma Sastra* (200 a.C. e 200 d.C.)⁴ se mandava aplicar quatro penas de uma vez ao reincidente, prevendo-se também o corte dos dedos na primeira vez, a amputação da mão ou do pé na segunda e por fim, a pena de morte à terceira⁵. Na Grécia, tanto Platão como Aristóteles consideravam a reincidência como uma causa de agravamento da pena⁶. No Direito Romano era bem patente a confusão entre reincidência e acumulação⁷, sendo que o fundamento invocado para a agravamento da pena seria a maior perversidade do agente, ligado à necessidade de reagir contra o hábito de delinquir, “*consuetudo delinquendi*”⁸. Mais tarde, com a lição de FARINACIO, já no século XVII⁹, começaram a desenhar-se os primeiros traços de distinção entre reincidência

1 ZAMORA, Antonio Martinez de, *La reincidência*, Murcia, 1971, p. 16. Como bem explica o Autor, o instituto era desconhecido na medida em que as penas aplicadas, eram normalmente as penas de morte e caso não o fossem, era impossível distinguir o reincidente. Este problema foi solucionado através de marcas corporais ou com a mutilação de algum membro.

2 SUSANO, Helena, *Reincidência Penal - Da Teoria à prática judicial*, Almedina, 2012, p. 15.

3 *Idem*, p. 16.

4 *Idem*, p. 15 e ainda GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*, 6ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011 p. 108.

5 ZAMORA, cit., p. 17.

6 *Ibidem* pp. 17-18 e SECCO, A.L. Henriques, “Theoria da Reincidência”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 9, nº 427 a 430, 1876, p. 209.

7 SECCO, *ibidem* sendo que bem também os criminalistas do Europa utilizavam palavras diferentes para designar o mesmo conceito (*reiteratio e iteratio*). Também DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 2009, p. 258.

8 CORREIA, Eduardo, “Reincidência e sucessão de crimes”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 94, 1961, p. 49.

9 SUSANO, cit., pp. 19-20.

e acumulação de crimes, não só exigindo a prévia condenação anterior, como limitando-a temporalmente e à reincidência específica¹⁰, vendo-a como um índice de incorrigibilidade¹¹ ou de desprezo pela solene advertência da anterior condenação¹². Tanto no Direito Canónico¹³ como no Germânico¹⁴ também se desconhecia o instituto da reincidência. No primeiro, era grande a confusão entre pecado e delito e entre reincidência e repetição criminal, considerando-a, no entanto, como uma agravante para a heresia e o concubinato¹⁵. Já no Direito Germânico, as *Leis de Liutprando* (713 a 735 d.C.) e as *Capitulares de Carlos Magno* (827 d. C.)¹⁶ apenas sancionavam a reincidência relativamente ao crime de furto¹⁷.

Em França, os registos sobre a reincidência são datados a partir do século XIII, já contendo a diferenciação entre reincidentes e “reiterantes”¹⁸. A agravação das penas, caso não tivessem fixadas¹⁹, eram deixadas ao livre arbítrio do juiz²⁰. Mais tarde, após a Revolução Francesa, invocando o princípio da legalidade, o reincidente é formado como o delinquente que, ou despreza a vontade da lei, ou considera que o benefício obtido pela prática do crime é superior ao sofrimento da pena, sendo a reincidência construída como uma agravante²¹. Foi o Código Penal de 1791 que não só estabeleceu a condenação anterior como pressuposto, como também se passou a admitir a reincidência genérica²². No entanto, é com o Código Penal de 1810 que se firmam importantes marcos. Tratava-se uma circunstância agravante de carácter geral, aplicada obrigatoriamente quando prevista e dava-se livre arbítrio ao juiz para decidir se seriam específicas, gerais²³, temporárias ou perpétuas²⁴. Importante também era o critério da gravidade da pena, pois exigia-se que a condenação anterior fosse de pelo menos um ano de prisão²⁵.

10 ZAMORA, cit., p. 19.

11 SANTOS, J. Beza dos, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 75, 1942, p. 50.

12 CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., p. 49.

13 GILISSEN, cit., pp. 133 e ss.

14 GILISSEN, cit., pp. 163 e ss.

15 ZAMORA, cit., p. 18 e SUSANO, cit., p. 17.

16 SUSANO, cit., p. 18.

17 ZAMORA, *ibidem*.

18 ZAMORA, cit., p. 19.

19 Que subiam para o dobro se fossem pecuniárias, seriam mais severas caso fossem corporais e nos restantes casos resultavam na pena de morte.

20 *Ibidem*.

21 MARNOCO E SOUSA, *apud* SUSANO, cit., p. 18.

22 ZAMORA, *ibidem*.

23 Assim também o Código suíço e o italiano de 1874 cfr. CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit. p. 51.

24 SUSANO, *ibidem*.

25 CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit. p. 50, “A razão disso, ponderavam CHAUVEAU e HÉLIE, seria a de que «os delitos punidos com pena inferior são muito ligeiros para que a sua imoralidade se possa reflectir sobre os factos posteriores e agravar-lhes o character»”.

A doutrina italiana deixou-nos importantes teorias científicas sobre o instituto em análise. Para além dos vários estudos empreendidos pelos Glosadores Práticos italianos²⁶ e da já mencionada doutrina de FARINACIO, muitos outros se dedicaram a cursar sobre a reincidência e seus fundamentos, como teremos oportunidade de abordar.

Ainda que se tenha iniciado a edificação da reincidência, assemelhando-se ao instituto como hoje o conhecemos, as diversas legislações começaram a trilhar diferentes caminhos. Ficando longe do consenso e da homogeneidade, muitas foram as dúvidas que ficaram a pairar, tal como muitas foram as respostas que ficaram por dar. A gravidade do delito cometido, a mera condenação ou o efetivo cumprimento da pena, o lapso de tempo entre os crimes, a aplicação a todos os delitos, a homogeneidade dos crimes e até da pena²⁷. São estes os traços que irão separar legislações e confrontar doutrinas.

Considerámos também importante fazer menção à evolução da reincidência em Portugal. Para que possamos, mais tarde, analisar os pressupostos exigidos pela nossa lei, é de extrema relevância percebermos as diferentes configurações legislativas que este instituto foi tendo ao longo da nossa história, aliado à doutrina que a foi acompanhando. Portugal foi, como será certo, influenciado pela jurisprudência e legislação anteriormente referidas²⁸, sendo que, inicialmente também não se encontrava distinção entre reincidência e acumulação, prevendo-se nas leis forais e gerais apenas a reincidência genérica²⁹. Tanto nas Ordenações Filipinas³⁰ (Livro V³¹) como no Projeto de Pascoal Melo e Freire, se referia genericamente a agravação das penas pela reincidência em determinados crimes, não havendo qualquer tipo de critérios de aplicação ou de determinação da medida da pena.

É em 1852, data do primeiro Código Penal português, que se dá o primeiro passo na consagração e esquematização da reincidência., configurando-a como circunstância agravante de carácter geral. Podia ler-se no “Capítulo III- Da Aplicação Das Penas Nos Casos De Reincidência, Acumulação De Crimes, Cumplicidade E Tentativa” – Artigo 85.º:

“A reincidencia verifica-se todas as vezes que o criminoso, tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, commette outro crime da mesma natureza

26 Estatuto de Concórdia, Estatuto Florentino, “Promissione del Maleficio” de 1232 e Estatuto de Padova de 1236. ZAMORA, *ibidem*.

27 Cfr. DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 259.

28 Principalmente, pelo Código Penal Francês de 1810. BARREIROS, José António, “As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história” in *Análise Social*, vol. XVI (63), 1980, 3.º, p. 593.

29 SECCO, cit., p. 210.

30 SOUSA, Joana Rita Rocha Simões de, *Da Reincidência Penal – Os avanços e recuos de um instituto complexo*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, outubro 2013, p. 21.

31 [Consultado em 06-05-2019] Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/15ind.htm>

antes de terem passado dez anos desde a dita condenação; e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada.”³²

Começando pelo princípio, o primeiro pressuposto que surge desta redação é exatamente o ponto de partida para a distinção entre reincidência e acumulação: condenação anterior já transitada em julgado. Ora, a exigência é apenas aquela que se pode ler, a de condenação, não se referindo se seria necessário o cumprimento, fosse ele total ou parcial da pena. As grandes dificuldades passaram pela expressão escolhida pelo legislador para delimitar a reincidência apenas quanto aos “crimes da mesma natureza”, ou seja, apenas se aplicava para a reincidência específica. Foi neste ponto que tanto a doutrina como a jurisprudência se dividiram quanto ao critério utilizado para a definição destes crimes. Na verdade, como já tivemos oportunidade de ver, a questão não era nova e muito menos nacional, sendo sim essencial descobrir se a justificação de limitar à reincidência específica se encontrava na especial perigosidade ou em outro qualquer critério. Se alguns autores poderiam defender que a reincidência específica demonstra uma especial perigosidade do agente para aquele tipo de crimes, pela profissionalidade, especialidade e técnica que poderão desenvolver (e por isso exige a lei que sejam da mesma natureza), outros tantos consideram que, a indicar mais perigosidade, teria que ser a reincidência genérica, pois essa sim demonstra que o delinquente se encontra disposto para a prática de toda a qualidade de crimes³³. Outro argumento apontado é de que, cometendo um crime diferente do primeiro, então só poderá significar que o cumprimento da primeira pena anulou a tendência criminosa para aquele tipo de crime, pelo que a segunda pena deverá também ela anular a nova tendência criminosa para o segundo tipo de delito ou delitos cometidos³⁴. BELEZA DOS SANTOS considera que não só se deve considerar que do segundo crime deriva uma maior culpa quando já tenha sofrido uma condenação, como também não deixa de ser demonstrativo de uma maior perigosidade por demonstrar uma maior diversidade de “aptidões criminosas que não foram inibidas pelo efeito intimidador e reprovador da condenação.”³⁵. SECCO aborda igualmente esta questão, ponderando a generalização acima da individualização e a maior culpabilidade que importa o cometimento de diferentes delitos “porque não têm a desculpa do habito, que leva á perpetração das especiaes”³⁶. No entanto, considera também perigoso tentar descobrir

32 [Consultado a 06-05-2019]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

33 TREBUTTIEN *apud* CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., p. 52. Com melhor detalhe, e com vasta indicação bibliográfica das diversas doutrinas.

34 SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, cit., p. 53.

35 *Idem*, p. 54.

36 SECCO, cit., pp. 178-179.

o nexa entre tão diversas naturezas de crimes, pelo que melhor fez a lei em não envergar em tão lato campo.

Mais vasto e pantanoso parece ser o caminho que se seguiu. Prevendo-se a reincidência apenas para os crimes da mesma natureza, o que se procura saber é, então, como se definem estes crimes? O nosso Código não deu qualquer critério formal para concretizar o que determina por crimes da mesma natureza. Contudo, a doutrina avançou com algumas teorias para determinar a identidade da natureza dos crimes. Primeiro, o pensamento trazido por CHAUVEAU e HÉLIE, que encontravam o critério na natureza das coisas, partindo do “princípio de que os crimes são da mesma natureza «quando derivam do mesmo princípio, quando têm origem no mesmo género de corrupção»”³⁷. Para estes Autores a identidade que proclamam era deduzida do seu agrupamento (crimes contra a vida, o património...). Não nos parece que seja o lugar onde se insere no capítulo nem o nome que se poderá dar, determinantes da identidade ou dessemelhança entre crimes³⁸. A exemplo poderemos dar os crimes de falsificação (art. 255.º e seguintes do CP). Tanto a falsificação de documento (art. 256.º do CP) como a contrafação de moeda (art. 262.º do CP) estão incluídos no mesmo Capítulo II “Dos crimes de falsificação”, correspondendo, no entanto, a práticas totalmente distintas, como diferente é o bem jurídico protegido³⁹. Segundo, o critério “dos motivos determinantes”, considerando crimes da mesma natureza aqueles que tenham unidade na motivação para a prática de delitos. Tem razão BELEZA DOS SANTOS quando considera este um critério falacioso, pois o motivo entre os crimes pode até ser o mesmo e a forma como se atuou completamente diferente⁴⁰. EDUARDO CORREIA, indo um pouco nesta direção, sugere que se substitua as palavras “crimes da mesma natureza” por “pela mesma intenção criminosa”⁴¹. Terceiro, o critério da “identidade dos bens ofendidos ou lesados”, sendo da mesma natureza os crimes que ofendam os mesmos interesses ou bens jurídicos, independentemente da motivação do agente⁴², tornando-se também ela criticável, na medida

37 CHAUVEAU e HÉLIE *apud* SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, cit., p. 70. É esse o critério utilizado em Espanha desde o Código Penal de 1928.

38 Tanto SANTOS, *ibidem*, como CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., p. 66, referindo este último Autor que, aludindo a RADBRUCH, tal critério varia de país para país.

39 A este respeito *vide* MONIZ, Helena, “Comentário ao art. 256.º”, *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Jorge de Figueiredo Dias (Org.), Coimbra Editora, 1999, p. 679 e ss; COSTA, A. M. Almeida, “Comentário ao art. 262.º”, *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Jorge de Figueiredo Dias (Org.), Coimbra Editora, 1999, p. 748 e ss.

40 “Assim, para se obter um lucro, pode cometer-se um homicídio, um dano, um furto, um crime de cárcere privado, uma rebelião ou até um adultério.” SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência” cit., pp. 71-72.

41 CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., p. 85.

42 SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, cit., p. 72; CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., pp. 68-69, abordando ainda a questão da consunção e especialidade junto deste critério.

em que é necessário ter em conta outros elementos para diferenciar a estrutura dos delitos⁴³. Por fim, o critério dos “elementos fundamentais dos crimes”, requerendo-se assim os mesmos elementos constitutivos ou “caracteres fundamentais”⁴⁴ para que se possam considerar crimes de igual natureza⁴⁵. Mas este critério levantava problemas de maior: o que se deve entender por caracteres fundamentais do mesmo crime? Era “uma pescadinha de rabo na boca”.

Relativamente ao pressuposto temporal (prescrição da reincidência), seriam necessários que dez anos se passassem para não ser considerado reincidente. Propõe SECCO que o prazo seja fixado consoante o prazo da prescrição da própria sentença condenatória⁴⁶, considerando também que a reincidência só se aplique de delitos maiores precedentes de menores. O motivo desta afirmação encontrava-se no fundamento da reincidência, segundo o Autor, na insuficiência da pena. Assim, nunca uma pena de delito menor poderia ser suficiente face a um segundo delito maior, pois ela nunca poderia impedir o cometimento do segundo, pela sua fraca força perante ele⁴⁷. Quanto aos seus efeitos, estabelece o art. 86.º:

“No caso de reincidencia, se a pena do ultimo crime fôr perpetua, será o criminoso condemnado na immediata superior perpetua, excepto na pena de morte. Se a pena do ultimo crime fôr temporaria, será condemnado o criminoso no maximo da mesma pena temporaria agravada.”⁴⁸

Não querendo entrar em detalhe, o CP de 1852 estabelecia, designadamente no art. 47.º, a gravidade das penas “segundo a ordem de precedencia em que se acham descriptas neste capitulo”⁴⁹, pelo que a agravação encontrava-se na mesma lógica, ou seja, não pela sua duração, mas essencialmente pela sua natureza.

43 Da mesma forma ANDRADE, Robin de, *Direito Penal*, Volume II, Lisboa, 1972, p. 244. “A natureza do crime não depende apenas dos elementos objectivo e subjectivos.”

44 SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, cit. p. 75.

45 STJ – Ac. De 16 de janeiro de 1942 - é analisada a questão da natureza dos crimes para aplicação do instituto da reincidência. Em causa estão os crimes de furto e de roubo, defendendo os recorrentes que não se tratam de crimes da mesma natureza pois na essência do furto está a fraude, enquanto que na essência do roubo está a violência. Ora o tribunal não concorda, defendendo que “A natureza dos mesmo crimes tem de procurar-se, não nos elementos que os constituem, mas na identidade dos interesses direta e imediatamente protegidos pela lei, que o facto punível viola ou põe em perigo, e ainda na revelação do mesmo género de corrupção do agende, da sua propensão criminosa orientada num determinado sentido.” *Revista de Legislação e Jurisprudência* 75 (1942), pp. 60 e ss.

46 Cfr. SECCO, cit., p. 193.

47 Cfr. SECCO, cit., p. 178.

48 [Consultado a 06-05-2019]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

49 Sobre a regra geral e algumas normas especiais SUSANO, cit., p. 22.

É em 14 de junho, por Decreto, que é aprovada a Nova Reforma do Código Penal de 1884⁵⁰, inserindo a reincidência agora no capítulo “Da responsabilidade criminal” e atribuindo-lhe nova redação⁵¹. A única alteração é relativa ao prazo de prescrição que se reduz para oito anos. Ademais, acrescenta o legislador que também a prescrição da pena anterior não releva e é aditado que para efeitos de reincidência e da determinação dos crimes, importa a forma consumada, tentada e ainda a cumplicidade. Quanto aos seus efeitos, também se registaram algumas modificações, designadamente no art. 70.º, sendo que, essencialmente, deixou a agravação de ser para a pena imediatamente de grau superior, continuando a prever-se a punição da reincidência para determinados crimes⁵². Inovadora é a previsão da reincidência genérica, erradamente designada por “sucessão de crimes”. Também consubstanciada como uma circunstância agravante, nela se incluíram não só crimes de natureza distinta, como também aqueles em que, ainda que da mesma natureza, tenham sido praticados após o prazo de oito anos⁵³. Entendeu o legislador que ambos os tipos de reincidência mereciam a agravação, sendo esta, contudo, mais severa para a específica, por ser maior a culpa e a gravidade⁵⁴.

O CP de 1886⁵⁵ em nada alterou a redação anteriormente conferida a ambos os regimes. O Decreto de 15 de dezembro de 1894 foi pensado para a repressão da pequena criminalidade, partindo de uma insuficiência de repressão da reincidência quanto a delitos que levavam à prisão correcional⁵⁶, o que originou um agravamento destas penas. Consideramos com maior relevo o DL n.º 26 643 de 1936 relativo à Organização Prisional⁵⁷, que passou a prever estabelecimentos prisionais para “criminosos de difícil correção”, ou seja, para os delinquentes habituais⁵⁸, por tendência e a presos indisciplinados⁵⁹. Foi este um

50 [Consultado a 06-05-2019]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1272.pdf>

51 “Art. 25.º Da-se a reincidência quando o agente, tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, commette outro crime da mesma natureza, antes de terem passado oito annos desde a dita condemnação, ainda que a pena do primeiro crime tenha sido prescripta ou perdoada. § 1. O Quando a pena do primeiro crime tenha sido amnistiada, não se verifica a reincidência. § 2. Se um dos crimes for intencional e o outro culposo não ha reincidência. § 3. O Os crimes podem ser da mesma natureza ainda que não tenham sido consummados ambos, ou algum d'elles. § 4. Não são computadas para a reincidência por crimes previstos e punidos no codigo penal, as condemnações proferidas pelos tribunaes militares por crimes militares não previstos no mesmo codigo, nem as proferidas por tribunaes estrangeiros. § 5. Não exclue a reincidência a circumstancia de ter sido o agente auctor de um dos crimes e cumplice do outro.”

52 Para alguns exemplos SUSANO, cit., p. 25.

53 CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., p. 100.

54 SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, cit., pp. 68-69.

55 [Consultado a 07-05-2019]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

56 CORREIA, Eduardo, “A punição da reincidência e da sucessão de crimes no direito português”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 86, 1953, p. 227.

57 [Consultado a 07-05-2019]. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/361438>

58 Em especial, sobre o delinquente habitual, veja-se o ponto 19 do preâmbulo.

59 SUSANO, cit., p. 27.

diploma importante para a distinção entre reincidentes e os seus similares, nomeadamente delinquentes habituais e por tendência.

Não tardou nova Reforma, que se vem a concretizar em 1954⁶⁰, trazendo consigo mais um vinco para a autonomia de tratamento relativamente aos delinquentes de difícil correção, recebendo acolhimento especial no art. 67.º e dando conta dos critérios utilizados para se considerar o agente como delinquente habitual e por tendência^{61/62}. Foi também alterado o art. 100.º:

“No caso de reincidência observar-se-á o seguinte:

1.º Se a pena aplicável for de prisão maior, a agravação correspondente à reincidência será igual a metade da diferença entre os limites máximo e mínimo da pena. A medida da agravação poderá, no entanto, ser reduzida, se as circunstâncias relativas à personalidade do delinquente o aconselharem, a um aumento de pena igual à duração da pena aplicada na condenação anterior. A medida da pena será ainda elevada com metade do aumento assim determinado, no caso de segunda reincidência.

2.º Se a pena aplicável for de prisão, a agravação consistirá em aumentar o máximo e mínimo da pena de metade da duração máxima da pena aplicável.”

Assim, ainda que com carácter facultativo, o legislador entrega ao juiz poderes modificativos na agravação da pena, podendo este relacionar a personalidade do agente e os seus índices de propensão criminosa, atribuindo uma importância bastante significativa ao elemento material da reincidência específica⁶³. Outra questão levantada por esta redação prende-se com o tipo de pena, pois à primeira vista, o legislador parece ter querido limitar a reincidência apenas para os delitos aos quais correspondem pena de prisão. Caso a pena a aplicar não seja a privativa da liberdade, então EDUARDO CORREIA considera que deverá considerar-se que a reincidência “tem o mero efeito de circunstância agravante geral”⁶⁴.

60 [Consultado a 07-05-2019]. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/634100>

61 SOUSA, *Da Reincidência Penal*, cit., pp. 33-34.

62 Permitia-se também a prorrogação da pena por períodos de três anos “(...) até que o condenado mostrasse que tinha idoneidade para seguir vida honesta ou deixasse de ser perigoso”. Cfr. DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 416.

63 CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., p. 162.

64 *Idem*, p. 163.

Solução que nos parece em consonância com a redação do art. 101.º relativo à “sucessão de crimes”⁶⁵.

Quase centenário, o CP de 1886 é revogado pela Lei n.º 400/82 de 23 de setembro, aprovando o CP de 1982⁶⁶. Fazendo agora parte do Título IV “Da escolha e medida da pena”, a reincidência vem prevista nos art. 76.º e 77.º, estando praticamente igual ao que conhecemos hoje:

“Artigo 76.º (Pressupostos)

1 - Será punido como reincidente aquele que, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso a que corresponda pena de prisão, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão total ou parcialmente cumprida, por outro crime doloso, se as circunstâncias do caso mostrarem que a condenação ou condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção contra o crime.

2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não conta para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é, porém, contado o tempo durante o qual o agente cumpriu pena de prisão ou medida de segurança privativa de liberdade.

3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros só contam para efeitos da reincidência quando o facto constituir também crime doloso segundo o direito português.

4 - A prescrição, a amnistia e o indulto da pena equiparam-se, para efeito deste artigo, ao seu cumprimento.

Artigo 77.º (Efeitos)

1 - Em caso de reincidência é elevado de um terço o limite mínimo da pena aplicável ao crime. A agravação, porém, não excederá a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores e a pena aplicável não pode ir além do máximo previsto no tipo legal do crime.

2 - As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras próprias da punição da reincidência.”

65 “No caso de sucessão de crimes, se for aplicável prisão maior, e se a condenação anterior tiver sido também em prisão maior, observar-se-á a regra estabelecida para a primeira reincidência no n.º 1 do art. antecedente. § único. Nos demais casos de sucessão de crimes agravar-se-á a pena segundo as regras gerais”.

66 [Consultado a 07-05-2019]. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/319744>

Sabendo que teremos uma parte do nosso trabalho dedicada tanto aos pressupostos como também aos efeitos da reincidência, não nos vamos alongar muito por aqui, limitando apenas às alterações verificadas e que consideraremos importantes para a continuação do nosso estudo, sem, no entanto, as esmiuçar como devido. Relativamente aos crimes, já desde 1884, se considerava que apenas relevavam os dolosos, tendo vindo agora o legislador deixar essa questão bem clara. Ao que nos parece, seguiu-se a tendência da anterior redação, exigindo-se agora especificamente um mínimo de gravidade, motivo pelo qual é necessário a que ao delito corresponda pena de prisão e que também ele tenha sido doloso. Ao contrário dos seus antepassados, impõe-se o cumprimento, ainda que parcial, da pena de prisão. Quanto ao critério subjetivo ou material, era também já esta uma inclinação do anterior legislador, que na redação de 1954 atribuiu ao juiz, com carácter facultativo, a capacidade para desagravar a pena. Agora é-lhe atribuído, com carácter obrigatório, a necessidade de verificar se, no caso, se as anteriores condenações não serviram de suficiente *prevenção*. Por último, mas não menos importante, manteve-se a tradição de redução do prazo de prescrição, contando-se agora cinco anos. Outra grande e importante alteração é exatamente aquela que se deixou de ver: “crimes da mesma natureza”. Seguindo os passos do Direito alemão, partiu o legislador português para a extinção da autonomização da reincidência específica, sendo sublinhado que “se procura já reagir contra toda a forma de perigosidade do delincente”⁶⁷, através, nomeadamente, da pena relativamente indeterminada. Contra esta alteração apenas se manifestou SIDÓNIO RITO, alegando que seria excessivo a inexistência de qualquer finalidade entre os crimes⁶⁸. Já em relação ao art. 77.º, a agravação faz-se apenas no limite mínimo da moldura penal.

O DL n.º 48/95 de 15 de março procedeu a pequenas alterações a esta redação, nomeadamente exigindo agora que o crime deva ser punido com um mínimo de seis meses de prisão, tal como também se exige esse mínimo para o crime anterior. Deixando de se exigir o cumprimento da pena, altera-se também a palavra “prevenção” para “advertência” no art. 75.º n.º 1 *in fine* e acrescenta-se o perdão genérico ao n.º 4.

67 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão Revisora do Código Penal, *Actas das sessões da comissão revisora do código penal*, Vol. 1, Parte geral 1 e 2, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 143.

68 *Idem*, p. 144.

2. Conceito, institutos análogos e modalidades

Não poderá existir melhor forma de saber o que significa uma palavra, se não procurá-la no dicionário. Este diz-nos que reincidência significa ato ou efeito de reincidir, teimosia, pertinácia, recaída, o mesmo que recidiva⁶⁹. Do latim *rursus cadere*, ou *recidere* ou ainda *re e incidere*, a palavra carrega consigo uma conotação negativa, ao contrário da reiteração, que está associada a repetição de ações, tanto boas como más⁷⁰. Se é claro o seu sentido, encontrar o seu conceito no Direito Penal é mais difícil. A tarefa fica ainda mais complicada se tentarmos procurar uma unidade de sentido através do Direito comparado^{71/72}.

Já demos o exemplo espanhol, em que o critério utilizado é o de “un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”^{73/74}. A 23.ª Lei da Reforma Penal de 1986 na Alemanha suprimiu o § 48 StGB que previa a reincidência, pelo que, neste momento, o Código Penal alemão⁷⁵ não tem nenhuma norma específica para o instituto em estudo, bem como também não tem nenhum catálogo de circunstâncias modificativas da responsabilidade penal⁷⁶. Uma das principais razões que levaram a esta supressão prende-se não só com o excesso de agravação do limite mínimo da moldura penal, mesmo no caso de bagatelas penais, como também a falta da sua eficácia no âmbito de prevenção e por sérias dúvidas quanto ao suposto aumento de culpabilidade do agente⁷⁷. Não quer isto dizer que não se considere a reincidência, pelo contrário, ela é ponderada, mas apenas na determinação da pena concreta, nos termos do § 46⁷⁸. No Código Penal italiano⁷⁹, o legislador considerou a reincidência como uma agravante especial, não estando

69 "reincidência", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org/reincid%C3%A2ncia> [Consultado em 08-05-2019].

70 Cfr. SECCO, cit., p. 161.

71 ZAFFARONI, Eugénio Raul, “Reincidencia”, in *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1992, p. 117.

72 O III Congresso de Criminologia de 1955 foi destinado única e exclusivamente à reincidência, não se tendo chegado a nenhum consenso. PUIG, Mir, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10, 14º, 10, 15º, 61, 6º y 516, 3º*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 10 e ZAFFARONI, *idem*, p. 117.

73 [Consultado em 08-05-2019]. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1

74 Para o Tribunal Supremo, os delitos consideram-se da mesma natureza quando atingem o mesmo bem jurídico protegido. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS *apud* SUSANO, *idem*, p. 46.

75 [Consultado em 08-05-2019]. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/

76 SUSANO, cit., p. 36.

77 SUSANO, cit., p. 35.

78 Sendo que a valoração da “conduta do arguido anterior ao facto” é feita no âmbito da prevenção especial de intimidação. LEITE, Inês Ferreira, *Ne (idem) bis in idem. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, Vol. I, AAFDL, 2016, p. 542.

79 [Consultado em 08-05-2019]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>.

contemplada no catálogo dedicado às circunstâncias agravantes e atenuantes. Assim, em termos gerais e segundo o art. 99.º, é a pena agravada em 1/3 se ambos os crimes forem dolosos e tenha havido condenação transitada em julgado (reincidência genérica). Esta agravação é elevada para o dobro se os crimes forem da mesma espécie⁸⁰ e tiverem sido cometidos no decurso de cinco anos desde a condenação anterior, dando assim especial atenção à reincidência específica. No entanto, a aplicação da agravação está cometida à livre discricionariedade do juiz e segundo a maioria da doutrina, trata-se de uma ponderação de culpabilidade, não sendo de aplicação automática⁸¹.

Podemos, assim, facilmente verificar que o conceito de reincidência comporta muito mais do que o seu significado. São os pressupostos dados pelo legislador, a forma como olhamos para ela, para o agente reincidente e até a forma como deve ser tratado, que a reincidência é entendida. Poeticamente SECCO considera que “ninguém recái senão porque, tendo caído uma vez, depois se levantou, e para o delinquente sofrer a pena é levantar-se”⁸², mas não é tanto o facto de se ter levantado, mas sim a forma como o fez.

Para esta dificuldade de conceptualização da reincidência, concorrem também as figuras que lhe são similares. A habitualidade, seja ou não por tendência, a multireincidência e ainda o profissionalismo, são conceitos que nos vêm baralhar quando tentamos estabelecer os limites que os separam da reincidência e até os separam entre si. Como já tivemos oportunidade de ver, foi a Reforma Penal de 1936 que introduziu a categoria de delinquentes habituais e por tendência. No CP anterior distinguiam-se em delinquentes habituais e delinquentes por tendência. A última categoria foi eliminada e integrada na de “delinquentes habituais”, estando sujeitos a medidas administrativas de segurança. Para ZAMORA⁸³, a habitualidade é uma qualidade pessoal, nascida da repetição de delitos, distinguindo-se da reincidência pela sua qualidade interna e assim com uma significação de delito diferente, consoante o grau de inclinação. Para além das diferentes naturezas - uma preventiva, outra repressiva - na habitualidade verifica-se uma persistência para o delito, uma tendência para delinquir. Na distinção ente reincidência e habitualidade, SUSANO⁸⁴ considera que a última consubstancia um mais e um menos em relação à primeira. Um *mais* por não se bastar com

80 O art. 101.º determina o que se deve entender por crimes da mesma espécie “Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni.”

81 SUSANO, cit., p. 42 e LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 541.

82 SECCO, cit., p. 161.

83 ZAMORA, cit., pp. 172-173.

84 SUSANO, cit., p. 66.

a repetição delituosa, exigindo também que esta constitua um costume, incorporando-se no seu modo de ser. Um *menos* por não necessitar que se verifique a reincidência, para tanto bastando o concurso real de crimes. PINTO DE ALBUQUERQUE define a habitualidade por uma prática reiterada do crime, mas que tal não constitua o seu modo de vida⁸⁵. Por modo de vida deverá entender-se a atividade que sustenta o agente, não sendo necessário que seja uma ocupação exclusiva ou contínua. Aproxima-se do conceito de “profissionalidade” pois inclui uma pluralidade de ações e a intenção de fazer daquela prática o seu meio de subsistência⁸⁶. Também na jurisprudência tem sido unânime a associação da habitualidade à profissionalidade⁸⁷. Para FERREIRA LEITE, deveria utilizar-se sempre o mesmo termo, “Até porque a expressão «modo de vida» está demasiado associada à doutrina da culpa pela formação da vontade; isto é, de uma culpa assente não no facto, mas na personalidade do agente”⁸⁸. BELEZA DOS SANTOS identifica também que dentro do grupo dos delinquentes habituais, deverão considerar-se os multi ou pluri-ocasionais, sendo que aqueles, ainda que se verifique uma multiplicidade de delitos, não contraíram um hábito criminoso, motivo pelo qual a sua ressocialização é mais fácil do que a dos delinquentes habituais, pois o hábito não está enraizado⁸⁹. Relativamente aos delinquentes por tendência, afirma CAVALEIRO DE FERREIRA que a “característica particular (...) estará precisamente na sua perigosidade como atributo pessoal, isto é, na sua propensão ou tendência para o crime.”⁹⁰ Citando ALLEGRA, diz ZAFFORINI que “reincidente é o pecador que é necessário corrigir mais severamente para que se corrija, pelo que o habitual é o pecador que não resiste às suas forças internas e que merece indulgencia”⁹¹.

Depois do percurso feito, começando pela definição, conceito e depois de enunciadas todas as linhas ténues entre a reincidência e as restantes figuras que lhe são semelhantes, veremos muito brevemente que configurações poderá ter.

85 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 804.

86 *Idem*, p. 560. TRC de 16-06-2015 – “Deve entender-se como fazendo da burla modo de vida não é suficiente que as infracções singulares tenham sido cometidas com o escopo de lucro ou com o fim de outro proveito económico, mas o complexo das infracções deve revelar um sistema de vida, como é o caso do ladrão ou do burlão que vivem sem trabalhar, dos proventos dos delitos.”

87 *V.g.* Ac. TRC de 12-04-2011 - “A actividade profissional a que alude o tipo objectivo relaciona-se directamente com uma perspectiva de habitualidade da conduta”.

88 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 522.

89 SANTOS, “Prevenção especial – os delinquentes habituais e multiocasionais”, *BMJ*, nº 87, junho, 1959, p. 89.

90 CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I – II, Penas e Medidas de Segurança*, reimpressão da edição de janeiro de 1989, Almedina, maio 2010, p. 22.

91 ZAFFARONI, “Reincidencia”, cit., p. 124.

EDUARDO CORREIA utiliza o critério de homogeneidade para dividir a reincidência entre a específica, pura, verdadeira, própria ou homótopa da reincidência genérica, mista, imprópria ou polítropa⁹². Se por um lado a primeira classe de reincidência apenas diz respeito a “crimes da mesma natureza”, a segunda classe não faz essa exigência, fazendo-se aplicar independentemente do tipo ou natureza de crime. SECCO dividia os vários tipos de reincidência entre especial ou relativa, média e geral ou absoluta. A reincidência especial ou relativa será aquela que melhor conhecemos por específica, ou seja, delitos da mesma espécie. Por média quer o Autor definir aquela que ataca o mesmo princípio ou deriva do mesmo vício, sendo assim do mesmo género. Por geral ou absoluta, entende serem os delitos de natureza diferente, correspondendo à reincidência genérica⁹³. É, para SUSANO, uma classificação frágil, pois se com o mesmo delito se ofende uma multiplicidade de bens jurídicos, então encontrarão dificuldades na tipificação⁹⁴.

Poderá ainda falar-se em reincidência verdadeira ou fictícia, pelo que a primeira exige o cumprimento total ou parcial da pena, enquanto a segunda se basta com a mera condenação⁹⁵. A reincidência poderá ainda considerar-se como facultativa ou obrigatória, determinando-se consoante a liberdade que o juiz poderá ter para avaliar a aplicação do instituto ou não. Caso seja determinado pela lei que, face aos pressupostos verificados, tenha o juiz a obrigação de considerar o agente como reincidente e conseqüentemente, agravar a pena, então será a reincidência obrigatória. Caso seja dada margem de livre discricionariedade ao juiz para ponderação, então será a reincidência facultativa. Por fim, outra distinção é relativa ao prazo de prescrição, podendo ser por tempo indeterminado ou determinado, consoante haja ou não essa previsão. A este propósito, esclarece BELEZA DOS SANTOS que o decurso do prazo de prescrição legalmente estabelecido, não retira a qualidade de reincidente, conservando a qualidade de *antigo reincidente*, “Continuará, portanto, a ser o reincidente que já era e, porque cometeu um novo crime, a pena será determinada pela *antiga* reincidência, agravada pela sucessão de crimes.”⁹⁶. Não nos podemos esquecer, contudo, que esta afirmação foi feita na vigência do anterior CP, prevendo reincidência específica e a sucessão de crimes, que não tinha prazo de prescrição.

92 CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pp. 145 e ss bem como DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 259 e SUSANO, cit., p. 63.

93 SECCO, cit., p. 161.

94 SUSANO, cit., p. 63.

95 SUSANO, cit., p. 64.

96 SANTOS, “Dúvidas quanto a aplicação da pena a reincidentes”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 75, 1943, p. 290.

3. Teorias da fundamentação da Reincidência

“A reincidência, ou melhor, o aumento sancionatório que acarreta, é de justiça sentida mas não de justiça demonstrada. Ao investigador, e não apenas ao penalista, corresponde empreender a busca do fundamento da reincidência.”⁹⁷

Não haverá melhor citação para iniciar este capítulo. A busca pelo fundamento da reincidência tem sido das questões mais debatidas e sem dúvida a mais importante, pois só dele decorrem todos os seus efeitos. Depois de saber de onde vem e de compreender de que se trata, as repostas às perguntas *como é que se caracteriza?* e *que efeitos tem?* vão depender da perspectiva que se tem sobre as suas bases, sobre o seu fundamento. Ser de justiça sentida é de ser instintiva a reação que se tem perante ela⁹⁸. Ser de justiça demonstrada é exatamente buscar o seu justo fundamento.

Em traços gerais, são duas as grandes orientações da doutrina. Por um lado as *teorias negativas* que consideram que da reincidência não deriva qualquer agravamento ou ainda, pelo contrário, deriva uma circunstância atenuante. Por outro lado, temos as *teorias positivas* que, por várias vertentes, consideram a reincidência como uma causa agravante da responsabilidade do agente. Será assim que iremos dividir o nosso estudo.

A primeira das *teorias negativas* é a **teoria abolicionista**, considerando que o delito e o sujeito estão desvinculados, motivo pelo qual é praticamente impossível relacionar o primeiro e o segundo crime. Seguindo esta linha de pensamento, entende-se a dificuldade em admitir o agravamento da pena considerando um facto já “pago”. Coerentemente, ainda que erróneo, o ponto de partida demarca a clara violação do *ne bis in idem*, pois se o cumprimento da pena “apaga” o delito cometido, então nunca pode ser novamente valorado⁹⁹. Alguns defensores desta teoria consideram ainda que a justificação da reincidência parte da sociedade e da forma como se cumprem as penas de prisão, marginalizando mais o delincente¹⁰⁰. As críticas a esta doutrina principiam, não da teoria em si, mas sim dos seus pressupostos desacertados. O

97 ZAMORA, cit., p. 15. Tradução nossa.

98 “É instintivo o sentimento que conduz a agravar a pena, quando, a despeito da já sofrida, o crime se repete ; por forma que mais se carece do raciocínio para a moderar, do que para fazer nascer esse sentimento.” SECCO, cit., p. 209.

99 ZAMORA, cit., pp. 32 e ss e SUSANO, cit., p. 69.

100 DELL'ANDRO *apud* ZAMORA, *idem*, p. 32 – alguns abolicionistas eram Buccellati, Merkel, Giuliani, Groizard em Espanha e tantos outros.

sujeito e a ação não podem ser separados nem atribuir à pena o fim de “castigo” da ação, mas sim da ação cometida por determinado sujeito. Ele é o ponto central, trazendo uma história e determinadas circunstâncias que devem e são tomadas em consideração não só na atribuição da pena pela reincidência, mas da pena em si mesma¹⁰¹. Os abolicionistas consideram, a propósito do *ne bis in idem*, que o aumento da pena, inadvertidamente, produz um novo juízo sobre o primeiro delito cometido, ou seja, um “re-examen de la cosa juzgada”¹⁰². Ora este raciocínio está errado, pois, tal como LATAGLIATA¹⁰³ refere, o juiz não vai analisar se a primeira condenação foi justa ou ainda, suficiente.

Segundo a **teoria da menor responsabilidade do reincidente**, a reincidência é uma causa de exclusão ou atenuação da pena pois os sujeitos agem impulsionados pelo hábito, logo, com menor liberdade e consciência¹⁰⁴. Mais, a culpa, a existir, seria do sistema penal, pois ao estado em que as prisões se encontram, estas são “verdaderos campos de entrenamiento para candidatos a reincidentes y «habituales».”¹⁰⁵ Para ZAMORA¹⁰⁶, isto é simplesmente uma confusão entre o conceito de reincidência, de repetição de delitos e ainda de habitualidade.

A teoria dos **neoabolicionistas** continua, na senda da anterior, a atribuir à reincidência uma qualidade do sujeito, chegando, no entanto, a conclusões diferentes. Demonstrada a inclinação do sujeito para o delito, demonstração essa feita casuisticamente, então a resposta terá de ser preventiva e não retributiva¹⁰⁷. ZAMORA parte da crítica de que reincidência e habitualidade são figuras distintas, com fundamentos diferentes e com peculiares reações penais, como vimos. Desde logo, a reincidência implica uma condenação anterior, o que não sucede na habitualidade, que por sua vez pressupõe uma qualidade subjetiva de hábito¹⁰⁸.

Passando agora para as *teorias positivas*, a primeira, levada a cabo principalmente por CARRARA, é a **teoria da insuficiência relativa da pena ordinária**. Em resposta às teorias abolicionistas e às críticas de violação do *ne bis in idem*, este Autor fundamentou a reincidência

101 DELL’ANDRO *apud* SUSANO, cit., p. 69.

102 ZAMORA, cit., p. 35.

103 *Apud* ZAMORA, *ibidem*.

104 ZAMORA, cit., p. 41. São nomes desta doutrina Bucellatti e Kleinschord. DELL’ANDRO *apud* SUSANO, cit., p. 70.

105 ZAFFARONI, “La reincidência”, cit., p. 127.

106 ZAMORA, *ibidem*.

107 Parece que será aqui que se encaixa a posição de ARAMIS NASSIF, desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. “A pena é um mal necessário. A reincidência, não. Sem função teleológica, sem aplicação a agravante. Nada a justifica.” NASSIF, Aramis, “Reincidência: necessidade de um novo paradigma”, in Revista de Estudos Criminais, 4, 2001, p. 125.

108 ZAMORA, cit., p. 49.

mantendo o Direito Penal do ato do liberalismo¹⁰⁹. Partindo de dois pressupostos negativos – de que não se pode agravar a pena do novo delito com base no anterior delito já “anulado” e de que não se pode ter como base a maior perversidade do agente – este Autor considera que a pena deverá ser agravada na reincidência, pois ao cometer o segundo delito, o sujeito demonstrou que a pena aplicada foi insuficiente. Esta teoria tenta desligar a reincidência tanto do novo delito, como da teoria do sujeito, o que se torna impossível, pois o fundamento da insensibilidade do sujeito, é, sem mais, uma atribuição de uma característica pessoal¹¹⁰ e a demonstração da ineficácia da pena anterior é sempre feita em relação ao sujeito^{111/112}. ZAMORA, acusa CARRARA de se contradizer, pois a “maldade” do sujeito não pode entrar para os cálculos da reincidência para agravar a pena, enquanto afirma que é exatamente essa insensibilidade perante a pena que justifica a agravação. Este critério poderá ser a causa da reincidência, mas nunca o seu fundamento¹¹³. PUIG afirma também que esta presunção de insuficiência pode ser facilmente infundada, pois a primeira pena aplicada pode até ter sido insuficiente, mas tal não pode constituir presunção de que a nova pena também o será¹¹⁴.

São várias as linhas de pensamento que se apoiam na **teoria da repetição de infrações**. Ainda que o caminho se tenha traçado por aí, as ramificações que tomam separam-se e atravessam-se numa encruzilhada de doutrinas.

Foi ZANARDELLI o impulsionador da teoria de **maior alarme social**¹¹⁵, encontrando nela o fundamento para a reincidência, pois o agente ao cometer vários delitos, provoca um “maior alarme”. A agravação deve-se às características da sua perigosidade, tornando o segundo delito mais grave pelo receio gerado na população. As críticas começam por apontar a fraca probabilidade de se gerar uma maior danosidade social, sendo também inseguro atestar a perigosidade pelo cometimento de dois delitos. Ademais, terá de se acrescentar que o alarme social é um dado extrínseco ao delito e o fundamento da reincidência terá de partir de dados intrínsecos¹¹⁶.

109 PUIG, cit., p. 433.

110 ZAMORA, cit., pp. 36-37.

111 PUIG, cit., p. 434.

112 Também quanto a esta doutrina aplicada à reincidência em Espanha *vide* GARCÍA, Luís M., *Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 105 e ss.

113 ZAMORA, cit., pp. 38-39.

114 PUIG, *ibidem*.

115 SUSANO, cit., pp. 74-75; PUIG, cit., p. 441; ZAMORA, cit., pp. 50-51; ZAFFARONI, “La reincidência” cit., p. 119.

116 Assim DELL’ANDRO *apud* PUIG, cit., p. 441.

MANZINI, em muito influenciado por CARRARA, vê no delito uma **dupla lesão**¹¹⁷ – violação direta da norma e do bem jurídico e violação dos interesses gerais da sociedade em manter a ordem. Para este Autor, sendo a reincidência uma circunstância agravante da imputabilidade do sujeito, ao reincidir, esta dupla lesão mantém-se, sendo que a primeira não se altera, ao passo que a segunda é mais lesionada, aparecendo individualizada, agravada e como objeto autónomo de tutela¹¹⁸. Raciocínio semelhante parece fazer IMPALLOMENI e PUGLIA, que também veem a reincidência como uma agravante da imputação, pois determina uma quantidade maior de dano social do que aquela que é determinada pelo delincente primário¹¹⁹. DELL'ANDRO critica esta teoria, afirmando que não se consegue explicar como é que a lesão do interesse público é o reflexo da lesão da norma e do bem jurídico no delincente primário, mas já no reincidente a lesão do interesse público deixa de ser um reflexo imediato e passa a ter uma gravidade particular, enquanto que a lesão do bem jurídico se mantém a mesma¹²⁰.

A Escola Positiva Italiana, em tom de apreciação, defendeu que a gravidade do primeiro e do segundo delito é a mesma. O *plus* é em relação ao sujeito, que por reincidir demonstra **maior perigosidade**¹²¹, formando-se um juízo de prognose do futuro do sujeito. Assim, deverá tentar evitar a recaída no delito com a aplicação da medida mais adequada, no caso, a medida de segurança. A perigosidade deve ser entendida como esse juízo de prognose acerca daquele sujeito, demonstrando a probabilidade de delinquir no futuro, pelo que se deverá tentar evitar a recaída com a aplicação de medida mais adequada. Para estes Autores, o pressuposto de toda a sanção penal é a perigosidade e não a sua culpa. É a partir daqui que se tecem as suas críticas. Primeiro, não se pode admitir que o reincidente vá cometer novos delitos no futuro de forma quase automática¹²². Depois, a perigosidade é um juízo presumido de *juris et de jure*, configurando antes uma ficção de perigosidade¹²³.

Conscientes dos erros em que se poderia cair com o uso do termo “perigosidade”¹²⁴, mudou-se o rumo para um plano jurídico-positivo, que parte da expressão do art. 133.º do

117 SUSANO, cit., pp. 75-76; PUIG, cit., pp. 442-443; ZAMORA, cit., pp. 52 e ss; ZAFFARONI, *ibidem de Manual de Derecho Penal – Parte General*, 6ª Edição (1ª Reimpressão), EDIAR Sociedade Anónima Editora, Argentina, 2002, p. 719.

118 ZAMORA, cit., pp. 52-53; PUIG, *ibidem*.

119 *Apud* ZAMORA, cit., pp. 54-55.

120 *Apud* PUIG, cit., p. 445.

121 SUSANO, cit., pp. 77-78; PUIG, cit., pp. 447 e ss; ZAMORA, cit., pp. 42 e ss; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 718.

122 ZAMORA, cit., p. 42.

123 ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 718.

124 “En contraste con esto, la legislación positiva propia del país en que surgieron las distintas aportaciones de la Escuela Positiva (...) reservó la aplicación de *medidas de seguridad* para supuestos en los que no bastaba *cierta*

Código Penal Italiano, “la capacidad de delinquir”. Primeiro, com ANTOLISEI, a reincidência era vista como uma qualidade pessoal do agente, entendendo que esta “**capacidade para delinquir**”¹²⁵ era uma manifestação da possibilidade de delinquir no futuro. Deste modo, o fundamento da agravação da pena na reincidência encontra-se na demonstrada vontade persistente em delinquir, e assim, na sua maior capacidade. Para este Autor o cometimento de novos delitos exige menos energia, por ser mais frequente e fácil para ele¹²⁶. Os Autores que defendem esta teoria consideram que a reincidência é uma qualidade inerente à personalidade do agente, caracterizando-se pela aptidão para violar as normas com o delito que cometeu, sendo o reincidente um tipo especial de autor. Esta capacidade, não sendo refletida pelo delito, não pertence à culpabilidade, ainda que com ela mantenha estreitos laços. Também CAVALLIO vê na “capacidade para delinquir” o fundamento da reincidência, sendo reveladora de uma maior perversidade do agente¹²⁷. Este raciocínio, para ZAMORA, é atribuir à pena uma finalidade preventiva, tomando em conta as qualidades do sujeito, que embora em nada implique no cometimento do segundo delito por elas mesmas, são reveladas por ele, havendo uma dificuldade em diferenciar a reincidência da habitualidade¹²⁸. Para BETTIOL, é com a pena agravada que se castiga o modo de ser do réu, constituindo assim a reincidência como uma qualificação jurídica subjetiva. A razão pela qual a lei atribui uma maior pena a este modo de ser do delincente é trazida pela própria inclinação para o delito que o indivíduo podia ter evitado que se formasse (culpa pela condução da vida)¹²⁹. Com esta fórmula, não se faz uma agravação ao novo delito, motivo pelo qual não se trata de uma circunstância agravante, pois a culpa está no autor pela condução da sua vida e não no facto, passando-se de um Direito Penal de culpa pelo facto para um Direito Penal que julga a conduta da pessoa na sua vida¹³⁰. Segundo PUIG, a lacuna está na base da reincidência, na inclinação para o delito, que está também na base do fundamento da habitualidade, habitualidade e delinquência por tendência¹³¹.

Foram muitos os autores que encontraram na **maior culpabilidade** (pelo facto), o fundamento da reincidência. Para ALLEGRA, o segundo delito é mais grave, expressando um “conteúdo político e jurídico” mais intenso. Este aumento deve-se a uma modificação

posibilidad de delinquir de nuevo, sino una *cuantificada* posibilidad, generalmente entendida como probabilidad de delinquir.” PUIG, cit., p. 450

125 SUSANO, cit., pp. 77-80; PUIG, cit., pp. 450 e ss; ZAMORA, cit., pp. 46 e ss; ZAFFARONI, *ibidem*

126 SUSANO, cit., p. 77.

127 *Apud* PUIG, cit., p. 453.

128 ZAMORA, cit., p. 48. Também assim PUIG, *ibidem*.

129 *Apud* PUIG, cit., p. 454

130 PUIG, *ibidem* e GARCÍA, cit., pp. 121-122.

131 PUIG, cit., p. 456.

psicológica no sujeito, provocada pela anterior infração, facilitando o cometimento de mais delitos. A esta modificação chama “estado de perigosidade potencial”¹³². PETROCELLI parte da ideia de que a pena se dirige à desobediência da ação humana e não a um estado do indivíduo, motivo pela qual a agravação da pena na reincidência tem fundamento na ação. Para ele, a reincidência deve ser valorada como determinante de uma maior gravidade do delito cometido. Também é considerada a personalidade do agente, mas apenas de forma mediata¹³³. DELL’ANDRO, indo na mesma linha, também considera que existe uma modificação psicológica com o cometimento do primeiro delito, surgindo a figura da *reidad*, categoria atribuída ao “já réu”, através da qual se pretende analisar a posição ético-sociológica deste, após cometer o primeiro delito¹³⁴. Para o juízo de culpabilidade é necessário analisar a capacidade do sujeito para perturbar os valores, bem como a capacidade específica, naturalística e ética de os voltar a perturbar. É o modo mais intenso de querer cometer o segundo delito que fundamenta a agravação da pena¹³⁵. O destinatário da norma imperativa não é o delinquent habitual, pois este, por força do hábito, comete os delitos sem a livre vontade de escolher fazê-lo. No “já réu”, a inclinação para delinquir, não sendo hábito, pode ser vencida pela vontade. Estamos no âmbito da “**culpabilidade por inclinação**”¹³⁶. Para ZAMORA, o raciocínio de DELL’ANDRO, que parte da lógica de que o cometimento da infração cria a inclinação para o delito, tem uma falha, pois não é com ela que se consegue distinguir o sujeito que foi condenado daqueles que cometeram o delito e ainda não cumpriram a pena, devendo antes ser a condenação anterior a formar a *reidad*. De outra forma, poderemos chegar à conclusão de que a reincidência não é muito diferente do concurso de crimes¹³⁷. Também LATAGLIATA considera que esta inclinação para delinquir não constitui causa de agravação da pena, mas sim de aplicação de medidas de segurança, ao contrário da reincidência que agrava a pena¹³⁸. PUIG considera que não basta, para justificar a agravação da pena na reincidência, a remissão para a norma que a regula. A falta de justificação de um aumento quantitativo da culpabilidade ou de qualquer outro elemento de delito, deixa sem explicação a necessidade de atribuir uma pena retributiva e não apenas uma medida de segurança que a habitualidade justifica¹³⁹.

132 *Apud* PUIG, cit., pp. 463-464.

133 *Apud* PUIG, cit., pp. 465-466.

134 *Apud* ZAMORA, cit., p. 57; PUIG, cit., p. 468.

135 SUSANO, cit., p. 82.

136 SUSANO, cit., p. 81; PUIG, cit., p. 474.

137 ZAMORA, cit., p. 61.

138 *Apud* PUIG, cit., pp. 481-482.

139 PUIG, cit., pp. 486.

Na Alemanha, foi a doutrina de MAURACH que despoletou a redação conferida ao § 48 StBG. Segundo este Autor, na reincidência, a **culpabilidade** resultava **aumentada** pela demonstrada e consciente rebeldia face à norma e à ordem social, concorrendo com a representação da punibilidade. Através da sua experiência com a condenação anterior, o sujeito adquire um maior ou especial conhecimento da punibilidade da sua conduta contra o Direito¹⁴⁰. Para ZAFFARONI a consciência da contrariedade ao Direito tem de ser completamente independente da condenação anterior, podendo até nem existir. Este raciocínio só poderá ser válido em casos de reincidência específica¹⁴¹. Na mesma linha, LATAGLIATA faz um paralelo com o arrependimento, fazendo da reincidência uma forma de negação desse arrependimento¹⁴². Para este Autor, o pressuposto da condenação anterior não era visto como apenas um marco que distinguia a reincidência das restantes figuras mas também como um elemento formal: um mandato do juiz, na medida em que, ao reincidir, o delinquente nega por de todo a experiência da anterior condenação; e uma chamada ao dever de conformar os seus comportamentos às normas jurídicas¹⁴³. A agravação da pena (quantitativamente) deve-se ao específico modo de aquisição do maior conhecimento do significado de atuar contra o Direito (que o delinquente primário não tem) por parte do agente e ao consequente modo de operar de tal conhecimento no cometimento da segunda infração, ligando o aumento do desvalor da infração a uma lesão do sentido de autoridade da sentença anterior com a nova infração, que dá base à agravação própria da reincidência¹⁴⁴. Segundo PUIG esta conclusão não permite superar o sentido quantitativo desta função informativa da condenação anterior, nem consegue por ela explicar a diferença de tratamento do recidivante daqueles menos informados relativamente ao significado antijurídico do facto¹⁴⁵. Aliás, refere também o Autor que esta interpretação extravasa os limites da condenação anterior, ao considerá-la agredida pela infração que origina a reincidência. Parece assim esquecido o bem jurídico violado pelo segundo delito, fazendo-se uma conceção da reincidência como a resposta punitiva ao delito cometido contra a Administração da Justiça¹⁴⁶.

140 *Apud* PUIG, cit., p. 499.

141 ZAFFARONI, “La reincidência”, cit., p. 121.

142 *Apud* ZAMORA, cit., p. 62; PUIG, cit., pp. 504-506. Se o primeiro tem um tratamento mais favorável para o reu, então a negação desse arrependimento pelo cometimento do segundo delito após uma primeira condenação, tem de ter um tratamento mais desfavorável, pois tem implícita uma negação da sua experiência condenatória.

143 ZAMORA, cit., p. 62.

144 PUIG, cit., pp. 508-509.

145 *Idem*, pp. 518-519.

146 *Idem*, p. 526.

ZAMORA segue a mesma linha, também encontrando o estado de *reidad*. É neste ponto que é original, pois esta situação não se traduz numa maior inclinação para o delito (que não permite distinguir da mera repetição de delitos), nem deriva de uma tendência ou qualidade do sujeito (nem a condenação terá força para alterar a personalidade de uma pessoa por completo). O efeito da condenação é a experiência que forma a conduta posterior do réu¹⁴⁷. No entanto, não é aqui que poderá encontrar o fundamento da reincidência, pois como bem indica, o conhecimento do desvalor da sua ação não implica necessariamente o melhor conhecimento do desvalor da ação que irá cometer. Mais, da anterior condenação não podemos apenas retirar o conhecimento, mas também e principalmente a advertência e o sofrimento do cumprimento da pena que o agente para sempre recordará¹⁴⁸. Para este Autor, o estado de *reidad* caracteriza-se pela situação de inibição para cometer o delito, motivada pelo contraestímulo. Se ainda assim o agente cometer uma infração, esta terá de se presumir especialmente querida e realizada com uma notável energia de vontade. O segundo delito cometido pelo “já reu” é, assim, objetivamente mais grave, trazendo um desvalor intrínseco e é este segundo delito, mais grave, que deve ser castigado com uma pena também ela mais grave¹⁴⁹.

Para PUIG estas tentativas da doutrina em fundar a reincidência no sentido admonitório da condenação anterior, são insatisfatórias e não justificam a agravação da pena¹⁵⁰. Segundo o Autor importante é o pressuposto do sentido a dar-se à repetição inerente ao novo delito, pois este não possui a mesma “significação objetiva” do primeiro, contendo um maior desprezo pelo bem jurídico¹⁵¹. A isto acrescenta-se a condenação anterior, a experiência “en carne própria”¹⁵², momento em que adquire o conhecimento próprio e especial da sua posição. Adverte que não existe um aumento específico do ilícito próprio do novo facto cometido, que nunca poderá ser alterado pela reincidência. A ilicitude é agravada porque ao ilícito próprio concorre o desprezo dos bens jurídicos violados, expressão do também desprezo pela condenação anterior como experiência pessoal. Deste modo, é a **ilicitude agravada**¹⁵³ do facto cometido pelo reincidente que fundamenta a reincidência. Fazendo

147 ZAMORA, cit., p. 163.

148 *Ibidem*.

149 ZAMORA, cit., p. 167

150 PUIG, cit., p. 523.

151 *Idem* p. 524.

152 *Idem*, cit., p. 528.

153 *Idem*, cit., p. 533.

sentido que seja exigido, no mínimo, o cumprimento parcial da pena, pois é esse o momento mais importante para o fundamento da agravação¹⁵⁴.

3.1 No Direito Penal Português

A doutrina portuguesa não tem sacrificado grandes palavras ao tema dos fundamentos da reincidência, motivo pelo qual considerámos dar-lhe especial atenção. A par está também a jurisprudência, que nem tanto se deu para refletir sobre a justificação, dando como adquirido as poucas conceções ditadas. Sabendo que os textos não são recentes, esta exposição terá de se guiar em congruência com as diversas redações que foram sendo dadas ao instituto na nossa legislação.

Em 1876, SECCO¹⁵⁵ aborda também os fundamentos da reincidência. Assim, em busca da justiça para a agravação, apresenta algumas teses. A primeira é da ineficácia da pena, explicando que o fundamento da segunda punição mais severa se prende com a demonstração, através da prática do segundo delito, de que a pena não foi efetivamente eficaz para o impedir. A segunda diz respeito à maior imoralidade no segundo delito, querendo este Autor explicar que a pertinência do delinquente em continuar a praticar delitos é indicador do seu carácter rebelde, da sua personalidade tendencialmente criminoso e do seu desprezo pela lei. A terceira tese é da segurança pública, ou seja, a que defende que a agravação da pena se prende com a prevenção geral pois “causa o publico descredito da mesma lei, e como consequência produz o alarme social.”. Facilmente encontramos paralelos com as teorias *supra* expostas, detetando influências de CARRARA, das teorias do maior alarme social e da culpabilidade agravada. Refere o mesmo Autor, mais adiante, considerar a insuficiência da lei, não porque não tenha carácter preventivo, mas porque não reprimiu¹⁵⁶.

Mais tarde, BELEZA DOS SANTOS também se debruça sobre o problema, começando por dar conta de que a agravação é explicada por um aumento da culpa do agente, que persistiu em delinquir e se revelou mais perigoso, pelo que carece de uma pena mais grave “que o desvie deste caminho”¹⁵⁷. No entanto, este Autor, tal como tantos outros criminalistas clássicos, não separa estas duas razões. Para eles, a “reincidência era uma

154 GARCÍA, cit., pp. 114-115.

155 SECCO, cit., p. 162.

156 *Idem*, p. 162.

157 SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, cit., pp. 50-51.

agravante porque o delinquente era *mais culpado* e, além disso, *especialmente perigoso*.¹⁵⁸ Influenciado por GAROFALO, BELEZA DOS SANTOS reflete sobre a função da culpa na medida da pena, o que nunca resultaria pela agravação na reincidência, pois a condenação anterior diminuirá a resistência à solicitação para o crime. “A culpa é, dever e poder seguir uma conduta diversa da ilícita. Ora, se para o reincidente, o dever aumentou, muitas vezes o poder diminuiu”¹⁵⁹. Assim, para este Autor, o perigo deriva da culpa e só deve ser relevante para a agravação da pena por ser seu resultado.

Importante foi também o contributo de CAVALEIRO DE FERREIRA. Começando pelo seu conceito de culpa, este surge como bastante amplo pois “Pode o homem desdenhar no seu dever de se formar, perfazendo-se, a si mesmo. E neste sentido haverá uma culpa na formação da personalidade.”¹⁶⁰ Ora não é na proteção do bem jurídico que se encontrará o fundamento da reincidência, mas sim no desenvolvimento da personalidade com tendência para a delinquência, sendo que “A repetição dos factos puníveis favorece a formação do hábito de os cometer. (...) Há então culpa na formação da personalidade, o que se revela no modo de crime.”¹⁶¹

EDUARDO CORREIA foi dos autores portugueses que mais refletiu sobre o problema, tendo dedicado alguns textos ao estudo do instituto e exercendo a sua influência na reforma de 1982. Num dos seus maiores contributos¹⁶², o Autor aflora o problema. Numa primeira aproximação, o Mestre de Coimbra considera que a reiteração criminosa parece revelar uma especial propensão criminosa. No entanto, essa propensão para além de exigir a mesma forma de culpa, poderá ser contrariada por circunstâncias exógenas ou ter uma natureza fortuita que não radicam na personalidade do agente, dando como exemplo o crime cometido em estado de necessidade. Considerando que tanto a reincidência específica como a genérica impõem uma pena mais elevada, tal só se poderá justificar pelo elevado grau de censura demonstrado pelo delinquente¹⁶³. Esclarece ainda que esta censura é diferente daquela que justifica a agravação aplicada ao delinquente habitual, pois esta advém do carácter particularmente perigoso da sua personalidade, enquanto que a reincidência resulta

158 *Ibidem*.

159 *Ibidem*.

160 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal I-II*, cit., p. 11. Noutra obra “A frequência da criminalidade é sintoma de propensão criminosa enraizada no agente. Se êste comete repetidamente actos puníveis, pode inferir-se dessa repetição uma tendência criminógena da sua personalidade.” FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *A personalidade do delinquente na Repressão e na Prevenção*, Depositários, Portugália Editora, Lisboa, pp. 125-126.

161 CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Lições de Direito Penal*, Carmindo Ferreira, Henrique Lacerda, 2º edição, Lisboa, 1945, p. 493.

162 CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., pp. 66 e ss.

163 CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. II, cit., pp. 163-164.

da demonstração através da prática de novo delito, de que a pena anterior não lhe serviu de prevenção contra o crime. É esta a sua linha de pensamento que ficou marcada nas *Actas*, sendo que o núcleo da reincidência passa a ser o “desrespeito, por parte do delinquente, da solene advertência contida na sentença anterior”¹⁶⁴ e é a partir daqui que se deverá procurar a justificação para os pressupostos da lei. Volta também a frisar que “só pode justificar-se pelo entendimento de que a reincidência há uma mais grave culpa do delinquente referida ao *facto* que praticou, que não à sua personalidade.”¹⁶⁵

A doutrina deixada por FIGUEIREDO DIAS tem sido das mais aclamadas e utilizadas pela jurisprudência¹⁶⁶. Admitindo seguir na mesma orientação de EDUARDO CORREIA¹⁶⁷, para o Autor é também através do desrespeito pela solene advertência da condenação anterior que o legislador encontra o fundamento para uma maior censura e, deste modo, para uma culpa agravada na reincidência. No entanto, é também o mesmo Autor que considera que grande parte do fenómeno da reiteração criminosa – em sentido amplo e assim incluindo a reincidência – é fruto da *deviance* secundária¹⁶⁸.

PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁶⁹, à semelhança de LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS¹⁷⁰ e socorrendo-se de EDUARDO CORREIA, também fundamentam a conceção sobre a reincidência na culpa agravada do agente quando a anterior condenação não lhe tenha servido de suficiente advertência contra o crime.

MAIA GONÇALVES¹⁷¹ considera que a verificação de que a condenação anterior não serviu de suficiente advertência contra o crime é uma manifestação de prevenção especial e para TAIPA DE CARVALHO¹⁷² a agravação da pena tem subjacente necessidades de prevenção especial negativa.

Como bem nota FERREIRA LEITE, o raciocínio de FIGUEIREDO DIAS teria de o ter levado a considerar o afastamento da agravação da culpa, pois nem sempre se poderá concluir por uma culpa agravada “ou sequer, pela necessidade, ou melhor, utilidade de uma

164 *Actas das Sessões*, cit., p. 143.

165 *Idem*, p. 147.

166 *V.g.* STJ de 29-02-2012 afirmando o acolhimento uniforme desta doutrina na jurisprudência do STJ; TRP de 17-01-2017; TRC de 25-02-2015 invocando até o ac. do STJ referido;

167 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., pp. 261-262 e 268.

168 *Idem*. p. 262.

169 ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., pp. 373-374.

170 LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, *Código Penal Anotado*, Vol. I, 3ª Edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2002, pp. 893-895.

171 GONÇALVES, Manuel Maia, *Código penal português : anotado e comentado : legislação complementar*, 12ª Edição, Almedina, Coimbra, 1998, p. 263.

172 CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal - Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 65.

pena agravada”¹⁷³, ainda que estejam verificados todos os pressupostos da reincidência. Avaliando o instituto da reincidência à luz do *ne bis in idem*, considera a Autora que o fundamento, demonstrado pela ineficácia da condenação anterior, terá de residir numa maior necessidade de prevenção especial¹⁷⁴. Ainda que se considere a doutrina de FIGUEIREDO DIAS compatível com a proibição de dupla valoração, certo é que, ou se presume o aumento da culpa sem prova em contrário, “ou a reincidência não poderá exercer qualquer influência na pena sempre que a reiteração demonstrar menor capacidade geral de motivação pela norma”¹⁷⁵.

Para ROBALO CORDEIRO¹⁷⁶, a agravação da reincidência não pode estar relacionada com a perigosidade do delincente, mas sim com o desrespeito pela advertência da anterior condenação e, assim, uma maior culpa referida ao facto. Esta advertência terá de constituir um índice real analisado no caso e não apenas um elemento formal.

Também MARQUES DA SILVA atenta o problema, considerando que o elemento fulcral e fundamental da reincidência terá de ser o desrespeito da advertência contida na sentença anterior, sendo indício da falta de adesão do sujeito. A este respeito chama também a atenção que, sendo apenas mero indício, é necessário verificar no caso concreto se ao agente é de censurar a condenação anterior, podendo não ter constituído suficiente prevenção contra o crime¹⁷⁷.

A verdade é que, aos poucos, tem-se abandonado a conceção de culpa agravada e encarado o instituto numa perspectiva de uma maior necessidade de prevenção especial. Também se poderá ver esses resultados a nível jurisprudencial¹⁷⁸. Ademais, bem sabemos, ainda que por aí não queiramos envergar, que estas orientações têm uma base muito mais profunda, relacionadas com o conceito de culpa adotado.

173 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 544.

174 *Idem*, p. 539. Assim também considerou o STJ de 12-09-2007; STJ de 05-02-2009.

175 *Idem*, p. 542. Parece também ser essa a linha de pensamento de SOUSA e BRITO na sua reflexão sobre a culpa e prevenção especial. BRITO, José de Sousa, “A medida da pena no novo código penal”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Vol. III, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, pp. 581 e ss.

176 CORDEIRO, Robalo, “Medida da pena no Código Penal de 1982” in *Textos de apoio de Direito Penal*, Tomo II, AAFDL, Lisboa, 1983/1984, pp. 383-384.

177 SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português : Parte Geral III*, 2ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2008, pp. 170-171.

178 *V.g.* TRL de 07-02-2018; STJ de 05-02-2009.

4. Pressupostos

Encontramo-nos agora na posição de analisar os pressupostos de aplicação da reincidência, previstos no art. 75.º do CP¹⁷⁹. A nossa lei prevê sete pressupostos formais ou objetivos e um pressuposto material ou subjetivo. Os primeiros são: por si só ou sob qualquer forma de participação (1); cometa um crime doloso (2); punido com prisão efetiva superior a 6 meses (3); tenha sido condenado por sentença transitada em julgado (4); em pena de prisão efetiva superior a 6 meses (5); por outro crime doloso (6); que entre a prática do primeiro crime e a do segundo, não tenham decorrido mais de 5 anos (7). O segundo é a apreciação casuística da condenação anterior não ter servido ao agente de suficiente advertência contra o crime (8).

1) Refere a letra da lei de que é indiferente a forma de participação, podendo assim ter sido cometido por autoria imediata, mediata, co-autoria, instigação ou ainda cumplicidade. COELHO DE BARROS¹⁸⁰ levantou a questão sobre a cumplicidade, o que é desde logo afastada por FIGUEIREDO DIAS, sendo que “Uma resposta afirmativa é porém tão segura que o problema não merece mais detalhada consideração.”¹⁸¹ Já na Reforma Penal de 1884 o legislador entendeu que a cumplicidade não afastava o regime da reincidência, ainda que se exigisse que o agente fosse autor em pelo menos um deles (nunca cúmplice nos dois)¹⁸². A questão não parece ter deixado dúvidas para a jurisprudência¹⁸³.

2) e 6) Exige-se que ambos os crimes sejam dolosos, pelo que a reincidência não opera entre um crime doloso e outro negligente, ou entre dois negligentes, ao contrário do que sucedia no CP de 1886.¹⁸⁴ Apesar de parecer claramente decorrente da letra da lei, a questão

179 Código Penal De 1982 Versão Consolidada Posterior A 1995 (DL n.º 48/95, de 15/03 última alteração Lei n.º 44/2018, de 09/08)

“1 - É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.

2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é computado o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para a reincidência nos termos dos números anteriores, desde que o facto constitua crime segundo a lei portuguesa.

4 - A prescrição da pena, a amnistia, o perdão genérico e o indulto, não obstam à verificação da reincidência.” Sublinhado nosso.

180 *Apud* DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 263.

181 *Ibidem*.

182 *Apud* SOUSA, cit., p. 42.

183 *V.g.* STJ de 14-09-2011.

184 ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., p. 372.

não poupou na doutrina. EDUARDO CORREIA considera como correta a opção legislativa, por ser excepcional a punição por negligência^{185/186}. Para FIGUEIREDO DIAS não é à luz da excepcionalidade ou da sua menor gravidade que se deverá excluir a negligência para efeitos da reincidência. O fundamento terá de vir antes da atitude pessoal contrária à norma, pois só nos crimes queridos e previstos pelo agente é que poderá constituir a reincidência¹⁸⁷. Esta ideia parte do requisito material, na medida em que este só poderá ser avaliado, ou melhor, só se pressupõe a sua ponderação quando efetivamente houver intenção em praticar o crime. Parece que é em sentido oposto que segue COELHO DE BARROS¹⁸⁸, considerando que deveria a lei prever a reincidência entre crimes dolosos e negligentes ou apenas entre estes. A sua justificação parte de que violação do dever de cuidado é também ela suscetível de censura e por isso deveria contar para efeitos de reincidência. Aliás, este argumento parece ser mais óbvio na negligência grosseira (art. 15.º a) do CP) pois, à luz da conduta adotada, é altamente provável que o resultado se verifique. Vendo no âmbito da criminalidade rodoviária, SUSANO¹⁸⁹ encontra como boa a argumentação dada.

3) 4) e 5) O requisito da pena de prisão efetiva superior a seis meses aplica-se tanto ao crime anteriormente cometido como ao novo delito. Assim, deve o agente ter sido condenado anteriormente a seis meses de prisão efetiva¹⁹⁰, tal como ao crime agora cometido corresponda, no mínimo, essa pena. Esta ideia parte do estabelecimento de um mínimo de gravidade, afastando-se assim a criminalidade bagatelar. As dúvidas levantam-se em relação ao que poderia abranger o conceito de pena de prisão efetiva, dividindo a doutrina. Pensamos ser mais fácil fazer a avaliação para cada situação.

O cumprimento de prisão efetiva por força da revogação da suspensão da execução da pena, nos termos do art. 56.º do CP, conta para efeitos de reincidência, para a maioria. Tanto MAIA GONÇALVES¹⁹¹, como LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS¹⁹² e PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁹³ são deste entendimento, desde que superior a seis meses. Para

185 Cfr. CORREIA, “Reincidência e sucessão de crimes”, cit., p. 97-98.

186 STJ de 15-07-1960. Abordou, ainda que indiretamente, esta questão. “A repelir a ilógica doutrina do acórdão recorrido, basta referir que entre um crime culposos de homicídio e um crime doloso de ofensas corporais não haveria reincidência (parágrafo 2 do artigo 35 do Código Penal). Mas, segundo tal doutrina, se o crime de ofensas corporais fosse culposos, em vez de doloso, já haveria reincidência! Tal posição conduziria ao ilogismo de punir mais gravemente casos mais leves.”

187 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 264.

188 *Apud* SUSANO, cit., p. 100.

189 SUSANO, cit., pp. 100-101.

190 De modo a afastar-se a pena suspensa. Cfr. DIAS, em *Código penal: actas e projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993, p. 83.

191 GONÇALVES, cit., p. 263.

192 LEAL-HENRIQUES, cit., p. 894.

193 ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal ...*, cit., p. 372.

FIGUEIREDO DIAS¹⁹⁴ a questão é de facto duvidosa, mantendo, no entanto, a opinião de que não deverá relevar para a reincidência, na medida em que é intenção da lei que os crimes sejam diretamente punidos com prisão efetiva. O mesmo Autor considera que já o cumprimento de prisão efetiva por revogação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade¹⁹⁵ (art. 59.º n.º 2 do CP) deverá contar para efeitos de reincidência, o que, segundo o argumento dado anteriormente, não se entende, ainda que se concorde. SUSANO¹⁹⁶ é da mesma opinião, considerando ainda que o mesmo tratamento deverá ser dado à pena incumprida e revogada de proibição de exercício de função, atividade ou profissão, por analogia à suspensão de execução da pena de prisão.

PINTO DE ALBUQUERQUE tem uma posição algo vasta, entendendo que o pressuposto da pena de prisão efetiva da reincidência abrange a revogação de *qualquer* pena subsidiária por em todas elas se verificar uma séria advertência de pena de prisão¹⁹⁷. Pelo contrário, MAIA GONÇALVES considera que, para além da revogação da suspensão, “qualquer outra pena de substituição não serve para efeitos de reincidência.”¹⁹⁸. Assim, relativamente à pena de multa com prisão alternativa cumprida, para o mesmo Autor, para FIGUEIREDO DIAS¹⁹⁹ e LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS²⁰⁰, não poderá esta contar para a verificação do pressuposto da prisão efetiva. O fundamento prende-se com o anteriormente já apresentado, pois pelo espírito da lei apenas faz sentido exigir-se que o crime anterior tenha uma tal gravidade que implique a aplicação direta da pena de prisão. SUSANO acompanha esta doutrina, considerando que é intenção da lei afastar a pequena criminalidade²⁰¹. Diferente é a pena de prisão substituída por multa nos termos do art. 45.º n.º 1 e 2, quando a multa não tenha sido paga e por isso aplicada a pena de prisão²⁰². PINTO DE ALBUQUERQUE, como já se disse, considera que se deveria contabilizar para efeitos de reincidência, sem, no entanto, conter mais explicações. Já o regime de prisão por dias livres (ex art. 45.º do CP) e o de semidetenção (ex art. 46.º do CP)²⁰³ serviam para fundar a reincidência, pois eram também formas de cumprimento de pena de prisão, o que aliás deverá

194 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 265.

195 *Ibidem*.

196 SUSANO, cit., pp. 102-103.

197 ALBUQUERQUE, *ibidem*.

198 GONÇALVES, cit. p. 263.

199 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 265.

200 LEAL-HENRIQUES, cit., p. 894.

201 SUSANO, cit., p. 102.

202 *Idem*, p. 104.

203 As penas de substituição distinguem-se consoante o seu conteúdo e a sua estrutura, podendo ser patrimoniais, limitativas da liberdade, impositivas de trabalho, suspensivas ou ainda substitutivas em sentido estrito. O regime de prisão por dias livres e de semidetenção são penas de substituição detentivas, onde também se poderá incluir o regime de permanência em habitação. DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., pp. 334-336.

ter sido a vontade do legislador²⁰⁴. Contudo, com a entrada em vigor da Lei 94/2017 de 23 de agosto, extinguíram-se as penas de substituição detentivas²⁰⁵. Relativamente ao regime de permanência na habitação (art. 43.º do CP), deverá também contar para efeitos de reincidência. SUSANO²⁰⁶ pronuncia-se neste sentido, ao contrário de PINTO DE ALBUQUERQUE, em coerência com a sua consideração pelos regimes já extintos.

Já anteriormente fizemos a avaliação da importância do pressuposto da anterior condenação, pelo que não carece maiores considerações. Exige a nossa lei que essa condenação já tenha transitado em julgado, caso contrário estaremos perante um concurso de crimes. É também este o momento que demarca a consideração da solene advertência para o agente^{207/208}. Considera EDUARDO CORREIA que seria mais adequado a norma exigir duas condenações anteriores, o que não foi, no entanto, vontade do legislador²⁰⁹.

Outra questão bastante discutida pela doutrina foi o tema do cumprimento da pena anterior. Já antes de ter sido introduzida pelo legislador de 1982, CARRARA considerava que o único motivo que fundamentava a agravação era precisamente o facto da primeira condenação ter sido insuficiente, o que apenas se poderá demonstrar com o efetivo cumprimento dela²¹⁰. Por outro lado, era defendido que apenas se exigia a condenação, não sendo obrigatório o seu cumprimento. A ideia que está por detrás desta corrente é a de que, ainda que não tenha passado à fase da execução, já decorreu grande parte do processo e o delinquentes não só correu o sério risco de passar à fase de execução, como também desempenhou o papel de réu durante o decurso do processo²¹¹. FIGUEIREDO DIAS considerava a exigência do CP de 1982 duvidosa, pelo que o melhor seria não exigir o cumprimento, ainda que parcial^{212/213}. Apesar desta exigência ter sido retirada com a Reforma

204 *Código penal : actas e projecto*, cit., p. 83.

205 Sobre os motivos ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 32. Sobre o regime transitório TRL de 21-02-2019.

206 Ora só assim poderá fazer sentido, pois i) este regime é também privativo da liberdade; ii) fazendo uma analogia entre o regime previsto no atual art. 43.º, n.º 1, a) do CP e a medida de coação do art. 201.º CPP para efeitos de contagem dos prazos dos art. 80.º do CP e art. 215.º n.º 8 do CPP; iii) segundo o art. 9.º da Lei 59/2007, o art. 201.º do CPP é aplicável ao art. 43.º do CP; iv) em harmonia com o sistema penal, deverá considerar-se o regime de permanência na habitação como cabendo no requisito da reincidência. Cfr. SUSANO, cit., p. 103-104. No mesmo sentido parece ter ido RAMOS, João Palma, “Reincidência: pressupostos na lei penal portuguesa”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 143 (Julho-Setembro), 2015, p. 16.

207 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit. pp. 265-266 e RAMOS, cit., p. 15.

208 Tem sido também este o entendimento na jurisprudência *v.g.* STJ de 14-01-2009.

209 CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. II, cit. p. 167 bem como em *Actas das Sessões*, cit., p. 147 (o que na verdade, foi votado por unanimidade). Também *vide* GONÇALVES, cit., p. 264.

210 SANTOS, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, cit., p. 52.

211 *Ibidem*.

212 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 267.

213 Assim também GONÇALVES, cit., p. 264, contra SIDÓNIO RITO e GUARDADO LOPES em *Actas das Sessões*, cit. pp. 145-146.

de 1995²¹⁴, sem ela parece difícil comprovar a ineficácia da anterior condenação, a não ser, claro, que se considere a ameaça como suficiente.

7) O último pressuposto formal é de que não tenham decorrido mais de cinco anos entre a prática de ambos os crimes. Este prazo pressupõe a liberdade do agente, motivo pelo qual é suspenso quando essa liberdade não se verifica (art. 75.º n.º 2²¹⁵ *in fine* e n.º 3). Para COELHO DE BARROS o prazo deveria iniciar com a data da decisão condenatória²¹⁶. Ora concorda-se com SUSANO, pois para além da resposta estar no CP (art. 3.º *tempus delicti*), poderíamos deparar-nos com injustos casos determinados por “acazos jurídicos”²¹⁷. Também parece ser essa a direção para onde aponta a jurisprudência²¹⁸.

8) Como último pressuposto encontramos o material, sendo que será necessário atender às circunstâncias do caso para determinar se é de se censurar o agente, por a condenação anterior não lhe ter servido de advertência. Primeiramente, em 1955 alterou-se o termo “prevenção” para “advertência”. FIGUEIREDO DIAS já tinha chamado a atenção que o termo “prevenção” poderia tornar-se equívoco²¹⁹, parecendo que com a alteração, o legislador adotou a conceção deste Autor de culpa agravada. No entanto, aponta FERREIRA LEITE²²⁰ que a redação de hoje continua a dar como válida a sua interpretação, sendo que o termo “advertência” poderá expressar tanto uma maior censurabilidade, como uma maior perigosidade.

Antes da alteração que veio introduzir este elemento, GOMES DA SILVA considerou que seria desrazoável, na medida em que a sua prova seria muito difícil de fazer. MAIA GONÇALVES e GUARDADO LOPES concordavam com a alteração, mas propunham

214 Referindo a lição de EDUARDO CORREIA, relativamente à necessidade de cumprimento da pena para que se concretize a advertência, o legislador considerou este pressuposto incompatível com a redação do n.º 4. *Código penal: actas e projecto*, cit., p. 82.

215 Já foi levantada a questão da violação do princípio da igualdade neste segmento da norma. O TC não julgou inconstitucional. “A experiência de liberdade ou, com mais propriedade, a experimentação da liberdade, ainda que sob condição resolutive (cometimento de um crime no período de suspensão da execução da pena de prisão) é, pois, assumida pelo legislador como indispensável para avaliar o comportamento do agente posterior à condenação e o efeito que esta, enquanto advertência que lhe é dirigida de que não deve, no futuro, cometer outros crimes, nele provocou” TC 8/2014 de 07/01/2014.

216 BARROS, *apud* SUSANO, cit., p. 106.

217 SUSANO, cit., p. 106.

218 Ac. TRP de 25-03-2015 “I. Sendo a acusação e ao acórdão omissos sobre a data em que foram praticados os crimes anteriores, falta um dos pressupostos formais da reincidência: que entre a prática do crime anterior e a do crime seguinte não tenham decorrido mais de cinco anos.”; STJ de 15-04-2010. “V - Os pressupostos formais da reincidência são a prática de crimes reiterados dolosos, a condenação em penas de prisão efectiva por ambos os crimes, o trânsito em julgado da primeira condenação e o não decurso de mais de 5 anos entre a prática do crime anterior e a do novo crime.”

219 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit. p. 268.

220 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 552.

que o ónus da prova fosse invertido, competindo assim ao delincente demonstrar que as anteriores condenações lhe serviram de advertência²²¹.

Outra questão também é muito discutida é o sentido proposto por FIGUEIREDO DIAS para o critério da censura, sendo que este exige uma “íntima conexão” entre os crimes praticados. Tal conexão poderá afirmar-se através da analogia “dos bens jurídicos violados, dos motivos, da espécie e da forma de execução”²²². Contra encontra-se FERREIRA LEITE, para quem esta “íntima conexão” poderá nem existir, quando o fundamento da reincidência está na demonstração da ineficácia da pena na ressocialização do sujeito²²³. Cremos que a razão está com a última Autora, não só porque esta “íntima conexão” traz como que um regresso à consagração da reincidência específica, como consideramos que este critério será apenas uma justificação para a teoria da culpa agravada, não tendo apoio nem na letra, nem na teleologia da norma.

Para COELHO DE BARROS, para além da íntima conexão, é também necessário identificar outros elementos como as causas e motivações que levaram à prática do delito²²⁴. É este o pressuposto que poderá retirar qualquer automaticidade ao instituto da reincidência quando refere “de acordo com as circunstâncias do caso”, obrigando a uma avaliação concreta, relacionando o agente, a sua integração nos factos e a sua motivação²²⁵. Aliás, tem sido considerado pela jurisprudência de que não só a imputação na qualidade de reincidente tem de constar da acusação²²⁶ como também “tem que assentar em factos concretos, atinentes à motivação ou à execução do crime, demonstrativos de que o aviso contido na anterior condenação foi indiferente para o agente, e não em deduções sustentadas exclusivamente na reiteração criminosa” para que se possa “identificar os laços que existem entre os dois crimes, e que permitam concluir pelo referido juízo de censura agravado”²²⁷. Têm os nossos tribunais persistindo em encontrar a íntima conexão entre os crimes²²⁸.

221 *Actas das Sessões*, cit., pp. 145-146.

222 DIAS, *ibem*, p. 269.

223 LEITE, *idem*, p. 548.

224 BARROS, *apud* SUSANO, cit., p. 109.

225 Também RAMOS, cit., p. 17. É interessante a decisão do STJ de 12-05-1993 (Relator: Armando Pinto Bastos) que considerou não existir, entre o quadro de factos provados, que o levasse a concluir que as condenações anteriores não tinham servido de suficiente prevenção contra o crime. *Vide* BASTOS, Armando Pinto, “Ser ou não ser reincidente”, in *Subjudice, Justiça e Sociedade*, n.º 5, Lisboa, 1993, pp. 96-98.

226 STJ de 18-06-2009.

227 STJ 13-09-2018.

228 *V.g.* STJ de 02-29-2012.

5. Efeitos

Os efeitos da aplicação da reincidência estão previstos no art. 76.º, sendo que estabelece a lei que o limite mínimo da pena aplicável é elevado a um terço, permanecendo o limite máximo inalterado²²⁹. Outro limite dado pelo n.º 1 é de que a pena mais grave aplicada nas condenações anteriores, nunca poderá ser ultrapassada, “desde que se verifiquem os pressupostos da reincidência em relação à condenação na pena mais grave”²³⁰, pois pode ter havido mais condenações e a reincidência só operar em relação a alguma delas. Esta limitação encontra-se justificada pois que se pretende evitar que aplicada uma pena pequena anteriormente, possa ela ser valorada de tal forma para a reincidência, resultando numa agravação desproporcionada²³¹. Excluída a aplicação da pena relativamente indeterminada (pois partem de fundamentos semelhantes²³²), que segundo o n.º 2 prevalece sobre o regime da reincidência (sem possibilidade de acumulação), deverá proceder-se ao cálculo da pena.

Na doutrina de FIGUEIREDO DIAS²³³, seguido pela maioria²³⁴, no primeiro passo determina-se a pena a aplicar ao crime, não considerando agora a reincidência²³⁵. Será não só para verificar se a pena a aplicar é superior a seis meses (pressuposto formal), como também para facilitar o último passo da operação. De seguida, deverá o juiz construir a moldura penal que decorre com a aplicação da reincidência, ou seja, deixando o limite máximo intocado e elevando em um terço o limite mínimo previsto para o crime. Considera este Autor que do ponto de vista da culpa, esta solução é de aplaudir. O terceiro passo consiste na busca, dentro da moldura penal desenhada pela reincidência, da medida concreta da pena. Ora, o mesmo Autor que considera respeitado o princípio da culpa, vem explicar que esta moldura se encontra mais estreita, pois o limite mínimo subiu pela operação anterior e o “limite máximo da pena concreta consentido pela culpa poderá ser *mais alto*, devido à intensidade da censura

229 Limitação que é imposta pelo próprio princípio da culpa. No mesmo sentido, ainda que considerando uma culpa agravada DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 271.

230 ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., p. 375.

231 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 273.

232 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. I, cit., p. 554. Segundo a conceção de ZAMORA, a habitualidade pode ser cumulada com a reincidência. cit., p. 173.

233 *Idem*, pp. 270 e ss.

234 ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., pp. 374-375; GONÇALVES, cit., pp. 266-267; LEAL-HENRIQUES, cit., pp. 905-906.

235 RODRIGUES, Anabela Miranda, “A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade e a escolha da pena” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, n.º 2, (Abril-Junho), Lisboa, 1991, pp. 243-258; Sobre a Jurisprudência do STJ vide SOUTO MOURA, *A Jurisprudência do STJ sobre a fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*, [Consultado a 14-05-2019]. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura_escolhamedidapena.pdf.

ao agente de se não ter deixado motivar pela advertência²³⁶. Desta forma, chega à conclusão de que o resultado será, inevitavelmente, uma pena mais elevada. Por fim, deverá comparar-se a medida concreta da pena resultante dos passos anteriormente dados e a pena que seria aplicada caso a reincidência não fosse aplicada, por respeito ao limite do n.º 1 *in fine*, certificando que a agravação (diferença entre uma e outra) não ultrapassou o seu limite.

Analisando toda a problemática à luz da prevenção especial e do princípio da culpa, FERREIRA LEITE faz um raciocínio inverso, ou seja, em vez de se determinar que é necessária uma pena mais grave para se intimidar o agente, a conclusão a que é preciso chegar é a de que uma pena mais leve não produzirá esse efeito, limitando sempre pelo máximo fixado pela culpa e pelas necessidades de prevenção especial²³⁷. Assim, pode logo chegar-se à conclusão de que nem será necessária uma pena agravada. Como bem explica a Autora, “Pode a reincidência ser apenas uma comprovação, em sede de prevenção especial, da imagem global de prevenção resultante do facto e do agente. Ou pode ainda a reincidência indicar não um aumento, mas uma diminuição da culpabilidade, por ser reflexo da fraca capacidade do agente se motivar pela norma”²³⁸.

FERREIRA LEITE tece também duras críticas ao esquema de determinação da medida da pena de FIGUEIREDO DIAS, problema que parte desde logo da consideração da reincidência como uma circunstância agravante da culpa²³⁹. Ora a terceira operação do tribunal, em que se deverá determinar qual a medida concreta da pena dentro da moldura penal já desenhada no segundo momento pela reincidência, coloca o risco de que a pena exceda a medida da culpa. Assim, a reincidência influencia o limite máximo da culpa (culpa agravada), determina o limite mínimo da moldura penal e ainda agrava a medida concreta da pena, depois de terminadas todas as operações com a comparação entre a medida da pena obtida com e sem a reincidência, de forma a que não se exceda a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores, “o que torna praticamente impossível evitar uma dupla valoração.”²⁴⁰ FERREIRA LEITE propõe assim que primeiro se fixe a moldura da pena, em função da medida da culpa, que à semelhança da primeira operação de FIGUEIREDO DIAS, não tem em conta a reincidência. Se à luz da prevenção especial for aplicável a pena de prisão, então deveremos verificar os restantes pressupostos formais da reincidência e só

236 DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 272.

237 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. I, cit, pp. 548-549.

238 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. II, cit, p. 646.

239 LEITE, *idem*, p. 644.

240 *Idem*, p. 645. Em sentido semelhante, CASAL, Nuno, “Ponderação de antecedentes pela CMVM em sede de processo de contra-ordenação” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 12, 2001, p. 299.

depois partir para o pressuposto material. Caso também se verifiquem, só então se cumpre o disposto no art. 76.º n.º 1, elevando-se o limite mínimo já encontrado em um terço. Nesta moldura deverá ser encontrada a medida concreta da pena. O termo “agravação” deverá ser relativo ao aumento do limite mínimo e não à agravação da medida da pena²⁴¹. Os resultados serão diferentes, vejamos. Imaginemos que temos um sujeito que já tinha sido condenado em dois anos de prisão efetiva e que agora teria praticado ofensas à integridade física grave, punido com pena de prisão de dois a dez anos.

Segundo FIGUEIREDO DIAS, primeiro chegamos à medida concreta da pena a aplicar a este delito, sem considerar a reincidência, imaginando, seis anos. Depois vamos desenhar a nova moldura penal com a reincidência, ou seja, subindo o limite mínimo em um terço, neste caso, seria de quatro anos e oito meses a dez anos. Depois encontramos a medida concreta da pena na nova moldura, imaginemos, oito anos (culpa agravada). Agora poderemos concluir que ao art. 76.º n.º 1 *in fine* se encontra respeitado pois a diferença entre a primeira e a segunda medida da pena são de dois anos (pena anterior).

Segundo FERREIRA LEITE, primeiro desenhamos a moldura da pena, sendo de dois a sete anos. Ponderada a aplicação da pena de prisão, à luz da prevenção especial, e verificados todos os pressupostos formais da reincidência, terá o juiz que averiguar a ineficácia, ou não, do cumprimento da pena anterior, relativamente ao novo delito. Só uma conclusão positiva nos poderá deixar avançar para o próximo passo, estreitando a moldura pelo seu limite mínimo. Este apenas poderá apenas subir para quatro anos, pois ao contrário do limite mínimo desenhado anteriormente, para esta Autora a “agravação” do n.º 1 *in fine* é relativo ao limite mínimo. Como a pena anterior era de dois anos, este será o máximo permitido. Ainda não determinamos a medida concreta da pena, mas já chegámos a uma moldura completamente diferente.

241 *Idem*, p. 646.

Parte II

Os Crimes e as Contraordenações

1. Desenvolvimento histórico das Contraordenações

À semelhança do que já fizemos anteriormente, também aqui considerámos a importância que os pilares da história têm para nos oferecer. Na verdade, o Direito Contraordenacional, ainda que com poucos anos de vida, traz uma bagagem não menos complexa ou interessante. Ele foi existindo, com outros nomes e configurações, das quais poderemos retirar pequenas semelhanças que nos desvendam os seus antepassados. Para tanto, será necessário recuar aos Estados Absolutos e ao desenvolvimento do Direito Penal de Polícia, centrado na figura do rei. Este, em nome de *raison d'État* e aliado à sua Administração, intervinha em todos os domínios da vida social²⁴², intervenções essas, alheadas de qualquer sentido de proteção de direitos individuais, de legalidade ou ainda de controlo. Só mais tarde, e devido ao Jusnaturalismo, é que se ligou a função de proteção antecipada de perigos e de organização da sociedade, motivo pelo qual se assistia a uma crescente regularização normativa por parte das autoridades policiais²⁴³. É este o momento a partir do qual se começam a separar as condutas criminosas, daquelas que enfermam de uma perigosidade geral como uma “possibilidade de surgimento do dano”²⁴⁴.

Com a Revolução Francesa surge o Estado de Direito, em que todos os homens nascem iguais, anunciando-se uma alteração substancial na relação entre o cidadão e a Administração. Esta, por estar sujeita ao princípio da legalidade, levou à desagregação entre o Direito Penal e o Direito Penal Administrativo, surgindo assim, ainda que dentro do primeiro, a contravenção²⁴⁵. Inspirado em KANT, é FEUERBACH o impulsor desta distinção,

242 VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Editora, 2013, pp. 33 e ss; SILVA DIAS, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, Almedina, 2018, pp. 9 e ss; ROQUE, Miguel Prata, “O Direito sancionatório enquanto bisetris (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, ano 4, n.º 14/15, 2013, p. 111; AZEVEDO, Tiago Lopes, *Da subsidiariedade no Direito das Contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, Coimbra Editora, 2011, pp. 29 e ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, anos 116 e 117, n.º 3714-3720, Coimbra, 1984-1985, p. 264.

243 CARVALHO, cit., p. 118.

244 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 44.

245 DIAS, Jorge de Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, Vol. I – Problemas Gerais*, Coimbra Editora, 1998, p. 20 e AZEVEDO, cit., p. 31.

para quem o crime estava relacionado com a ideia de justiça e dos direitos do pré-existente Homem e a infração de polícia com uma ideia de utilidade e segurança²⁴⁶. Efetivamente, esta teoria foi acolhida pelo Código de Baviera em 1813, mas durante o séc. XIX, o Direito Penal de Polícia foi perdendo a sua força e as vozes que seguiam FEUERBACH foram sendo silenciadas. As codificações penais absorveram as contravenções, passando a possuir um “carácter unitário de protecção de bens jurídicos”²⁴⁷. A par, foram também muitas as críticas que faziam ressaltar a violação do princípio da separação de poderes devido à aplicação de sanções pelas autoridades administrativas²⁴⁸, ou ainda a fragilidade da distinção qualitativa.

Neste contexto, e na necessidade de se encontrar um ramo de Direito Sancionatório a meio caminho, afirmam-se as vozes de GOLDSCHMIDT e MAYER no sentido de distinguir o Direito Penal Administrativo do Direito Penal de Justiça, sendo o primeiro independente do segundo. Segundo MAYER, o delito administrativo é uma infração desmaterializada, consistindo na violação de deveres jurídicos impostos por lei, distanciando-se do ilícito criminal pela indiferença cultural²⁴⁹. Já para GOLDSCHMIDT a distinção não seria feita em termos absolutos. Este Autor marca posição contrapondo o Direito e a Administração. Para tal, coloca de um lado o *poder-querer* imanente ao Direito, e por outro, o *bem-estar* imanente ao progresso. Se por um lado se preservam os bens jurídicos, respeitantes ao interesse de um portador de vontade²⁵⁰, por outro lado se preserva o bem-estar da sociedade, existindo apenas uma omissão de conduta, necessária para obtenção de um resultado²⁵¹. É assim através da lesão do bem jurídico que este Autor estabelece o critério de distinção entre ambos os ramos, definindo o bem jurídico protegido do Direito Penal Administrativo como os interesses confiados à Administração. Este confronto acaba por sofrer uma alteração, indo às raízes da separação entre os dois tipos de normas e lançando o critério que até hoje é discutido – a relevância ética do facto²⁵². A proteção de bens jurídicos continua a fazer parte do seu critério mas a compreensão que tanto no Direito Penal como no Direito Penal Administrativo existe esse escopo, levou o Autor a buscar um critério teleológico²⁵³. Se por um lado as normas de Direito Penal compreendiam um “momento

246 *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel da, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 79 e 82-84; VILELA, *O Direito...*, cit., p. 45.

247 COSTA ANDRADE, cit., p. 85.

248 Crítica apontada por MATTES, *apud* VILELA, *O Direito...*, cit., p. 49.

249 SILVA DIAS, *Direito...*, cit., pp. 14-15.

250 *Apud* BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra Editora, 2016, p. 24.

251 *Apud* COSTA ANDRADE, cit., pp. 87-88; AZEVEDO, cit., pp. 37-38.

252 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 31.

253 CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. I, cit., p. 215.

ético” caracterizado pela “manifestação de uma vontade que é expressão da razão, ser no fundo a explicitação de uma convicção que se encontra arreigada na comunidade.”²⁵⁴, tal momento não existe no Direito Penal Administrativo, sendo este apenas uma criação do Estado. TAIPA DE CARVALHO considera que este critério não podia ser suficiente, pois os interesses da administração “não podem ser alheios ao valor da justiça.”, tal como também não pode ser suficiente o critério com base na eticidade, na medida em que as contraordenações seriam axiológico-socialmente irrelevantes²⁵⁵. Num sentido próximo, para CAVALEIRO DE FERREIRA não ficou marcada a distinção entre ordem jurídica e ordem administrativa, pois tanto o Estado como os indivíduos “estão sujeitos somente a uma ordem jurídica unitária.”²⁵⁶

A teoria de GOLDSCHMIDT teve um período de sucesso, ainda que não tenha conhecido consagração legal. Foi perdendo a sua força até E. WOLF voltar às bases teóricas da distinção qualitativa entre o Direito Penal e o Direito Penal Administrativo. Num plano formal não se conseguirá apontar destrições, bem como a sanção sofrida constituirá também uma pena no Direito Penal Administrativo, ainda que neste não se reaja a uma personalidade indiferente ao Direito, mas tão somente a um descuido do agente, tendo assim um fim disciplinar e nunca expiatório²⁵⁷. Assim sendo, o sujeito que comete um crime, não observando o mínimo ético, é “uma pessoa associial, anti-social e perigosa”²⁵⁸, enquanto que o cometimento de um ilícito administrativo demonstra apenas “uma falta de zelo social”²⁵⁹. Para este Autor não é no campo da ilicitude formal que se deve procurar a destrição, pois em ambos se deteta a contrariedade ao Direito. No entanto, à luz da ilicitude material, encontramos uma autonomia ao nível do grau de danosidade provocado por cada ilícito²⁶⁰.

BELEZA DOS SANTOS considera que a diversidade de ilícitos não poderá levar à autonomização do Direito Penal Administrativo, pois que a ser assim, teríamos de chegar à conclusão que existiria “um ilícito civil, outro comercial, outro político, outro fiscal (...)”²⁶¹. Conclusão errada é também aquela que considera o ilícito administrativo como a falta de

254 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 32.

255 CARVALHO, cit., pp. 119-120.

256 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal I-II*, cit., p. 113.

257 COSTA ANDRADE, cit., pp. 89-90.

258 WOLF *apud* BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 38.

259 *Ibidem*.

260 *Apud* VILELA, *O Direito...*, cit., p. 66 e BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 39.

261 SANTOS, J. Beleza dos, “Ilícito Penal Administrativo e Ilícito Criminal” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 5, n° 1 e 2, 1945, p. 45.

colaboração com a atividade administrativa, como menos grave ou eticamente menos relevante, comparativamente a determinados ilícitos criminais.

Este desenvolvimento teórico acaba por ter o inevitável interregno trazido pelas duas guerras mundiais. Estas desencadearam uma maior necessidade de intervenção estadual e administrativa em inúmeros campos²⁶², sendo que foi na economia que esta intervenção se tornou mais visível. Surge, assim, um Direito Penal sancionatório diferente do clássico, com sanções aplicadas por autoridades administrativas a condutas lesivas do bem-estar económico, apresentando um conteúdo ético neutro²⁶³. Estas autoridades administrativas encontravam-se pautadas pelo princípio da oportunidade, tomando todas as decisões, desde a decisão de processar até à sanção a aplicar²⁶⁴. Este nível de atuação, aliado à proliferação destes ilícitos, levou ao levantamento de questões como a legitimidade e legalidade dos poderes conferidos à administração²⁶⁵.

Recuperando o legado deixado pelos autores anteriores, EBERHARD SCHMIDT abriu caminho para a figura da contraordenação e para a simplificação do Direito Penal Económico. A sua mão foi notória na Lei de Simplificação do Direito Penal Económico alemã de 1949, criada como forma de libertação deste ramo, vincado que estava pelo período de estrangulamento do princípio da independência judicial com a “tomada de assalto da esfera de jurisdição criminal pela administração.”²⁶⁶. Na tentativa de separar as águas, criou esta lei uma nova figura, a contraordenação (*Ordnungswidrigkeit*), material e processualmente distinta do crime, configurando-se a sanção como uma coima (*Geldbusse*)²⁶⁷. Se por um lado, o Direito Penal protege bens jurídicos individualizados, a contraordenação a proteger algum bem jurídico, será o do interesse da administração, nunca “indo além do espaço dos interesses administrativos”²⁶⁸, e desenhando assim uma distinção qualitativa através do conteúdo material da ilicitude²⁶⁹. A atitude do agente é também diferente, pois o autor do crime demonstra indiferença perante o Direito (culpa penal), enquanto o infrator apenas revela desobediência à imposição ou proibição legal, em nada demarcado pela personalidade ética do sujeito²⁷⁰. Consequentemente, as suas finalidades terão de ser distintas, sendo que a

262 MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações. Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 19 e AZEVEDO, cit., pp. 32-33.

263 COSTA ANDRADE, cit., p. 92.

264 *Ibidem*.

265 RAFAEL, Nélia Patrícia dos Santos, *A autonomia do ilícito contra-ordenacional face ao ilícito criminal e o concurso de infrações*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 32.

266 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., pp. 18-19.

267 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 17.

268 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 47.

269 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 79.

270 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 18; VILELA, *O Direito...*, cit., p. 81 e COSTA ANDRADE, cit., p. 94.

pena terá uma função de prevenção, enquanto a contraordenação terá apenas função de coerção administrativa-disciplinar²⁷¹. As diferenças são também apontadas a nível processual, pois a contraordenação era apreciada e decidida pela administração, obedecendo ao princípio da oportunidade, prevendo-se, contudo, garantias de defesa do arguido bem como a chance de tutela judicial através da impugnação²⁷².

Ainda que tenha iniciado apenas no ramo económico, as bases foram lançadas para que se estendessem a outros domínios²⁷³. Principalmente após a publicação da Lei-Quadro das Contraordenações em 1952 (OWiG), ligado ao movimento de despenalização, por forma a contrariar o aumento exponencial de ilícitos da administração aliado à violação da separação de poderes²⁷⁴. No entanto, o critério qualitativo preconizado por SCHMIDT foi vencido pela alteração à Lei-Quadro em 1968, pois inúmeros crimes e contravenções passaram a constituir contraordenações, traçando-se uma distinção meramente formal (§ 1 da OWiG)²⁷⁵.

É neste contexto que a discussão é trazida para Portugal. Ainda que o séc. XVIII seja apontado como o berço do Direito Contraordenacional, na nossa história conseguimos encontrar referências que podemos considerar os seus remotos antecessores²⁷⁶. No entanto, como bem nota SILVA DIAS, é aquele o séc. que marca o início da discussão sobre os fundamentos das infrações de polícia²⁷⁷, justamente com a Carta de Lei de 25 de junho de 1760, criando a Intendência Geral da Polícia, onde se procurou separar a jurisdição contenciosa da jurisdição de polícia²⁷⁸. MELO FREIRE, fortemente inspirado em BECCARIA, toma nota da necessidade de se proceder a uma rutura entre o Direito Penal e o Direito de Polícia, considerando que os ilícitos políticos, ainda que de natureza inocente e lícita, não ofendem diretamente a sociedade ou os cidadãos, mas ofendem “pelas suas consequências”²⁷⁹, tendo por isso que ser proibidos por lei. Em 1845, SOUSA PINTO

271 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 82. Sobre a terminologia vide BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., pp. 52-53.

272 SILVA DIAS, *Direito...*, cit., p. 19 e VILELA, *O Direito...*, cit., p. 83.

273 AZEVEDO, *idem*, p. 42.

274 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 87.

275 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 57.

276 Nomeadamente os degredos e posturas vide LANGHANS, Franz-Paul de Almeida, *As posturas : estudos de direito municipal*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Tipografia da Imprensa Nacional de Publicidade, 1937, p. 15 e ss. Já no Código das Posturas se falava na ausência de “intenção maléfica” nas contravenções vide p. 302 e ss e 393.

277 SILVA DIAS, *Direito...*, cit., p. 9.

278 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal I-II*, cit., p. 109.

279 *Apud* FARIA COSTA, José de, “A importância da recorrência no pensamento jurídico – Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, p. 112.

renova esta teoria, considerando que estes delitos “não deviam estar sob a alçada da administração mas antes e inapelavelmente sob o manto protector do poder judicial.”²⁸⁰

Ainda que muito influenciado pelo CP francês de 1810, o nosso CP de 1852, bem como o que se seguiu em 1886, não optou por uma classificação tripartida de infrações, nem previa contravenções na parte especial²⁸¹. Também longe da matriz meramente formal, o art. 3.º considerava “contravenção o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica”²⁸². A opção pela classificação bipartida trouxe uma acesa discussão na nossa doutrina, levantando-se vozes em prol da preferência francesa²⁸³. No entanto, VILELA considera que na prática processual o legislador segue a tripartição, em função do tipo de pena correspondente à infração²⁸⁴. Não menos problemática foi a questão da natureza e do critério de distinção dos crimes, que obrigou a doutrina de então a tal exercício, sob pena de se cair no arbítrio e na incerteza.

HENRIQUES DA SILVA parte de uma distinção qualitativa, contrapondo a natureza repressiva da lei penal com a natureza preventiva da lesão. A qualidade da natureza é observada pela imoralidade e pelo risco de lesão associado²⁸⁵. Assim, “A lei penal é repressiva quando atinge directamente a lesão do direito e é preventiva quando atinge um facto que, por si mesmo, não é imoral, mas pode ocasionar um dano público ou particular”²⁸⁶.

É esta a doutrina que influencia o pensamento de BELEZA DOS SANTOS, notando a necessidade de distinguir as contravenções dos crimes de simples perigo, pois ambos perfilham a mesma natureza preventiva. Esta distinção passa por descobrir o bem jurídico protegido pela norma. Se por um lado “o crime de perigo implica a ameaça de um dano a um interesse determinado”²⁸⁷, já a contravenção “é apenas a ameaça de lesão de interesses indeterminados”²⁸⁸. Parece ser aqui que EDUARDO CORREIA se apoia, quando, com base na mesma distinção, tece considerações muito semelhantes, pois as contravenções previnem aqueles factos “que constituem um perigo longínquo, remoto, não directo e imediato, embora concreto ou presumido de lesão de interesses. E não de *certos* interesses. Mas de um

280 *Apud* FARIA COSTA, *idem*, p. 123

281 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 106.

282 [Consultado a 29-05-2019] Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

283 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., pp. 108 e ss.

284 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 126.

285 *Apud* BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 125.

286 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 135.

287 *Apud* BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 127.

288 *Ibidem*.

grupo de interesses *indeterminado*.²⁸⁹ Para VILELA o método seguido por BELEZA DOS SANTOS parece revelar uma preferência de um critério de natureza quantitativa, tomando um caminho diferente do art. 3.º e de HENRIQUES DA SILVA ²⁹⁰. Ademais, são claras as críticas apontadas à teoria do Direito Penal Administrativo, como já referido, concluindo que não existe motivos que determinem a autonomia de um Direito Penal Administrativo da forma como é construído, pois que o Direito Penal também se encontra ao serviço dos interesses defendidos pela administração²⁹¹.

Num caminho diferente, para CAVALEIRO FERREIRA a distinção só será conseguida através do conceito de administração ou função administrativa, pelo que a contravenção é a violação de um interesse administrativo²⁹². É através deste conceito de contravenção que o Autor chega à conclusão da inexistência de qualquer diferenciação entre o Direito Penal e o Direito das Contraordenações, sendo este, na verdade, Direito Penal Administrativo²⁹³ - e aqui afastando-se de GOLDSCHMIDT- fazendo ainda parte do Direito Penal. Ademais, a coima é uma sanção penal de natureza idêntica à da multa criminal²⁹⁴.

EDUARDO CORREIA²⁹⁵, analisando os critérios já expostos, refere que eles, em boa verdade, são todos conciliáveis, dependendo do ponto de vista. Para o Mestre de Coimbra, excluídas as contravenções do Direito Penal e integrando-as nas infrações administrativas, então a distinção terá de ser feita mediante o critério ou os critérios que o legislador considere razoáveis.

Ao tempo do Estado Novo, deu-se conta de uma crescente intervenção em vários campos da vida económica e social, criando-se uma complexa legislação penal avulsa²⁹⁶. Se bem que poderíamos ter seguido, novamente, o exemplo alemão e a inspiração no seu Direito Contraordenacional, a verdade é que, por não termos participado na segunda guerra mundial, não nos vimos obrigados a desenvolver este ramo da mesma forma que poderíamos observar lá fora. Exemplos de um “ilícito administrativo (...) caduco”²⁹⁷ é o DL 41.204 de 24 de julho de 1957 (“Infracções contra a saúde pública e antieconómicas”), onde SILVA DIAS²⁹⁸ lhe

289 CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. I, cit., p. 218.

290 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 139.

291 SANTOS, “Ilícito Penal Administrativo...” cit., pp. 44-45.

292 MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, in *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, p. 174.

293 CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Direito Penal Português – Parte Geral*, Vol. I, Editorial Verbo, 1981, p. 17.

294 *Ibidem*.

295 *Idem*, p. 217.

296 SILVA DIAS, *Direito...*, cit., p. 22.

297 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 150.

298 *Ibidem*.

encontra um antecedente das contraordenações. Para FIGUEIREDO DIAS²⁹⁹, este diploma não logrou êxito nem como travão da proliferação da legislação extravagante, nem tão pouco clarificou a sua forma de aplicação.

Com a persistência deste cenário de “hipertrofia criminal” até à década de 60, a doutrina esforçou-se para encontrar o critério que separava o Direito Penal (incluindo o secundário) do Direito Administrativo, encontrando-se a resposta na criação de um novo ramo e de um novo modelo, a contraordenação³⁰⁰. EDUARDO CORREIA, considerado o impulsionador do regime tal como hoje o conhecemos, integrou-o como ilícito administrativo merecedor de autonomia, sendo que a nova figura da contraordenação “não envolve a violação daquele mínimo ético, daqueles valores éticos fundamentais que ao direito penal cumpre afirmar pela inflicção de penas, mas a infracção de normas que servem certos fins técnicos ou de ordenação”³⁰¹. Parece clara a opção do Autor pelo critério qualitativo. Lutando contra as críticas que apontavam a insuficiência deste “mínimo ético”³⁰², EDUARDO CORREIA considera que o seu conteúdo terá de ser “*objectivado e definido* pelo próprio legislador, através da descrição dos tipos de crime cujo preenchimento ameaça com a aplicação de penas criminais.”³⁰³. O DMOS é, em relação ao Direito Penal, um *aliud* e não apenas um *minus*³⁰⁴.

Esta teoria, aliada ao facto de a EDUARDO CORREIA ter sido entregue a pasta ministerial de Justiça, trouxe um rápido desenvolvimento deste novo ramo, desembocando no DL n.º 232/79 de 24 de julho de 1979, a Lei-Quadro que introduziu o regime das contraordenações, enquanto revogava tacitamente as contravenções. VILELA considera que se tratou de uma despenalização atípica, pois as condutas não foram totalmente banidas do catálogo dos ilícitos que cabem na ciência do Direito Penal, pois ainda lhe pertencem em sentido lato³⁰⁵, afastando-se assim de FIGUEIREDO DIAS que viu por aqui uma consequência do *movimento de descriminalização*, ainda que considerada em *sentido estrito e técnico*³⁰⁶.

299 DIAS, “Para uma dogmática...”, cit., p. 298.

300 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social: das contravenções às contra-ordenações”, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 141.

301 *Código penal, Projecto da parte geral*, Vol. 1, 1963, pp. 68-69

302 Nomeadamente por MAIA GONÇALVES *vide Actas das Sessões*, cit., Vol. I, pp. 16-17.

303 CORREIA, Eduardo, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 49, Universidade de Coimbra, 1973, p. 269.

304 *Idem*, pp. 267-268.

305 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 157.

306 DIAS “O movimento da descriminalização ...”, cit., p. 22.

Ainda que o art. 1.º n.º 1 pareça ter trazido, à semelhança da OWiG, um critério formal de distinção³⁰⁷, o preâmbulo proclama a teoria de EDUARDO CORREIA, considerando que “A contra-ordenação «é um aliud que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal».”³⁰⁸

Ainda que o TC não se tenha logo pronunciado neste sentido³⁰⁹, rapidamente se levantaram questões sobre a sua constitucionalidade. Muito pouco tempo depois, o DL 411-A/79 revogou os números 3 e 4 do art. 1.º que equiparava as contravenções às contraordenações. Segundo SILVA DIAS, “A revogação deste preceito mantinha o «edifício» da nova forma de ilícito mas desaparecia o «recheio», ou seja, a matéria contraordenacional à qual pudesse ser aplicado o novo regime.”³¹⁰. Não tendo sido o DL 232/79 precedido de autorização da Assembleia, e à forma como equiparou as contravenções às contraordenações, ou seja, descriminalizando-as, então a dita norma seria organicamente inconstitucional. Segundo MACHADO, a revogação não se prendeu apenas com uma questão de constitucionalidade orgânica, mas também, por exemplo, com a (falta de) preparação da organização administrativa, impondo que se tivesse de readaptar o sistema³¹¹. A solução encontrada com a revogação era, como referia FIGUEIREDO DIAS, temporariamente tolerável e subordinada a uma dupla condição de “o legislador não criar *nem mais uma* contravenção” e de que se deveria “empreender um estudo sistemático de *todas* as contravenções vigentes e decidir quais delas pode desde logo revogar, quais delas deve transformar em contra-ordenações, e quais delas deve converter em crimes”³¹². No entanto, só em 2006 é que foram eliminadas definitivamente todas as contravenções³¹³.

307 “1 - Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.”

308 Ponto 3, citando EDUARDO CORREIA.

309 Não o fez porque à altura do Parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional, em que a questão foi abordada, já as normas tinham sido revogadas. [Consultado a 30-05-2019]. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_14.pdf

310 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 28.

311 MACHADO, “Elementos para o estudo ...” cit., p. 152. Também RIBEIRO, João Soares, *Contra-Ordenações Laborais. Regime Jurídico (Anotado)*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 37.

312 DIAS “O movimento da descriminalização ...”, cit., p. 25. Para PEDROSA MACHADO isto não é compatível com a defesa de uma distinção de essência ente crimes e contraordenações que FIGUEIREDO DIAS propõe. MACHADO, “Elementos ...”, cit., pp. 180-181.

313 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2ª Edição (2ª Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 160.

Em 1982 é publicado o DL 433/82 de 27 de outubro, apresentando o novo³¹⁴ Regime Geral das Contraordenações. As alterações sofridas foram poucas e as mais significativas foram as introduzidas pelo DL 244/95³¹⁵ e 14 de setembro e 109/2001 de 24 de dezembro, dando passos de aproximação ao Direito Penal, chegando a ser considerado por FIGUEIREDO DIAS como um regresso encapotado ao regime das contrações³¹⁶. Também COSTA PINTO considera que a evolução tem descaracterizado o DMOS, havendo uma “aproximação excessiva aos institutos e figuras do Direito Penal.”^{317/318}

A esta tendência SILVA DIAS³¹⁹ apelidou de centrípeta, constituindo o Direito Penal como figura central. A par, o Autor classifica mais duas tendências: centrífuga e exasperadora. A tendência centrífuga é caracterizada pela grande diversidade de legislação avulsa que institui regimes jurídicos que se distanciam do RGCO, dando-lhe um papel cada vez mais residual, sendo que “uma tal fragmentação dificulta ou impede mesmo que o sentido de unidade que preside ao labor interpretativo e dogmático possa ser encontrado fora da lógica auto-referencial de cada sector das contra-ordenações.”³²⁰ Parte deste problema é o facto de o RGCO não “dar resposta aos problemas específicos que se fazem sentir nas diversas áreas regulamentadas (...) [o que] potencia o aparecimento de soluções especiais dentro de cada uma das áreas, como acontece já em inúmeros casos.”³²¹ Na tendência exasperadora, é assinalada a gravidade das sanções de determinadas contraordenações, principalmente no mercado dos valores mobiliários. Não só as coimas podem chegar a valores astronómicos (entre os 2.500.000,00 e 5000.000,00€ art. 388.º n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários), como também as sanções acessórias são equiparadas às penas acessórias do Direito Penal³²².

A conclusão a que se chega é a da necessária revisão do atual RGCO, por forma a se instituir um regime a “duas velocidades”, consoante a proximidade ou distanciamento em

314 “de «novo» tem pouco” pois não houve grandes alterações face ao revogado DL 232/79. DIAS “O movimento da descriminalização ...”, cit., p. 24.

315 Tendo esta sido a única reforma global, precedida de um estudo realizado por FERNANDA PALMA e PAULO OTERO *vide* PALMA, Maria Fernanda/OTERO, Paulo, “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social,” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVII, 1996, pp. 557-591.

316 DIAS, “Do direito penal administrativo ...”, cit., p. 143. No mesmo sentido MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações ...*cit., p. 25 e CARVALHO, *idem*, p. 135.

317 PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *RPCC*, Fasc. 1.º, 1997, p. 16. Em oposição VILELA, *O Direito...*, cit., p. 357-358.

318 Para FERREIRA LEITE, esta aproximação é o resultado “das imposições constitucionais respeitantes à legalidade, culpa, proporcionalidade e direitos de defesa.” LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. I, cit, p. 371.

319 *Direito ...*, cit., p. 31.

320 *Idem*, p. 33.

321 PINTO, “O ilícito de mera ordenação ...”, cit., p. 99.

322 *Ibidem* e p. 34. Para TAIPA DE CARVALHO, esta severidade era compreensível enquanto preenchimento da lacuna da responsabilidade penal das pessoas coletivas, pelo que hoje já não se justifica e colocam em causa o princípio da proporcionalidade, cit., p. 136.

relação ao Direito Penal³²³. Esta será a única forma de arrumar o problema, dando o devido espaço a cada tipo de contraordenação e devolvendo ao Regime Geral a sua (perdida) função de uma verdadeira Lei-Quadro. Neste sentido vai também VILELA, para quem o Regime Geral deverá funcionar como um verdadeiro Código, onde se deverá condensar os princípios fundamentais e as regras gerais, enquanto que “para os diferentes regimes especiais, ficariam reservadas apenas as previsões legais específicas reclamadas por cada um deles, surgindo, em consequência, despojados de normas e princípios que já se encontrem plasmados no RGCO.”³²⁴

323 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 35; VILELA, *O Direito...*, cit., p. 403 e BRANDÃO, Nuno, “Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, 2017, p. 284.

324 VILELA, Alexandra, “O direito contra-ordenacional : um direito sancionatório com futuro? = Regulatory law: a sanctinatory law with future?” in *Anatomia do crime*, n.º 2 (Julho.-Dezembro), 2015, p. 159.

2. Critérios de distinção entre Crime e Contraordenação

O Direito das Contraordenações, desde os seus primórdios, tem levantado inúmeras questões que têm sido estudadas e debatidas pelos juristas nacionais e estrangeiros. Uma das principais, pela sua transversalidade, e que para este estudo mais nos interessa, é a questão da sua distinção face ao Direito Penal, contrapondo contraordenação e crime. A análise deste problema passa, inevitavelmente, pela consideração da sua natureza, bem como do seu fundamento. A resposta que se encontre, pela sua essencialidade, será o sustentáculo de todo o regime. Bem se compreende que NUNO BRANDÃO³²⁵ considere esta uma questão omnipresente, pois não é apenas prévia à construção da base, como será ela a chamada à colação sempre que o legislador se vir confrontado com a qualificação sobre determinada conduta. É afinal crime ou contraordenação?

O RGCO não se comprometeu, passando por um critério formal no art. 1.^o³²⁶ - a distinção passa pela sanção que despoletam: pena ou coima. Para FIGUEIREDO DIAS³²⁷ esta será uma decisão honrosa pois os critérios substanciais trazidos pela doutrina, com muita dificuldade se poderiam aplicar caso a caso, o que não significa, no entanto, que por detrás de toda a decisão legislativa não estejam, efetivamente, determinados critérios materiais. SILVA DIAS³²⁸ considera a opção, à semelhança do CP, correta, por respeito ao princípio da tipicidade. Segundo VILELA³²⁹, a delimitação dos ilícitos analisada à luz deste prisma torna-se absolutamente redundante, pois leva-nos de regresso ao ponto de partida. No entanto, se a sanção é diferente, então é porque diferente é a sua natureza. De grosso modo, dividiu-se o debate em dois critérios, quantitativo e qualitativo. Se por um lado, a distinção assenta num grau de gravidade, por outro considera-se a diferente natureza entre as infrações³³⁰.

FIGUEIREDO DIAS, à semelhança do que já tinha sido propugnado por EDUARDO CORREIA, parte também da indiferença ético-social, mas vista à luz da conduta divorciada da proibição legal, e não do ilícito³³¹. A distinção também não poderá ser feita através da

325 *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 17.

326 “Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.”

327 *Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 161.

328 *Direito ...*, cit., pp. 45-46.

329 *O Direito...*, cit., p. 225.

330 SILVA DIAS, Augusto, “Crimes e Contra-ordenações Fiscais”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Vol. II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 440-441.

331 DIAS, “Para uma dogmática...”, cit., p. 364 e *Direito Penal, Parte Geral...* cit., p. 161.

avaliação da violação do bem jurídico, pois todo o ilícito violará determinado bem jurídico. Contudo, no crime, o bem jurídico existe independentemente da proibição legal, enquanto que nas contraordenações o bem jurídico só surge quando se relaciona a conduta com a regra que a proíbe. Dá assim razão a LANGE quando considera “que no direito de mera ordenação o bem jurídico é só motivo e não conteúdo do tipo, ou que a ilicitude é só consequência e não causa da proibição legal.”³³² Na análise entre um critério qualitativo ou quantitativo de diferenciação, será sempre o primeiro que surge, o que não obsta a que o legislador acrescente outros critérios quantitativos, pois que até estes se transformam em qualidade, quando atinge um determinado grau de gravidade³³³, parecendo aproximar-se de ROXIN, que considera não existir uma diferença qualitativa entre crimes e contraordenações, não passando ela de uma diferença meramente quantitativa. No entanto, essa quantidade transforma-se em qualidade, apelando ao critério da subsidiariedade e ao carácter bagatelar da lesão³³⁴. FIGUEIREDO DIAS dá a exemplo a taxa de alcoolémia, sendo considera contraordenação até aos 1.19 g/l, não se vislumbrando até lá uma conduta ético-socialmente relevante. A partir do momento em que atinja os 1.20 g/l, então dá-se um “salto qualitativo” da perigosidade da conduta e da sua censurabilidade³³⁵. Para NUNO BRANDÃO, “este dito critério complementar acaba por revelar-se inútil para os fins a que é destinado.”³³⁶, que será demonstrar a falta de densidade axiológica nas contraordenações. Considera o Autor que a preocupação está, erradamente, em ponderar se o “facto que vive paredes-meias” com a ilícito criminal, optado pelo legislador como contraordenação, tem ou não “carga ético-social equiparável”³³⁷. Caso por aí prossiga, não poderá, no entanto, ser conclusão necessária aplicável a todo o regime

Num sentido semelhante encontra-se FERRERIA LEITE, ainda que afastando um critério meramente quantitativo, admite que em determinados casos, como na condução sob o efeito de álcool, o legislador tenha de lançar mão de um critério quantitativo de graduação, um critério objetivo, sustentado pelo princípio da tipicidade e da segurança jurídica, por forma a que seja apreensível pelo destinatário³³⁸. Poderão ser estes os casos que “a ser quantitativa, implica uma transformação qualitativa.”³³⁹ Ainda que a conclusão possa ser a

332 *Idem*, p. 163.

333 *Ibidem*.

334 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 210.

335 DIAS, *Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 163. Não negando este “salto”, mas entendendo-o de outra forma, TAIPA DE CARVALHO, cit., p. 128.

336 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 276.

337 *Idem*, p. 277.

338 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., pp. 367-368.

339 *Idem*, p. 365. Mais claro é o exemplo entre o art. 24.º e 48.º do RJIAE. *Idem*, pp. 363-364.

mesma, a Autora parte de uma concepção diferente. O ponto de partida será o da “inexistência de uma forte censurabilidade ética”³⁴⁰. Por aqui não se querará dizer que à contraordenação seja atribuída uma neutralidade ética, mas sim que as condutas por ela sancionadas manifestam um maior distanciamento em relação aos bens jurídicos por si tutelados, bem como um menor grau de perigosidade³⁴¹. Ao contrário de FIGUEIREDO DIAS, considera a Autora que a maior ressonância ética no Direito Penal não pode ser vista apenas à luz da conduta, “mas também na própria gravidade intrínseca da sanção penal, que comporta sempre uma elevada censura ética, a qual se encontra praticamente ausente do IMOS.”³⁴² Se é este o critério qualitativo que expõe a autonomia material, ele não serve sozinho para suportar por inteiro “uma distinção perfeita entre ilícito penal e IMOS.”³⁴³, o que não significa que os critérios materiais de nada sirvam ou que se opte pela via quantitativa, indo assim ao encontro de COSTA ANDRADE. Ademais, é também demonstrado pela Autora que a aproximação a FIGUEIREDO DIAS e a ROXIN é meramente ilusória, porquanto o critério proposto visa a que se imponham “exigências ao legislador na incriminação de condutas e não na sua descriminação, pois sendo certo que também neste processo inverso deverão impor-se limites”³⁴⁴, pelo que a crítica de NUNO BRANDÃO *supra* perde aqui a sua lógica.

MARQUES DA SILVA³⁴⁵ acompanha FIGUEIREDO DIAS relativamente ao critério da relevância ética das condutas (critério material, qualitativo, e não apenas formal) encontrando, no entanto, dificuldades de aplicabilidade a situações concretas, tendo de se recorrer a um critério formal para que a distinção opere.

Já FARIA COSTA, se inicialmente se tenderia a aproximar da concepção de FIGUEIREDO DIAS, acaba o Autor por dele divergir. Considerando que tanto o Direito Penal como o DMOS estão sob a alçada de Direito sancionatório de matiz penal, existe, no entanto, um “*quid* diferenciador entre os crimes e as contraordenações”³⁴⁶, que deverá ser não quantitativo, mas claramente qualitativo. É na sua obra *Perigo em Direito Penal* que a teoria é densificada, apelando à relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Para este Autor,

340 *Idem*, p. 354.

341 *Idem*, pp. 355-356. Cfr. LEITE, Inês Ferreira, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional”, Regime Geral das Contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais, CEJ, Setembro 2015, pp. 36-37.

342 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 366.

343 *Idem*, p. 359.

344 *Idem*, p. 365.

345 *Direito Penal Português I – Parte Geral*, 3ª Edição, Verbo, 2010, p. 171.

346 FARIA COSTA, José de, “Crimes e contra-ordenações (Afirmação do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)” in *Questões Laborais*, ano VIII, n.º 17, 2001, p. 8.

a intervenção penal é norteada por um “mínimo ético”³⁴⁷, cujo conteúdo está em constante mutação pela sua dinâmica, “Conteúdo que verdadeiramente não é mas acontece sucessivamente na escolha livre daqueles valores que o ser-aí-diferente realiza constantemente ao longo da história.”³⁴⁸. Daqui resulta um conjunto de bens jurídicos, filtrados que foram pelo “mínimo ético” e aos quais terá de se reconhecer dignidade penal. Para o Autor, tanto o Direito Penal como o DMOS se encontram “dentro do grande *multiversum* que constitui todo o direito penal”³⁴⁹, identificando em ambos a relação ontológico-antropológica de cuidado-de-perigo, sendo, no entanto, distintos entre si. A distinção deve partir de um ponto de vista qualitativo coordenado pelas categorias da “dignidade penal” e da “necessidade da pena”, considerando o Autor que “o critério da dignidade penal sustentado pela valoração ético-social, é a pedra angular da distinção entre o direito penal e o direito de mera ordenação social.”³⁵⁰.

É com base em FARIA COSTA que VILELA começa por sustentar a sua posição. Ao cânone metodológico da dignidade penal e da necessidade de pena, junta a Autora um novo, o de carência de tutela contraordenacional, pois admitindo que o Direito Penal não tutela todos os ataques a bens jurídicos, então “teremos que aceitar que, quando o legislador prescinde da tutela do direito penal, poderá dar-se o caso de outros direitos sancionatórios pretenderem concorrer para as sancionar.”³⁵¹ Esta necessidade de coima continua ligada ao cânone da dignidade penal, pois mostrou-nos a evolução que não é pela neutralidade ética que se consegue distinguir os dois ilícitos. Acompanha deste modo TAIPA DE CARVALHO quando considera que também o Direito Contraordenacional protege valores sociais, estes que em primeira linha seriam incluídos no Direito Penal clássico, mas que em razão de um determinado momento histórico-cultural, não foram ponderados como fundamentais, ou mesmo que o tenham sido, considerou o legislador como “suficiente e adequada a sua inclusão no âmbito de tutela do direito de ordenação social”³⁵². Assim, conclui a Autora que quando se trate de contraordenações destinadas meramente à ordenação, vale o critério apontado por FARIA COSTA. No entanto, este de nada vale quando estão em causa contraordenações cujo escopo é a proteção de bens jurídicos com dignidade penal.

347 FARIA COSTA, José Francisco de, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, janeiro de 2000, p. 318

348 *Idem*, p. 317.

349 *Idem*, p. 465.

350 *Ibidem*. Em sentido próximo, LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 366.

351 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 229.

352 CARVALHO, cit., p. 129.

Neste último caso, deve ser outro o caminho seguido, o da carência da sanção contraordenacional³⁵³.

SILVA DIAS analisa o debate de uma forma distinta, sistematizando-o em três planos: da reforma do Direito Penal; do regime jurídico; e por fim, dos ilícitos concretos³⁵⁴. No primeiro plano, deverão ser analisados os comportamentos, conduzindo-os à sua categoria, prevalecendo os critérios materiais. Contudo, é desde logo repudiado pelo Autor qualquer critério baseado na natureza ética-social dos ilícitos ou das sanções, pois nem por aqui se responde onde reside a fonte de eticidade, nem nos oferece nada que esclareça a natureza da contraordenação “tratando-a como uma categoria puramente negativa.”³⁵⁵ No plano do regime jurídico de ambas as infrações, é também assinalável uma distinção qualitativa. Não se nega a aproximação do Direito Contraordenacional ao Direito Penal, nem se desconsidera a aplicação subsidiária de princípios do CP e do CPP, mas não será isto suficiente para se concordar com a identidade de regimes. Como refere o Autor, diferenças há, nomeadamente quanto à responsabilidade da pessoa coletiva ou o regime do erro, que permitem afirmar a diversidade de regime. Também a nível processual se poderá contar com um modelo diverso. Por fim, quanto ao plano dos ilícitos ou das infrações singulares, “não é possível dar uma resposta unívoca.”³⁵⁶ No confronto com um crime que protege um determinado bem jurídico e uma infração que é só de mera ordenação social, a diferença parece clara, ficando, no entanto, bem mais difusa quando se confrontam uma infração penal e uma contraordenação que protegem o mesmo bem jurídico. Esta indiferenciação material é justificada não só pela “falta de orientação e a deficiente técnica do legislador”³⁵⁷ como também pela tendencial aproximação de determinadas contraordenações ao Direito Penal. Se por um lado temos comportamentos que atentam contra os fundamentos da sociedade, destruindo a sua identidade, por outro temos comportamentos que atentam contra interesses de organização,

353 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 240.

354 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., pp. 48 e ss.

355 *Idem*, p. 49.

356 *Idem*, p. 53.

357 *Idem*, p. 54.

produzindo uma mera entropia³⁵⁸. Parece que ainda assim se mostra preferencial o critério qualitativo, “o único racionalmente defensável”³⁵⁹.

Tem sido em FIGUEIREDO DIAS e em EDUARDO CORREIA³⁶⁰ que o TC se vem apoiando, desde a sua primeira intervenção nesta matéria. Segundo o tribunal, “aquelas duas categorias de ilícito tendem a extremar-se, quer pela natureza dos respectivos bens jurídicos, quer pela desigual ressonância ética.”³⁶¹, sendo este o critério de distinção que fundamenta a autonomia de ambos os ramos de Direito sancionatório. Adotando o critério do bem jurídico e da necessidade e proporcionalidade da intervenção penal (aliado também, quer-nos parecer, ao princípio da subsidiariedade), considera o TC que “o recurso a penas criminais para sancionar infracções puramente disciplinares será ilegítimo, na medida em que não é função do direito penal tutelar bens jurídicos funcionais ou elementos de uma ordem jurídica puramente interna.”³⁶², pelo que é este relevo ético que permite ao legislador conferir ou não natureza penal. No entanto, denota-se uma inversão na doutrina qualitativa de pendor ético. No acórdão 244/99³⁶³, começou por se determinar que independentemente do critério utilizado para demarcar o ilícito criminal e o de mera ordenação social, tal não pode deduzir a autonomia preconizada, considerando este tribunal que muitos são os pontos de conexão entre ambos, como a aplicação subsidiária do Direito e processo penais no âmbito DMOS ou a “construção da infracção contra-ordenacional um pouco à imagem da infracção criminal”³⁶⁴. No caso em concreto, considerando que tanto as normas penais como as contraordenacionais protegem bens jurídicos iguais e construídas as pontes de conexão com o Direito Penal, veio o TC a concluir pela aplicabilidade por analogia do princípio do *ne bis in idem* ao concurso ente crime e contraordenação. Nos últimos anos, o TC tem-se também socorrido da qualificação legal da infração para aferir se a conduta tem ou não relevância ético-social, sendo exemplo disso o acórdão 78/2013, segundo o qual, e novamente apoiado em FIGUEIREDO DIAS, “No ilícito de mera ordenação social o objeto da valoração

358 *Idem*, p. 55. De forma semelhante divide o Autor em “delicta in se” e “delicta mere prohibita”, sendo que o primeiro “exprime um domínio de condutas genuinamente criminosas, posto que leisvas de valores ou bens respaldados pela experiência normativa do mundo da vida, através dos quais a comunidade constrói a sua identidade normativa. Por sua vez, o conceito de «delicta mere proibita» designa um âmbito de infracções sistémicas criadas pelo «magistério de governo», porque disfuncionais relativamente à «prosperidade pública», como dizia CARRARA, que alberga tanto contra-ordenações como crimes que estruturalmente se assemelham a estas”. SILVA DIAS, Augusto, “*Delicta in se*” e “*Delicta mere proibita*”: uma análise de descontinuidade do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 210.

359 SILVA DIAS, “Crimes e Contra-ordenações”, cit., p. 441.

360 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., pp. 246 e ss.

361 TC 56/84 de 12-06-1984.

362 TC 211/95 de 20-04-1995.

363 TC 244/99 de 29-04-1999.

364 Considera BRANDÃO que, ainda que bem intencionada, não teve esta orientação repercussão. *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 258.

jurídica não é constituído apenas pela conduta, como tal, nele assumindo também especial relevância a proibição legal. É o substrato complexo formado pela conduta e pela decisão legislativa de a proibir que suporta a valoração da ilicitude³⁶⁵, considerando NUNO BRANDÃO que tal inversão lógica, tem resultado em “brechas na lógica interna das decisões”³⁶⁶, o que se demonstra quando o TC se depara com as chamadas “grandes contraordenações”. É assim, considerando a “A indiferença ético-social das condutas que integram as contraordenações”³⁶⁷, juntamente com o fundamento “na diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções”, que o tribunal tem considerado não ser de aplicar, com a mesma amplitude, os princípios constitucionais de matéria penal ao Direito Contraordenacional.

CAVALEIRO DE FERREIRA considera que a distinção “terá em última instância, de ser juridicamente pragmática, por isso também necessariamente formal”³⁶⁸. Assim sendo, irá depender do arbítrio do legislador. Segundo o Autor não está apenas em questão uma distinção qualitativa ou quantitativa, mas sim uma diferente natureza que “respeita à quiddidade da cada um dos conceitos”³⁶⁹ sendo que “Para corresponder à essência das coisas, a sua natureza está nelas e não na perspectiva arbitrária da sua apreciação.”³⁷⁰ É afastada a tese elaborada com base na indiferença ética do ilícito contraordenacional, sendo que em último recurso, a distinção feita com base nesse critério (qualitativo) é um problema de base quantitativa, não justificando a busca por uma distinção material.

É num sentido próximo que conclui PEDROSA MACHADO, considerando “que *crimes* e *contra-ordenações*, bem como *penas* (designadamente multas) e *coimas* têm a mesma natureza.”³⁷¹, pelo que a distinção será fundada num critério puramente quantitativo^{372/373}. Para este Autor poderá ainda estar em causa problemas de constitucionalidade material de todos os diplomas que criem tipos contraordenacionais substitutivos de infrações penais³⁷⁴.

365 TC 78/2013 de 31-01-2013.

366 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., pp. 261-262.

367 TC 80/2018 de 7-02-2018.

368 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal I-II* ... cit., p. 108.

369 *Idem*, p. 112.

370 *Ibidem*.

371 MACHADO, “Elementos para o estudo ...”, cit., p. 189.

372 *Idem*, p. 200.

373 Também LÍBANO MONTEIRO defende uma distinção meramente quantitativa, de grau, consoante o grau da dignidade penal. “Em suma: tendo a diferença entre crime contra-ordenação natureza quantitativa, quantitativa há-de ser a distinção entre pena e coima. A regra de ouro resume-se, poi, a esta; a coima apresentar-se-á sempre menos gravosa do que a pena.” MONTEIRO, Cristina Líbano, “Natureza e equívocos da sanção contra-ordenacional”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 155, jul-set 2018, pp. 99-101.

374 MACHADO, “Elementos para o estudo ...”, cit., p. 201.

Numa posição semelhante também encontramos JESCHECK, para quem uma definição formal nada oferece para determinar em que casos deve o legislador punir com uma coima, com pena de prisão ou nem sequer punir, bem como os critérios trazidos com GOLDSCHIMDT e WOLF não são adequados para todas as intervenções legislativas³⁷⁵. O Autor começa por afirmar que tanto nos crimes como nas contraordenações existe um considerável grau de perigosidade, possuindo ambos relevância ético-social³⁷⁶. A diferença encontra-se pela lesão provocada no bem jurídico, que no caso das contraordenações é inferior. Acrescenta que o desvalor ético de uma pena é justificado pelo alto grau de censura dirigida ao agente, o que não sucede no DMOS. Assim, “Y es como se trata de una diferencia de grado y no de una distinción esencial es explicable que el legislador, fuera de la zona nuclear reservada al Derecho penal, pueda decidir de acuerdo con puntos de vista pragmáticos en qué parte del Derecho sancionador hay que incluir una acción transgresora o si, sencillamente ésta debe quedar sin sanción represiva alguna.”³⁷⁷ Segundo VILELA, defender o critério quantitativo é deixar todo o regime contraordenacional afetado de inconstitucionalidade. Contudo, o seu raciocínio aplica-se apenas para quem defenda que o IMOS é Direito Administrativo. Adotando uma diferenciação que se pauta por critérios quantitativos, quererá dizer-se que ambos são qualitativamente iguais, ilícito e sanção. Assim, teremos de admitir que a administração ao aplicar uma coima, está então a aplicar uma sanção qualitativamente igual à sanção do Direito Penal, o que implica, inadvertidamente, uma violação do princípio da separação de poderes³⁷⁸.

Por sua vez, LOBO MOUTINHO traz uma teoria inovadora, concebendo o DMOS como “direito das atividades reservadas”. O Autor parte da consideração de que o Direito das Contraordenações se caracteriza por uma “dupla e contraditória nota”³⁷⁹ - por um lado por uma extrema proximidade ao Direito Penal e por outro, uma diversidade processual, porquanto será a administração a promover o processo e a sancionar - para concluir que a atenção deverá estar centrada no regime estabelecido para as contraordenações, ou seja, na Administração e não na infração em si mesma. Tem-se por justificado a intervenção sancionatória da Administração, por nelas existirem determinadas atividades que “por comportarem especiais perigos para bens juridicamente protegidos (designadamente bens jurídicos penalmente protegidos), são subtraídos à liberdade geral de acção (incluindo a

375 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Tradução de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª Edição, Editorial Comares, S.L., Granada, dezembro 2002, p. 63.

376 *Ibidem*.

377 *Idem*, p. 64.

378 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 222.

379 MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações ...*, cit., p. 40.

liberdade económica) assegurada pela ordem jurídica e submetida a autorização ou licença”³⁸⁰. Deste modo, cumpre à Administração o papel de vigilância e tutela para que a atividade se desenvolva em segurança. Dado este dever da Administração, então nada fará mais sentido do que lhe atribuir poderes tanto para sancionar como também para impedir o acesso à atividade³⁸¹. No que diz respeito aos particulares, ao lhes serem concedidas as licenças ou autorizações, são estes submetidos a deveres especiais, próprios das regras especiais da atividade³⁸². Para o Autor, estes deveres especiais resultam em algo de intermediário entre os deveres do Direito Disciplinar e os deveres gerais do cidadão, integrando assim na ordem jurídica de um setor de atividade. “É esta a «mera ordenação social» de que falam a Constituição e a lei.”³⁸³. O outro traço apontado pelo Autor é o da proximidade ao Direito Penal, o que constitui um limite ao poder sancionatório da Administração pois “está vedado qualificar como contra-ordenação factos que, fora do sector de atividade em questão, sejam qualificáveis como crimes”³⁸⁴.

Não desconsiderado a importância das atividades reservadas nas contraordenações, SILVA DIAS julga como redutora a tese de LOBO MOUTINHO. Principia pela identificação de atividades sujeitas a licenciamento, sem que se consiga considerar a sua perigosidade, *v.g.*: a ocupação de praias com toldos ou barracas de lona durante o período balnear³⁸⁵. Além disso, nem se poderá circunscrever o Direito Contraordenacional a essas atividades, pois exemplos existem de atividades não sujeitas a licenciamento ou autorização³⁸⁶. Para o Autor o fundamento deverá antes encontrar-se na necessidade de ordenação e prevenção de perigos de uma determinada atividade³⁸⁷. Num sentido próximo, BRANDÃO aponta ainda outros problemas como a colocação do indivíduo, novamente, enquanto órgão auxiliar da Administração, considerando ainda que a tentativa de enquadrar um critério qualitativo acaba por falhar, tornando “inviável qualquer outra espécie de diferenciação que não seja quantitativa.”³⁸⁸

Segundo COSTA ANDRADE, para os defensores de uma distinção qualitativa, dois eram os critérios a respeitar: o bem jurídico (sendo que a contraordenação se esgota numa

380 *Idem*, pp. 61-62

381 *Ibidem*.

382 *Idem*, pp. 62-63.

383 *Idem*, p. 63.

384 *Idem*, p. 67.

385 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 50.

386 De igual forma FERREIRA LEITE cfr. LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 362, apontando ainda atividades reservadas incluídas no direito penal.

387 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 51.

388 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 327.

desobediência ou frustração de interesses; e o da ressonância ético-jurídica (a contraordenação é eticamente neutra). Ora, deverá constituir-se reservas a ambos os critérios. Apoiando-se em JESCHECK, qualquer violação do Direito terá de possuir qualquer carga ética, pois se é feita uma imposição pelo Estado para o seu cumprimento, então já não será destituída de carga ética³⁸⁹. Para COSTA ANDRADE o insucesso da busca por um critério qualitativo não poderá levar à admissão obrigatória de um critério quantitativo, pois por um lado é impossível “reconduzir todas as contra-ordenações à categoria de meras bagatelas penais” e por outro lado “um critério puramente quantitativo acabaria no plano operativo por cair na mesma aporia dos critérios qualitativos”, sendo que “não será, na verdade, fácil identificar o *quantum* de gravidade (de ilicitude ou censurabilidade) capaz de com um mínimo de objectividade, ordenar a repartição das infracções pelos dois domínios do ordenamento jurídico.”³⁹⁰. Estabelecida a necessidade de enquadramento num ramo distinto, a tarefa do legislador é por demais complexa, tendo de ser analisada num plano teórico-empírico e num plano jurídico-político, procurando-se os princípios constitucionais que presidam à decisão sobre o carácter e a dignidade penal da conduta³⁹¹.

Para TAIPA DE CARVALHO todas as condutas proibidas pelo RGCO são condutas “socialmente desvaliosas e censuráveis”³⁹², recusando qualquer critério de irrelevância ou neutralidade ética das contraordenações. O DMOS também protege interesses e valores sociais, diferenciando-se dos valores protegidos pelo Direito Penal por não pertencerem à “estrutura axiológica fundamental da vida comunitária e da realização pessoal”³⁹³. Diz também o próprio Autor que ainda que seja o critério preferencial, ele é só “tendencialmente verdadeiro”, pois aquelas há que ainda que possuam dignidade penal, o legislador entendeu ser mais indicado o ramo contraordenacional para as incluir, por força do princípio da subsidiariedade³⁹⁴. Se não é pelos bens jurídicos protegidos que se pode traçar a destrição, então terá de se buscar no menor grau de ressonância ético-social do DMOS. O que não significa o mesmo que admitir que todos os bens incluídos no Direito Penal sejam mais valiosos, motivo pelo qual este critério de grau “só, tendencialmente, é sinónimo de maior grau de gravidade objectiva dos crimes”³⁹⁵.

389 COSTA ANDRADE, cit., p. 99.

390 *Idem*, p. 104.

391 *Idem*, p. 105.

392 CARVALHO, cit., p. 127.

393 *Idem*, pp. 129 e 140-141.

394 *Ibidem*.

395 *Idem*, p. 143.

3. Funções e finalidades da coima

Difícil de desligar das teorias preconizadas relativamente à distinção entre crime contraordenação, são as finalidades prosseguidas por cada um deles. Com isto queremos dizer que o critério atribuído irá influenciar o modo como se olha para as finalidades atribuídas, ou ainda, vice-versa, pois poderemos partir de um ponto para o outro, ou ainda ver nos seus fins visados um critério de autonomia entre a coima e a pena.

Nesse sentido parece ter principiado WOLF³⁹⁶, Autor que encontrou nas finalidades o critério político-criminal de distinção entre crime e contraordenação. Assim, olhando para os dois campos, deparou-se com finalidades de *intimidação*, *reeducativa* e de *segurança*. Na primeira, entenda-se, prevenção geral e especial negativa, ao contrário da maioria da doutrina, WOLF vê esta finalidade com maior ênfase no Direito Contraordenacional, pois a este está ligado uma “exigência de cumprimento de um dever positivo, como uma prescrição policial, uma obrigação fiscal ou uma ordem administrativa, tais imposições são por norma levadas ao conhecimento do respectivo destinatário conjuntamente com a ameaça de pena correspondente”³⁹⁷. Na segunda, só de forma muito limitada é que poderá ser considerada no DMOS, não acudindo a qualquer carência de ressocialização, ou seja, de prevenção especial positiva, podendo apenas serem reconhecidos “propósitos de admoção ou advertência.”³⁹⁸ Quanto à última, sendo para o Autor o dano e o perigo diminutos, então não se verá no DMOS qualquer finalidade de *segurança*.

A doutrina portuguesa, de forma geral, tem entendido que a coima visa apenas fins preventivos. No entanto, a questão está longe de ser consensual, pois se diferentes critérios são avançados, também diferentes têm sido os entendimentos sobre a finalidade da coima.

No seguimento do pensamento de EDUARDO CORREIA, a coima terá “o sentido de mera advertência despido de toda a mácula ético-jurídica.”³⁹⁹ em que apenas terá expressão uma censura social, motivo pelo qual se devem excluir do DMOS as penas privativas da liberdade⁴⁰⁰. Por sua vez, excluídas estão também quaisquer intenções de prevenção especial, pois esta censura social não envolve “um sentido de retribuição ou expiação ética, ligado a

396 *Apud*, BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., pp. 40-42.

397 *Idem*, p. 41.

398 *Ibidem*.

399 CORREIA, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação...”, cit., p. 267.

400 *Idem*, p. 272. De igual forma CASTRO E SOUSA, João, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social»*, Coimbra Editora Limitada, 1985, p. 144.

uma finalidade de recuperação do delinquente, mas exprime apenas, a ideia de uma advertência de que está ausente o pensamento de qualquer mácula, ético-social.”⁴⁰¹

Na mesma linha, para FIGUEIREDO DIAS as finalidades prosseguidas pela coima “são em larga medida *estranhas a sentidos positivos de prevenção especial* ou de re(socialização).”⁴⁰² A sanção na sua ótica, nunca se poderá ligar à personalidade do agente ou à sua atitude pessoal mas servir unicamente como admonição ou reprimenda “relacionada com a observância de certas proibições ou imposições legislativas”⁴⁰³, ou seja, de prevenção geral e especial negativa.

BELEZA DOS SANTOS faz um paralelo com o Direito das Obrigações, motivo pelo qual à sanção não correspondem ideias de “correção, nem à intimidação e muito menos à eliminação, mas ao estímulo, ao incitamento dos cidadãos ao cumprimento daquele dever.”⁴⁰⁴ Num movimento oposto ao da restante doutrina, para este Autor as coimas devem ser equiparadas à penas, devendo ter as mesmas finalidades, tais como “reprovar o facto ilícito, prevenir a sua prática pelos outros cidadãos e evitar a repetição dêsse e de outros pelo agente que os cometeu.”⁴⁰⁵

Para TAIPA DE CARVALHO, ainda que as funções principais sejam também elas de prevenção geral e especial negativa, a estas terá de se acrescentar a consciencialização social e do próprio infrator, ou seja, funções positivas de prevenção⁴⁰⁶. Segundo o STJ é à luz destas funções que se afirma a sanção de admoestação e sua aplicação⁴⁰⁷.

Já segundo VILELA, atendendo ao atual estado do DMOS de proliferação das contraordenações, bem como o escopo de proteção de bens jurídicos e da magnitude de determinadas coimas, não se poderá falar apenas numa mera (e exclusiva) função de advertência social, mas também numa “função de prevenção, não só especial, como geral, uma função de verdadeira repressão.”⁴⁰⁸ Mais longe vai a Autora, considerando que em determinados casos nos quais as consequências se demonstrem dificilmente reparáveis,

401 *Idem*, p. 271.

402 DIAS, “Do direito penal administrativo ...”, cit., p. 151.

403 *Idem* e ainda, *Direito Penal, Parte Geral...*, cit., pp. 165-166.

404 SANTOS, “Ilícito Penal Administrativo...”, cit., p. 42.

405 *Idem*, p. 45.

406 CARVALHO, *idem*, p. 131. Contra PINTO DE ALBUQUERQUE, para quem a coima não tem “um fim de prevenção especial positiva, pois não visa a ressocialização de uma personalidade deformada do agente.” ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Edição Universidade Católica, 2011, p. 84.

407 STJ de 26-09-2018.

408 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 365. Do mesmo modo MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações...*, cit., p. 37. Contra PINTO DE ALBUQUERQUE *ibidem*.

poderá ainda falar-se numa função retributiva “se o agente desta assumir a sua condenação *naquela* coima de uma forma responsável, percebendo que ela não corresponde a um mal em resposta a outro mal (o mal praticado).”⁴⁰⁹

Também FERREIRA LEITE considera que ao DMOS não cabe apenas uma tutela preventiva, devendo assumir-se um carácter e função punitivo⁴¹⁰, pelo que “a coima é uma sanção punitiva – simboliza o castigo (ou consequência intrínseca) pela prática da infração, contribui para o reforço da validade da norma e serve de prevenção no que respeita à prática de novas infrações.”⁴¹¹. Considera também a Autora que a aplicação de sanções acessórias “decalçadas do Direito Penal” vêm demonstrar que a negação de fins de prevenção positiva não poderá ser por mais sustentada⁴¹².

Por sua vez, SILVA DIAS integra numa ideia de prevenção geral positiva e negativa as duas funções atribuídas à coima: a função “reafirmativa-expressiva” que se condensa no “restabelecimento da expectativa normativa violada pela infracção; a difusão das mensagens de que o projecto ilícito não vingou”⁴¹³; e a função “confiscatória”, resumindo-se na absorção pela coima do benefício patrimonial atingido com a infracção. No entanto, o sentido de prevenção geral dado pela coima é diferente da prevenção geral da pena. Entende este Autor que a diferença reside não só nos interesses que suportam uma e outra, como também na mensagem transmitida com a sanção. Ainda que acompanhe a doutrina que considera que a coima tenha carácter punitivo e repressivo (sendo estes, para o Autor, sinónimos), já o mesmo não se poderá afirmar quanto à prevenção especial, seja ela positiva ou negativa, traduzida numa “ideia ou programa de reintegração social, nem qualquer pretensão de neutralização ou inocuização do sujeito perigoso.”⁴¹⁴

409 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 366.

410 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., pp. 352-354.

411 LEITE, “A autonomização do direito sancionatório...”, cit., p. 41.

412 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*. Vol. I, cit., p. 369.

413 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 165.

414 *Idem*, p. 166. Num sentido próximo, considerando que “não é conatural a uma tal sanção uma dimensão de retribuição ou expiação de uma culpa ética, como a não será também a da ressocialização do agente.” MENDES/CABRAL, *Notas ao regime geral das Contra-Ordenações*, cit., p. 59. Igualmente COSTA PINTO, considerando que a ideia de ressocialização do condenado não se suscita no DMOS, pela natureza das suas sanções. PINTO, “O ilícito de mera ordenação ...”, cit., pp. 68-69.

4. Princípios estruturantes no Direito Contraordenacional

Dúvidas não restam de que o Direito Contraordenacional se trata de um “verdadeiro e autônomo ramo de Direito Sancionatório Público.”⁴¹⁵ Ainda cúmplice da contraposição e distinção entre crimes e contraordenações está a questão da sua fundamentação constitucional e da aplicação dos princípios da Constituição Penal ao Direito Contraordenacional, à luz da ideia de Estado de Direito Democrático. Na verdade, o critério escolhido para a distinção entre crime e contraordenação terá, a nosso ver, influência na aplicação dos princípios, pois considerar um critério quantitativo é considerar a igual qualidade e a igual qualidade proclama igual tratamento constitucional. Já considerando, como diria EDUARDO CORREIA, que são coisas diferentes, ou seja, que têm natureza distinta, então os princípios não poderão ser aplicados *ipsis verbis*.

Aos olhos do TC, desde sempre se considerou que a natureza sancionatória do Direito Contraordenacional teria de justificar a aplicação direta ou por analogia de determinados princípios, ainda que eles tenham sido conjeturados para o Direito Penal⁴¹⁶. No entanto, quanto ao princípio da culpa e da legalidade, começaram a ter mais cautela. Sabendo que a transposição nunca poderia ser direta, principiou-se pela inscrição no Direito Contraordenacional do “âmbito da liberdade de conformação legislativa própria do legislador”⁴¹⁷. A propósito da aplicação dos princípios elencados no art. 29.º da CRP, considerou o TC “de admitir-se que os princípios constitucionais do Direito Penal possam influenciar os direitos sancionadores que derivam da mesma matriz.”⁴¹⁸. No entanto, pela sua distinção a nível de ressonância ético-social, terão de ser diferentes os princípios jurídico-constitucionais⁴¹⁹, na medida em que “não valem com a mesma extensão e intensidade no domínio contraordenacional.” e “não são automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social.”⁴²⁰

415 ROQUE, cit., p. 107.

416 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 792. “Há-de porém entender-se que esses princípios devem, no essencial, valer por analogia para todos os domínios sancionatórios, designadamente o ilícito de mera ordenação social [...]” TC 227/92 de 17-06-1992. “No que acaba de dizer-se vai, naturalmente, implicado o entendimento de que o princípio da *legalidade das sanções*, o *princípio da culpa* e, bem assim, o princípio da *proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida* valem, na sua ideia essencial, para todo o direito público sancionatório, *maxime*, para o domínio do direito de mera ordenação social.” TC 574/95 de 18-10-1995.

417 TC 344/93 de 12-05-1993. Ainda no mesmo acórdão “com efeito, os princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submetem entre nós a legislação penal e a legislação das contra-ordenações”

418 TC 76/2016 de 3-02-2016.

419 DIAS, “O movimento da descriminalização ...”, cit., p. 27.

420 TC 76/2016, cit.

O art. 18.º n.º 1 da CRP dispõe que em relação ao regime de direitos, liberdades e garantias, os preceitos são de eficácia imediata e vinculam tanto as entidades públicas como as entidades privadas. A par, exige que na possibilidade de restrição do exercício desses direitos, liberdades e garantias, se verifique cumulativamente que ela seja admitida pela própria Constituição, que vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido e que se limite à medida do necessário (pressupostos materiais), impondo também que a lei revista carácter geral e abstrato, que não tenha efeito retroativo e que seja respeitada a competência da AR⁴²¹. É aqui que vamos restringir o nosso estudo.

4.1 Proporcionalidade

Tanto a coima como a sanção acessória constituem “medidas restritivas de direitos patrimoniais e de liberdades económicas”⁴²² e como tal, também elas devem obedecer ao princípio da proporcionalidade ou de proibição do excesso. A este são atribuídos três grandes corolários, a *idoneidade* ou *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*⁴²³. Para aquilo que nos interessa, tem o último particular importância, nomeadamente na correspondência entre a gravidade da infração e o *quantum* que lhe é atribuído. Neste aspeto, denota-se que a jurisprudência tende em não intervir, apenas o fazendo nos casos de claras violações do princípio da proporcionalidade – ou seja, quando se fixem sanções excessivas⁴²⁴. A justificação parte do desvalor ético das coimas comparativamente às penas criminais, “para além de que, para a punição, assumem particular relevo razões de pura utilidade e estratégia social.”⁴²⁵ bem como o reconhecimento ao legislador ordinário na fixação dos montantes das coimas aplicáveis⁴²⁶. Para SILVA DIAS esta “livre” margem de manobra é reconhecida na decisão sobre os limites máximos e mínimos da coima aplicável a uma contraordenação,

421 CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 381-388.

422 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 58. No mesmo sentido PALMA/OTERO, “Revisão do regime legal ...”, cit., p. 561. Contra BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., pp. 770-771.

423 NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 1ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, fevereiro 2014, p. 162.

424 ROQUE, cit., p. 143. Inúmeros são os exemplos em que o TC afasta a inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade *v.g.* TC 557/2011 de 16-11-2011.

425 TC 574/95, cit.

426 TC 360/2011 de 12-07-2011.

“mas já não goza de idêntica margem para fixar limites idênticos ou superiores relativamente a contra-ordenações de menor gravidade.”⁴²⁷.

Na esteira da consagração legal dos limites mínimos e máximos calculados através do volume de negócios realizado no ano anterior à decisão condenatória, mormente entre 1% e 10%, tendemos a concordar com SILVA DIAS⁴²⁸, pois aqui não se vislumbram critérios relacionados com a infração, como seja a culpa, a ilicitude da infração, a situação económica do agente e do benefício económico que se retirou da sua prática (art. 18.º RGCO). Nem se diga que esta forma de determinar a coima acautela a situação económica do agente ou os benefícios económicos retirados⁴²⁹, pois pode dar-se o caso de à data da decisão já terem decorridos quatro ou cinco anos, ou ainda, encontrar-se no primeiro ano de atividade.

Os critérios estabelecidos pelo RGCO relativamente à determinação da medida da coima têm sido entendidos como meramente exemplificativos, já tendo o STA esclarecido que “Os elementos que contribuíram para a fixação da coima são não somente algum ou alguns dos indicados na lei, mas também outros que a autoridade administrativa indicar. Esses elementos não são taxativos.”⁴³⁰ A este propósito tem também sido aceite pela jurisprudência a admissibilidade da fixação de coimas, não se transpondo para o Direito Contraordenacional as mesmas razões que cominam no juízo de inconstitucionalidade das penas fixas⁴³¹. Para FARIA a fixação da coima, ainda que não considerada inconstitucional, não permite “efectuar uma adequação da sanção face à infracção concreta, constituindo um instrumento menos flexível ao serviço dos princípios ora em análise.”⁴³²

O princípio da proporcionalidade tem também extensão às sanções acessórias, estas determinadas em função da gravidade objetiva do facto e da gravidade subjetiva da culpa do agente, exigindo ainda “uma estreita conexão entre o objecto declarado perdido e a infracção cometida.”⁴³³

427 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 59.

428 *Ibidem*. O Autor dá como exemplo a Lei da Concorrência (Lei 19/2012) no art. 69.º mas poderemos encontrar outros exemplos, como o Regime Sancionatório do Setor Energético (Lei 9/2013) no art. 32.º.

429 TC 353/2011 de 12-06-2011 “Tal significa que, nessa interpretação do regime legal, se procura, através de um critério objectivo legalmente estabelecido, introduzir uma relação de dependência entre a moldura abstracta da coima e o benefício económico que o arguido retirou da prática da infracção, benefício esse calculado a partir do valor do volume de negócios do ano em que cessou a prática da infracção.”

430 STA de 03-07-2002.

431 TC 481/2010 de 9-12-2010.

432 FARIA, Margarida Ermelinda Lima de Morais de, *O Sistema das Sanções e os Princípios do Direito Administrativo Sancionador*, dissertação apresentada à Universidade de Aveiro, 2007, p. 73

433 ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 97.

Relativamente à vertente da necessidade, refere SILVA DIAS que face ao panorama de expansão que (ainda) se vive, deverá também ele operar como bloqueio de uma “utilização generalizada do instrumento contra-ordenacional”⁴³⁴. Parece assim aproximar-se de VILELA e do seu critério de carência de tutela contraordenacional, ainda que este tenha vindo a propósito do critério de distinção entre crime e contraordenação.

4.2 Legalidade

Creemos, no mesmo sentido que ROQUE, que o princípio da legalidade decorre do Estado de Direito, abraçando todo o Direito Sancionatório Público, não reclamando por isso nenhuma “aplicação analógica (ou extensiva) do «princípio da legalidade penal».”⁴³⁵ Para BRANDÃO, apoiado em FIGUEIREDO DIAS⁴³⁶, de mau grado foi a rutura da nova jurisprudência do TC. Se inicialmente começou por assumir que “também o ilícito e as sanções do direito de mera ordenação social beneficiariam do essencial da tutela constitucional do *princípio da legalidade criminal* consagrado no art. 29.º da Constituição”⁴³⁷, adotando assim o *nullum crimen nulla pena sine lege*, depressa deslocaram tal garantia do princípio da legalidade para o princípio do Estado de Direito consagrado no art. 2.º da CRP. Para esta rutura, iniciada que foi com o Ac. 41/2004⁴³⁸, alegou o TC que “nem sequer existe no art. 29.º da Constituição, que se refere às garantias substantivas do direito criminal, um preceito semelhante àquele que existe no art. 32.º, a respeito das garantias processuais, alargando-as, com as necessárias adaptações, a todos os outros processos sancionatórios (art. 32.º, n.º 10).”⁴³⁹

Feito este apontamento, é necessário descortinar os quatro corolários do princípio da legalidade, comumente aceites pela doutrina: lei escrita, lei estrita, lei certa e lei prévia.

Por lei escrita, deverá entender-se que daqui estarão excluídas outras fontes de criação de normas, como o uso, os costumes ou a jurisprudência. Nesta aceção, é discutido o problema da reserva de lei que segundo o art. 165.º n.º 1 al. d) da CRP, ou só a AR ou o Governo com autorização legislativa da AR é que poderão legislar sobre estas matérias. Neste

434 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 62.

435 ROQUE, cit., p. 124. Também SILVA DIAS, *idem*, p. 67.

436 DIAS, “O movimento da descriminalização ...”, cit., p. 28.

437 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 798.

438 TC 41/2004 de 14-01-2004.

439 TC 397/2012 de 28-08-2012.

sentido, é defendido que deverá dar-se uma interpretação menos exigente a esta alínea, entendendo-se como obrigatória a intervenção da AR apenas para o regime geral, ou seja, para o RGCO⁴⁴⁰. Assim, para as infrações singulares pode o Governo “definir, alterar e eliminar contra-ordenações e (...) modificar a sua punição”⁴⁴¹. Segundo VILELA, decorrendo das feições que tomam o DMOS na proteção de bens jurídicos de Direito Penal, deveriam estas contraordenações e respetivos regimes estarem sujeitos a igual reserva de lei, o que aliás até vem sendo confirmado pela prática legislativa de determinados códigos, como o Código do Trabalho ou o Regime Jurídico da Concorrência⁴⁴².

Sendo que a CRP não estabelece diretamente a proibição da analogia ou que garanta a tipicidade, é através do princípio da legalidade e da exigência de lei estrita que poderemos chegar a essa conclusão⁴⁴³. No entanto, a esta omissão tem sido atribuído um “enfraquecimento da tipicidade” que “não resulta de arbitrariedade do legislador constitucional: deriva da menor ressonância ética deste ilícito e da menor gravidade das suas sanções”⁴⁴⁴. Ainda assim, é-lhe conferido plena vigência no DMOS⁴⁴⁵.

Mais problemática tem sido a exigência de lei certa, na medida em que se veda a utilização de conceitos demasiado indeterminados, bem como as normas penais em branco. Já EDUARDO CORREIA considerava que da “maior maleabilidade” poderá decorrer, sem violação do princípio da legalidade, “normas em branco, remetendo para critérios fixados pela própria Administração com vista à realização das suas finalidades salutistas.”⁴⁴⁶ Para LOPES RÊGO é também aqui que se traduz o enfraquecimento do princípio da tipicidade, “num nível de menor exigência e menor rigor na exacta delimitação da “fattispecie” que consubstancia cada infracção daquela natureza.”⁴⁴⁷ O que é exigido é que haja um mínimo razoável de clareza na remissão feita, principalmente partindo de que o DMOS não trata apenas de mera bagatelas. Segundo ROQUE é através delas que se garante “o respeito pelo

440 AZEVEDO, cit., p. 85.

441 ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 33. A este propósito, vide a decisão do TC 374/2013 de 28-06-2013 que considerou inconstitucional a norma constante da parte final do n.º 1 do art. 10.º do Decreto n.º 7/2013 da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores.

442 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 512.

443 ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 34.

444 PALMA/OTERO, “Revisão do regime legal ...”, cit. p. 564.

445 SILVA DIAS, *Direito...*, cit., p. 78; DIAS, “O movimento da descriminalização ...”, cit., p. 28; MENDES, António de Oliveira /CABRAL, José dos Santos, *Notas ao regime geral das Contra-Ordenações e coimas*, 3ª Edição, Almedina, fevereiro 2009, p. 29.

446 CORREIA, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação...”, cit., p. 274. TRG de 12-01-2014 “Indispensável é que não obstem à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos.”

447 RÊGO, Carlos Lopes do, “Alguns problemas constitucionais do Direito das Contra-ordenações”, in *Questões Laborais*, ano VIII, 2001, p. 24. Considerando a aplicação mais flexível ou princípio da tipicidade SILVA DIAS, “Crimes e Contra-ordenações Fiscais”, cit., p. 443.

«princípio da legalidade», mediante a remissão do concreto conteúdo prescritivo de uma parcela da norma que prevê a sanção a aplicar («norma remissiva») (...) para uma outra norma integradora («norma complementar»), através da qual se fixam os elementos exclusivamente técnicos mencionados na primeira norma.”^{448/449} exigindo, no entanto, uma determinada certeza jurídica quanto à proibição da conduta. O TC tem-se pronunciado sobre este ponto, considerando que “o importante para a salvaguarda da *lex certa* não seja a conduta em si mesmo considerada, mas a regra legal que a proíbe ou que imponha o dever que seja objeto de violação ou ofensa. Por isso, a especificação dos factos sancionáveis e a individualização dos seus elementos típicos pode não ter o mesmo grau de determinação e precisão que aquele que é constitucionalmente exigido às normas penais.”⁴⁵⁰

Tem sido discutido pela doutrina a questão relativa à previsão pelo art. 18.º n.º 2 do RGCO que consagra o benefício económico⁴⁵¹ retirado pelo agente com a conduta, como agravante. De acordo com SILVA DIAS, o princípio da previsibilidade e da segurança encontram-se salvaguardados pelo limite reconhecido no mesmo número e pela possibilidade de calcular *ex ante*, pelo agente infrator, o montante da coima⁴⁵². Contra manifestam-se alguns autores, como VILELA e OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL para quem “este parâmetro de determinação da medida da coima é altamente fluído, variável”⁴⁵³ e que “quando funciona como circunstância modificativa agravante, deixa de constituir critério de determinação da medida da coima.”⁴⁵⁴

Relativamente à lei prévia, a sua exigência tem a mesma aplicação do Direito Penal, proibindo-se a aplicação retroativa da lei contraordenacional mais desfavorável⁴⁵⁵. O TC já se pronunciou neste sentido, julgando inconstitucional, por violação do princípio da segurança jurídica, a norma constante da alínea a), do n.º 3, do art. 12.º, do Código do Trabalho. Ainda que não tenha considerado que teria havido efetiva retroatividade, para o tribunal “Constituiria uma violação da confiança legítima que as pessoas devem depositar na

448 ROQUE, cit., p. 145. No mesmo sentido SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 72.

449 “nada na Constituição obriga à conexão, na mesma lei ou no mesmo preceito legal, da conduta proibida com a pena que lhe corresponde.” DIAS, “Para uma dogmática...”, cit., p. 46.

450 TC 76/2016 cit. De igual forma TRE de 11-07-2013, sendo que neste acórdão ainda se toca na questão dos critérios de natureza técnica, cuja discussão remetemos para SILVA DIAS, *Direito ...* cit., p. 73.

451 O conceito de benefício económico é mais amplo que o de lucro, abrangendo todas as vantagens económicas, *vide* ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 85;

452 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 76.

453 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 360.

454 MENDES/CABRAL, *Notas ao regime geral das Contra-Ordenações...*, cit., p. 58.

455 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., pp. 79 e ss.

ordem jurídica a punição como contra-ordenação de comportamentos ocorridos anteriormente à sua tipificação legal.”⁴⁵⁶

4.3 Culpa

Na versão conferida pelo DL 232/79, o art. 1.º n.º 2 previa que “A lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada, independentemente do carácter censurável do facto.”, deixando no ar a dúvida se tal preceito dava lugar à responsabilidade objetiva. A Comissão Constitucional considerando que não, sendo que “sempre se dirá que é duvidoso que se trate de uma pura responsabilidade objectiva, ainda que excepcional.”⁴⁵⁷ Segundo SILVA DIAS, “admitia-se a existência de responsabilidade contra-ordenacional à revelia total do princípio da culpa.”⁴⁵⁸, sendo que o erro em que incorreu a Comissão Constitucional foi não ter dado importância à ressalva do art. 8.º n.º 1 que estatuiu “Salvo na hipótese a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º só é sancionável o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.”. Parece que também foi neste sentido que FIGUEIREDO DIAS principiou, ainda que seja por ele negado⁴⁵⁹. Segundo este Autor “Pode e deve aqui falar-se de culpa (...) Só que (...) não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal, baseada numa censura ética, dirigida à pessoa do agente e à sua atitude interna, mas de uma imputação do facto à responsabilidade social do seu autor”, ficando na dúvida sobre “se, nos casos em que a imputação se faça independentemente da culpa, ainda aí se exigirá que o facto possa, em todo o caso, ser qualificado como doloso ou negligente.”⁴⁶⁰ Para AZEVEDO a consideração da responsabilidade objetiva será defensável para quem leve em conta a “administrativação” do Direito sancionatório, caso contrário, seria inconstitucional que um Direito sancionatório afastasse a culpa⁴⁶¹. Para o mesmo Autor, a posição preconizada por FIGUEIREDO DIAS é confundir o *ser* com o *dever-ser* pois atualmente existem inúmeras condutas que demonstram carácter relevante, principalmente no DMOS ambiental. Mais, “à semelhança da culpa no direito criminal, o agente infractor, em determinadas condutas pode responder pela sua personalidade, pela sua atitude pessoal,

456 TC 490/2009 de 28-09-2009.

457 Parecer n.º 4/81, cit.

458 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 63.

459 DIAS, *Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 165.

460 DIAS, “O movimento da descriminalização...”, cit., p. 29

461 AZEVEDO, cit., pp. 98-99.

a qual se exprime no facto ilícito-típico e o fundamenta.”⁴⁶² Segundo EDUARDO CORREIA, não parece ser intenção do legislador excluir a culpa da imputação na contraordenação. Quer isto dizer que a imputação depende sempre dela, caso contrário não teria a lei previsto a punição das contraordenações por negligência, devendo antes ler-se que estas “são sempre punidas.”⁴⁶³ Considera também que a imputação, independentemente do juízo de culpa, está ligada à necessidade de se evitar a fuga com base na falta de consciência de ilicitude⁴⁶⁴. A alteração trazida pelo DL 433/82 ao art. 8.º n.º 1, retirando-se a parte da ressalva “Salvo na hipótese a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º”, veio, na interpretação de SILVA DIAS, instituir o princípio da culpa “na sua dimensão de imputação subjectiva”⁴⁶⁵. A questão parece ter ficado assim resolvida.

Ao contrário de AZEVEDO, para quem a atitude pessoal do agente pode fundamentar o ilícito-típico, MATOS VIANA segue a mesma linha de FIGUEIREDO DIAS. Segundo aquele Autor, a culpa contraordenacional transpõe uma censura que é imputada ao agente pelo desvio ao seu “papel social”. O sujeito, inserido numa determinada atividade, desempenhará um “papel” que traz consigo um conjunto de deveres que deverão ser cumpridos, por fazerem parte da regulação daquela atividade⁴⁶⁶. Será o grau do desvio que determinará a medida reprimenda⁴⁶⁷.

No seguimento da posição de VILELA, em que distingue contraordenações tal como elas foram inicialmente concebidas, ou seja, de mera ordenação e contraordenações dotadas de conteúdo ético-social, entende a Autora que ao nível do princípio da culpa, deverá este funcionar também a duas velocidades. Se para o primeiro grupo de contraordenações onde se enquadram as “violações à ordenação e promoção da ordenação do viver comunitário e as desobediências à administração [estas] são suportadas por um tipo de culpa diferente” para as quais “vale um princípio de culpa flexibilizado”⁴⁶⁸. Para o segundo grupo, deverá funcionar “o princípio da culpa, tal como o conhecemos no âmbito do direito penal.”⁴⁶⁹

462 *Idem*, pp. 107-109.

463 CORREIA, *Direito Criminal*, Vol I, cit, p. 222.

464. *Idem*, p. 223.

465 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 64.

466 VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerente pelas coimas aplicadas à sociedade”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito fiscal*, ano 2, n.º 2, 2009, p. 202.

467 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 65.

468 VILELA, *O Direito ...*, cit., p. 555.

469 *Idem*, p. 556.

Mais uma vez, na aceção de BRANDÃO a interpretação do princípio da culpa no Direito Contraordenacional deverá ser feita de forma aberta e incondicionada⁴⁷⁰, o que se foi inicialmente apoiado pela jurisprudência constitucional, à semelhança do princípio da legalidade, rapidamente deixou de o ser. Voltando novamente ao Ac. 574/95, foi sufragada a aplicação dos princípios constitucionais ao DMOS, incluindo o da culpa. Este entendimento voltou a ser confirmado pelo Ac. 86/2008⁴⁷¹ e 481/2010⁴⁷². No entanto, os ventos de mudança já se tinham feito sentir no TC⁴⁷³, tendo sido defendido no Ac. 85/2012 a inaplicabilidade do princípio em sede contraordenacional, pois que “O princípio da culpa postula, por um lado, a exigência de uma culpa concreta como *pressuposto* necessário de aplicação de qualquer pena, e por outro, a proibição da aplicação de penas que excedam, no seu *quantum*, a medida da culpa. Mas é sabido que o princípio jurídico-constitucional da culpa (fundado na dignidade da pessoa humana) *não vale*, como parâmetro, no domínio das contraordenações”⁴⁷⁴. Assim, aos olhos deste tribunal, a culpa envolvida no Direito Contraordenacional, não pode ser a mesma culpa ética do Direito Penal.

Outra das diferenças apontadas ao funcionamento da culpa no Direito Contraordenacional é que, no Direito Penal a culpa constituirá sempre o limite máximo da pena, ao contrário do DMOS, pois como já vimos, poderá a coima ser elevada de forma a absorver os benefícios económicos retirados pelo agente⁴⁷⁵. Aliás, para PINTO DE ALBUQUERQUE, tendo em conta as necessidades de prevenção especial negativa, deverá ser o benefício a limitar o mínimo da coima⁴⁷⁶.

470 BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 823.

471 TC 86/2008 de 13-02-2008.

472 TC 481/2010, cit.

473 TC 160/2004 de 17-03-2004. Considerou o douto tribunal que o princípio de intransmissibilidade da responsabilidade criminal não se transporta para o direito contraordenacional, por se tratar de “um juízo hipotético ou definitivo de censura ética”.

474 TC 85/2012 de 15-02-2012.

475 Contra SIMAS SANTOS e LOPES DE SOUSA, ao considerarem que “a culpa não constitui apenas o pressuposto-fundamento da validade da sanção, mas afirma-se também como limite máximo da mesma sanção”. Julgamos nós, que a elevação do limite máximo da coima pelo benefício, deverá constituir uma assim uma exceção. SANTOS, Manuel Simas /SOUSA, Jorge Lopes de, *Contra-ordenações: anotações ao regime geral*, 5ª Edição, Vislis, 2001, p. 166.

476 ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 85.

Parte III

O estranho caso entre a Reincidência e as Contraordenações

1. Pequeno apontamento histórico

A par da primeira consagração da reincidência no CP de 1852, fez o legislador especial referência ao instituto das contravenções. Deste modo, rezava o art. 85.º, já mencionado *supra*:

“§ 2. Nas contravenções o termo é de um anno, e não se requer que a segunda contravenção seja da mesma natureza.”⁴⁷⁷

Por contravenção entenda-se “o facto voluntario punivel, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das Leis e Regulamentos, independentemente de toda a intenção malefica.” (art. 3.º), sendo sempre punida a negligência (art. 4.º).

As diferenças relativamente aos crimes são notórias. Trata-se de um regime especial face à reincidência criminal, sendo de aplicar o disposto no regime geral, ou seja, requer-se uma prévia condenação do sujeito. O prazo é substancialmente diferente pois recorde-se que era de dez anos a prescrição da reincidência para os crimes, enquanto para as contravenções apenas se requer um ano. Bem se denota a intenção do legislador em marcar a distinção entre os dois tipos de ilícitos. Por fim, “não se requer que a segunda contravenção seja da mesma natureza.”, sendo clara a vontade em abranger todo os tipos de ilícitos contravencionais, consagrando a reincidência genérica.

Mais tarde, com a reforma de 1884, este regime especial é separado da consagração da reincidência, sendo-lhe dado um artigo para o efeito:

477 [Consultado a 10-06-2019]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

“Artigo 26.º Nas contravenções dá-se a reincidência quando o agente, condenado por uma contravenção, comete contravenção idêntica antes de decorrerem seis meses, contados desde a dita punição.”⁴⁷⁸

Considerou o legislador, à semelhança do regime da reincidência, diminuir o prazo prescricional, passando agora a ser apenas de seis meses, determinado após o trânsito em julgado da decisão condenatória. No entanto, mais relevante é a alteração relativa à exigência de que a contravenção seja “idêntica”, deixando ao abandono a reincidência genérica e abraçando a específica. Se por um lado se entende que por contravenção “idêntica” não se querará dizer que sejam apenas da mesma natureza⁴⁷⁹, por outro há quem considere que “crime da *mesma natureza* e contravenção *idêntica* tem a mesma significação.”⁴⁸⁰, pelo que valem aqui as teorias mencionadas *supra*. No entanto, cremos que caso fosse essa a intenção do legislador, teria sido coerente optar pelo mesmo desígnio de “contravenções da mesma natureza”. A identidade requerida deverá apresentar-se como algo mais a procurar-se dentro do seu próprio regime especial. Por fim, era também entendido que “a reincidência dá-se sempre que se verifiquem os requisitos exigidos no artigo 36.º do Código Penal”⁴⁸¹, dando conta do seu funcionamento automático.

Esta consagração foi mantida tanto pelo CP de 1886 como pela Reforma de 1954, sendo que a única alteração registada foi a modificação do art. 26.º para o dito art. 36.º. Os anos que se seguiram foram de uma profunda alteração a nível legislativo, não só pela consagração da nova Constituição em 1976 e da posterior revisão em 1982 que acolheu o IMOS, como também pelo DL 232/79 seguido da Reforma Penal de 1982 e ulterior instauração definitiva do DMOS com o DL 433/82. Não faria assim sentido que o legislador penal de 1982 continuasse a prever a reincidência nas contraordenações, quando já tinha sido instituído o regime geral com o DL 232/79, ainda que só efetivado em 1982. Se bem assim o fez, a par do legislador de 1979, copiado que foi pelo RGCO, mau grado não lhe ter sido dado uma palavra nas revisões que lhe foram sendo feitas.

478 Consultado a 10-06-2019]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1272.pdf>

479 ANDRADE, *Direito Penal*, Vol. II, cit., p. 246.

480 Seria esse o entendimento de HENRIQUES DA SILVA (BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1923, p. 152.

481 Parecer da Procuradoria-Geral da República, de 31 de outubro de 1942 *apud* FAVEIRO, Vítor António Duarte/ ARAÚJO, Laurentino da Silva, *Código Penal Português Anotado*, 3ª Edição, Coimbra Editora Limitada, 1960, p. 146.

2. O silêncio do RGCO

Já era do entendimento de MARNOCO E SOUSA de que a reincidência não deveria constituir agravante nas contravenções⁴⁸². Também EDUARDO CORREIA considerava que “a imposição das referidas reacções administrativas não poderá considerar-se para efeitos de reincidência, habitualidade, perigosidade ou fazer-se constar do registo criminal.”⁴⁸³ Identicamente CASTRO E SOUSA considera que nas contraordenações não se lhes deve aplicar tais “efeitos infamantes, bem como a sua aplicação não deva ser tomada em conta para efeitos de reincidência, habitualidade, sucessão de crimes, etc.”⁴⁸⁴. No entanto, bem se compreende o protesto pela inaplicabilidade da reincidência ao regime contraordenacional, pois que era para estes Autores um regime despido de relevância ética, sendo que as reacções que lhe corresponderiam também não poderiam ter essa valoração, logo, configurariam apenas meras advertências sociais. No entanto, consideramos nós que para estes Autores não deve ser aplicado o instituto da reincidência como agravante e não apenas a reincidência nos termos em que está concebida no CP⁴⁸⁵.

Temos por certo que a agravante da reincidência, tal como configurada e prevista no CP, não possa ser aplicada subsidiariamente ao regime contraordenacional, através do acionamento do art. 32º do RGCO⁴⁸⁶, pois está inteiramente pensada para o Direito Penal, exigindo-se uma prévia condenação em pena de prisão superior a seis meses, bem como o cometimento de um novo crime ao qual corresponda nova pena de prisão também ela superior a seis meses. Bem aponta NUNO CASAL ao considerar que ainda que seja admissível tal remissão, alterando-se a norma para a qual se remete, “é muito difícil cotejar uma pena de prisão efectiva com uma pena de multa, pelo que cremos não ser este o *iter* do transporte da reincidência para o campo das contra-ordenações.”⁴⁸⁷ Assim, a aplicação do instituto ao Direito Contraordenacional deverá efetuar-se a par da ponderação de antecedentes para a determinação da medida da coima⁴⁸⁸. Não muito longe encontra-se

482 *Apud* BAPTISTA, *ibidem*.

483 CORREIA, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação...”, cit., p. 272.

484 CASTRO E SOUSA, *ibidem*.

485 Ao contrário do que parece entender PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 78.

486 No mesmo sentido, LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. II, cit, p. 311; ALBUQUERQUE, *ibidem*; SANTOS,/SOUSA, *Contra-ordenações: anotações ...* cit., p. 164 “A agravante modificativa da reincidência não é aplicável genericamente no domínio das contra-ordenações, por os seus requisitos, previstos no art. 76.º do Código Penal, só se puderem verificar em relação a crimes dolosos puníveis com pena de prisão.”)

487 CASAL, cit., p. 299.

488 *Idem*, p. 300.

JOAQUIM FERNANDES, pois que face à ausência na Lei-Quadro “deverá entender-se dever genericamente e no silêncio de lei especial ser relevada a prática anterior de infracção ou infracções da mesma natureza”⁴⁸⁹. A este propósito firmou o TRP⁴⁹⁰ que ainda que excluída a figura da reincidência, não se considera violadora do princípio da legalidade a interpretação segundo a qual se poderá considerar na determinação da medida da coima (art. 18.º RGCO, que não tem carácter taxativo nem restritivo) “a ponderação de elementos que permitam aferir o grau de censura da actuação do agente. Entre estes, a conduta anterior e posterior”, considerando também que a “inventariação das anteriores condenações sofridas pela recorrente, [é um] procedimento expressamente consentido pela lei, não só porque se insere na apreciação da culpa do agente (...) mas também porque integra o campo de actuação do julgador no quadro da determinação da sanção a aplicar”. Também SOARES RIBEIRO tece reflexões semelhantes acerca da consideração do passado do arguido como agravante, noutros processos contraordenacionais idênticos⁴⁹¹. Para este Autor “qualquer infracção praticada após o levantamento de um auto de notícia por infracção da mesma natureza, mesmo antes da decisão definitiva de condenação, e mesmo que não se situe dentro dos parâmetros da reincidência, pode ser tido em conta na apreciação da culpa do infractor.”⁴⁹²

No seguimento da sua conceção, VILELA aborda igualmente a questão da reincidência. Para a Autora deveria ser o RGCO a prever “uma categoria dogmática semelhante à reincidência”⁴⁹³, aplicada que deveria ser apenas às contraordenações portadoras de relevância e conteúdo ético, pelo que não sendo possível dizer “que todas as contraordenações relevantes para efeitos de reincidência possuem, ou não, um conteúdo ético”⁴⁹⁴ então “todas aquelas que não se evidenciam sob aquele ponto de vista não devem ser inscritas no registo, a fim de serem consideradas para efeitos de reincidência.”⁴⁹⁵

Para SILVA DIAS a limitação para efeitos de reincidência deverá fazer-se quanto às contraordenações “que afectam gravemente a prossecução de interesses fundamentais dos sectores de actividade”⁴⁹⁶. No entanto, o critério para aferir da sua gravidade, não se deve

489 FERNANDES, António Joaquim, *Regime Geral das Contra-Ordenações – Notas Práticas*, 2ª Edição, Ediforum, 2002, p. 49.

490 TRP de 01-04-2009. Também TRL de 27-04-2004, ainda que sobre o art. 140.º do CE.

491 RIBEIRO, cit., p. 78.

492 *Idem*, p. 79.

493 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 540.

494 *Idem*, p. 542.

495 *Ibidem*.

496 SILVA DIAS, *Direito...*, cit., p. 65. Também JOAQUIM FERNANDES considera que “seria aplicável às infracções cometidas com dolo ou graves e muito graves, como decorre da similitude com o preceituado no artigo 75.º do Código Penal” (FERNANDES, *ibidem*).

buscar no conteúdo ético-social, mas sim no dever violado e na sua relevância, bem como no nível de perigosidade demonstrado pelo sujeito com a sua conduta.

Uma questão que é trazida pelo silêncio do RGCO quanto à aplicação da reincidência nas contraordenações, a par da disparidade de critérios, é a possibilidade da sua inconstitucionalidade⁴⁹⁷. Também VILELA considera que, ao se consagrar a figura no RGCO, já não haveria possibilidades de se colocar em causa o princípio da reserva de lei. A jurisprudência tem enfrentado o problema, ainda que de forma indireta e sem conclusões arriscadas. Primeiramente, sempre que perante legislação especial que consagre a reincidência, têm entendido os nossos tribunais que não há lugar à aplicação subsidiária do CP sobre a matéria pois “nenhuma lacuna se vislumbra que autorize a que se apele à aplicação subsidiária do art. 75.º do Código Penal com base no disposto no art.º 32.^o”⁴⁹⁸, não só porque a intenção do legislador é exatamente consagrar um regime especial de reincidência no âmbito daquele setor de atividade, como também é desde logo invocado o princípio da especialidade, segundo o qual, a lei especial derroga a lei geral (no caso, o RGCO). Ao TRL⁴⁹⁹ foi invocada a inconstitucionalidade do art. 143.º do CE, por este não consagrar o elemento material previsto na reincidência criminal. O tribunal principia pela ausência da contemplação da figura no RGCO, pelo que à busca de tal critério material da reincidência em outros regimes contraordenacionais, em nenhum encontrou uma redação idêntica à do art. 75.º n.º 1 do CP. A justificação para tal traduz-se numa “opção Legislativa pensada e querida no sentido da afirmação de uma especialidade de regulamentação”. Ademais, à reincidência contraordenacional terá que corresponder uma finalidade autónoma e “é sobretudo a responsabilização pela indiferença objectiva na sua reiteração o que se pretende sancionar, o que convoca a desnecessidade de se aferir tal elemento material.”, concluindo pela não inconstitucionalidade. Também o TC já se viu perante o mesmo dilema, ainda que a questão tenha sido configurada apenas como ilegalidade. Em causa estava também o art. 143.º CE, sendo que “este terá sido interpretado e aplicado no sentido de os pressupostos do instituto da reincidência serem distintos dos estabelecidos no artigo 75º, nº 1, do Código Penal, apesar de esta lei ter autorizado o governo a consagrar o instituto da reincidência em termos análogos aos previstos no Código Penal”⁵⁰⁰. No entanto, a questão não foi analisada e a reclamação indeferida.

497 Referindo ainda que “tal consagração, sem haver um mínimo de regulamentação (naqueles diplomas que não a contemplam), atenta contra os direitos dos arguidos” RIBEIRO, cit., p. 77.

498 V.g. TRP de 19-09-2007 e TRC de 02-03-2016.

499 TRL de 04-04-2017.

500 TC 288/2008 de 28-05-2008.

3. Legislação Sectorial

A partir dos anos 80 tem-se assistido a um exponencial crescimento das áreas de intervenção das contraordenações, dando lugar a regimes complexos e diferenciados⁵⁰¹. Esta técnica legislativa, segundo FIGUEIREDO DIAS⁵⁰², “só aparentemente será insignificativa” na medida em que corresponde a “exigências espaço-temporais bem definidas”, demarcando assim a sua importância na aproximação ao setor que regula, ao seu nível de especialização e às mutáveis exigências da sociedade. No entanto, como bem têm notado diversos Autores⁵⁰³, têm sido crescentes as exceções ao RGCO. Este fenómeno de “fragmentação e casuísmo”⁵⁰⁴ é estabelecido não só pela repetição desnecessária de várias normas do RGCO, como pela omissão de tantas outras, pondo em causa a unidade do sistema. Particularmente crítico desta esquizofrenia é MARQUES DA SILVA, para quem não poderá ser “de todo aceitável que o legislador mude de orientação em questões fundamentais de diploma para diploma (...) Direito é sistema, o que significa submissão de normas aos mesmos princípios.”⁵⁰⁵, dando lugar às maiores dificuldades de interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto. Relativamente à figura da reincidência no Direito Contraordenacional, o mesmo Autor dá conta das várias opções consagradas em diversos regimes, onde “Tudo pode ser diferente, de regime especial para regime especial, mas não deve.”⁵⁰⁶

A escolha pelos regimes *infra* analisados, não foi feita de forma fortuita, aleatória ou circunstancial. Todos eles se apresentam de forma distinta, avançando critérios diferentes, ainda que uns mais divergentes do que outros. As principais diferenças encontram-se nos critérios de aplicação e nos prazos. Certo é que o resultado pretendido é sempre o mesmo, a agravção da coima mas também aqui o critério de elevação tanto pode ser de um terço, ou

501 SILVA DIAS, Augusto, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 1, 2010, p. 238.

502 DIAS, “Para uma dogmática...”, cit., p. 330. Também COSTA PINTO chama a atenção para a importância da legislação sectorial, permitindo uma “assunção séria do princípio da *ultima ratio* da intervenção penal.” (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano III, n.º 5, Almedina, 2002, p. 98).

503 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 31; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de Mera Ordenação Social”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, 2017, pp. 259 e ss.; SILVA, Germano Marques da, “Notas breves sobre o regime sancionatório do Código dos Regimes Contributivos do Sistema previdencial de Segurança Social” in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscais*, ano 2, n.º 4, 2009, p. 88 e ss.; ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., pp. 10-11.

504 ALBUQUERQUE, *ibidem*.

505 SILVA, “Notas breves sobre o regime...”, cit., p. 89.

506 *Idem*, p. 97. Também dando conta desta disparidade, LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. II, cit, pp. 311 e ss e SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., pp. 173-174.

do dobro. Os efeitos são também díspares, ao nível das sanções acessórias, da redução da coima ou do seu pagamento voluntário. Vejamos.

3.1 O Código da Estrada

O CE de 1954⁵⁰⁷ não continha nenhuma disposição relativa à reincidência, referindo apenas o registo de infrações no art. 66.º, o que já seria de esperar na medida em que o CP já incluía essa menção. A evolução dos tempos e do próprio trânsito trouxe a necessidade de se rever inúmeras disposições e regras jurídicas, bem como a introdução de determinadas inovações. Deu-se assim a Reforma pelo DL 114/94⁵⁰⁸.

Relativamente à reincidência, o novo CE consagrou este instituto no art. 143.º⁵⁰⁹. O acionamento da reincidência neste regime é dado pelo critério de contraordenação cominada com uma sanção acessória, limitando-se às contraordenações indicadas no “mesmo diploma legal ou seus regulamentos”. Assim, tanto a contraordenação já praticada como a nova cometida terão de ser graves ou muito graves para que sejam sancionadas com coima e sanção acessória (art. 138.º n.º 1)⁵¹⁰. O prazo prescricional foi inicialmente de três anos, tendo sido alterado pelo DL 44/2005. Passou assim a prever-se um prazo mais alargado de cinco anos, não sendo computado o tempo durante o qual o infrator cumpriu sanção acessória, proibição de conduzir ou foi interdito de concessão de título de condução (n.º 2). Os efeitos previstos no n.º 3 dão-se pela elevação do limite mínimo apenas da sanção acessória para o dobro. Acresce que a negligência é sempre sancionada (art. 133.º).

Para SILVA DIAS o fundamento da reincidência nas contraordenações estradais encontra-se não só na maior perigosidade geral para a segurança rodoviária, como também na “especial culpabilidade do agente que decorre de não ter sido sensível à admonição

507 [Consultado a 15-06-2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/514819/details/maximized>
508 [Consultado a 15-06-2019]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=349A0143&nid=349&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

509 “1 - É sancionado como reincidente o infrator que cometa contraordenação cominada com sanção acessória, depois de ter sido condenado por outra contraordenação ao mesmo diploma legal ou seus regulamentos, praticada há menos de cinco anos e também sancionada com sanção acessória.

2 - No prazo previsto no número anterior não é contado o tempo durante o qual o infrator cumpriu a sanção acessória ou a proibição de conduzir, ou foi sujeito à interdição de concessão de título de condução.

3 - No caso de reincidência, os limites mínimos de duração da sanção acessória previstos para a respetiva contraordenação são elevados para o dobro.”

510 TOLDA PINTO, António Augusto, *Código da Estrada Anotado e Legislação Complementar*, Coimbra Editora, 2002, p. 378.

implícita na condenação anterior, não tendo feito nada para modificar o seu comportamento.”⁵¹¹. Se este Autor faz deste modo uma aproximação ao Direito Penal, considerando que caso não se verifique a indiferença perante a advertência da condenação anterior, então não poderá ser considerado reincidente, já o mesmo não tem sido entendido pela jurisprudência. Na esteira da afirmação do TRL⁵¹² de no sistema contraordenacional vigorar uma “responsabilização pela indiferença objectiva na sua reiteração”, já anteriormente foi propugnado pelo TRP o funcionamento automático da reincidência. Assim, para o tribunal “a declaração de reincidência depende apenas das condições referidas naquele n.º 1 do artigo 143º, com a consequência automática de os limites mínimos de duração da sanção acessória previstos para a respectiva contra-ordenação serem elevados para o dobro (nº 3 do citado normativo)”⁵¹³. Analisado deste modo, não parece guardar-se espaço para qualquer avaliação ao caso concreto, excluindo-se também toda e qualquer hipótese de se tratar de uma “reiteração fortuita ou ocasional”⁵¹⁴ pelo que para FERREIRA LEITE dúvidas não restam que a configuração desta obrigatoriedade ou automaticidade não respeitam o princípio do *ne bis in idem*. Na verdade, não se está muito longe de uma imputação objectiva, também consagrada no art. 237.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social⁵¹⁵ à qual MARQUES DA SILVA teceu duras críticas. Segundo o mesmo Autor, “Interpretar o art. 237.º do Código Contributivo considerando apenas a pluralidade de contra-ordenações, ou seja, no plano puramente objectivo, implica que a sanção de uma contra-ordenação se projecta na outra. Parece-nos ser *bis in eadem* odioso ao arrepio do sistema do direito sancionatório fundado na culpa.”⁵¹⁶ No entanto, por se tratar de um regime contraordenacional, deixa o autor a dúvida se poderá resultar em inconstitucionalidade ou não.

Se a verificação da reincidência obsta à atenuação da sanção acessória independentemente da contraordenação (art. 140.º)⁵¹⁷, já quanto à suspensão da sua execução reza o art. 141.º n.º 3 que a suspensão pode ser determinada ainda que o infrator seja reincidente (condenado apenas uma vez por contraordenação grave), estando, no entanto,

511 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 173.

512 TRL de 04-04-2017.

513 TRP de 22-06-2016 mencionando o ac. TRP de 23-09-2015 (Proc. 3878/15.0T8PRT).

514 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. II, cit, pp. 312-313.

515 [Consultado a 15-06-2019]. Disponível em: <http://www.seg-social.pt/documents/10152/15009350/C%C3%B3digo+Contributivo/1e56fad5-0e2a-42c2-b94c-194c4aa64f74>

516 SILVA, “Notas breves sobre o regime sancionatório...”, cit., p. 97.

517 Sobre a atenuação da sanção concorrente com a reincidência *vide* TRC 02-03-2016.

sujeita a garantias especiais⁵¹⁸. Acresce que tem sido entendido na jurisprudência que a suspensão da execução não afasta o funcionamento da reincidência⁵¹⁹.

3.2 O Código do Trabalho

A regulação do Direito do Trabalho teve um início bastante incipiente, regulado que começou a ser por algumas disposições nos Códigos Civis portugueses. Na segunda metade do séc. XIX surgiram algumas leis que apenas regulavam as condições de higiene e segurança, as entidades competentes para fiscalização, bem como a regulação do trabalho de mulheres e crianças⁵²⁰. A sua regulação foi-se mantendo em legislação avulsa até 2002, data em que foi apresentado o projeto do Código do Trabalho, aprovado que foi pela Lei 99/2003 de 27 de Agosto, com nova versão publicada através da Lei 7/2009⁵²¹. A Lei 99/2003 já configurava a figura da reincidência no seu art. 626.º, sendo que a atual lei manteve a redação no art. 561.^o⁵²²:

Facilmente se verificará que a figura no CT é tratada de forma pouco similar à reincidência no CE. Primeiro, exige-se que tanto a infração pela qual já tenha sido condenado, bem como a agora cometida, seja grave praticada com dolo ou muito grave, ficando assim excluídas as contraordenações leves e praticadas com negligência grosseira⁵²³ (sendo que também a negligência é sempre punida, segundo o art. 550.º). Considera SOARES RIBEIRO que não se deverá falar aqui em reincidência específica, por não ser exigência da lei que configure o mesmo tipo contraordenacional ou que seja contraordenação da mesma

518 Considerando esta uma opção bastante moderada LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. II, cit, p. 312. Já considerou o STJ que perante um condutor reincidente, com duas condenações anteriores, que “há que afastar a aplicação do instituto em causa, por perante tal circunstancialismo ser patente a ameaça da sanção acessória não se mostrar suficiente à satisfação das necessidades de prevenção.” STJ de 06-12-2006.

519 TRP de 19-11-2003.

520 LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 4ª Edição, Almedina, 2014, pp. 34 e ss.

521 [Consultado a 15-06-2019]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1047A0561&nid=1047&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

522 “1 - É sancionado como reincidente quem comete uma contra-ordenação grave praticada com dolo ou uma contra-ordenação muito grave, depois de ter sido condenado por outra contra-ordenação grave praticada com dolo ou contra-ordenação muito grave, se entre as duas infrações tiver decorrido um prazo não superior ao da prescrição da primeira.

2 - Em caso de reincidência, os limites mínimo e máximo da coima são elevados em um terço do respectivo valor, não podendo esta ser inferior ao valor da coima aplicada pela contra-ordenação anterior desde que os limites mínimo e máximo desta não sejam superiores aos daquela.”

523 DRAY, Guilherme, Comentário ao art. 561º, *Código do Trabalho Anotado*, Pedro Romano Martinez *et. al.*, 10ª Edição, Almedina, 2016, p. 1160.

natureza, entendendo no entanto que não se formará reincidência “relativamente a infracções cuja tutela pertence a serviços, organismos ou departamentos administrativos diferentes.”⁵²⁴ A configuração do prazo apresenta-se de forma bastante diferente, dando-se como critério o prazo de prescrição da primeira. A questão que é logo colocada é a que “primeira” se refere: à contraordenação ou à coima? Sendo que é a decisão definitiva que imputa a contraordenação ao agente, então deverá entender-se que o preceito se refere à prescrição da coima, variando entre um a três anos, conforme o seu valor.⁵²⁵

Mais duvidosa é a redação do n.º 2, suscitando algumas dificuldades de interpretação. Sendo a agravação em um terço, tanto no limite mínimo como no limite máximo da coima, concretizaremos. No exemplo de termos uma contraordenação cominada com uma coima entre 75€ e 150€, sendo reincidente, elevaremos os limites mínimos e máximos em um terço, ou seja, a moldura passará a ser entre 100€ e 200€. Se a coima anteriormente aplicada foi de 150€, este passará a ser o mínimo, ficando a moldura entre 150€ e 200€. Mas tal só se aplica caso essa coima anterior ainda caiba dentro do limite da moldura agora desenhada. Bem se compreende que assim seja pois se a coima anterior fosse de 201€, então não se poderia exigir que essa elevação extravasasse o limite máximo. Ainda assim, surgem dúvidas quando se olha para o sistema num todo, na medida que uma coima anterior mais baixa faz elevar o mínimo mas uma coima anterior mais grave já não o permite, mantendo-se, no caso, nos 100€. Terá razão PINTO DE ALBUQUERQUE em considerar esta redação abstrusa, pois “nos casos mais graves a lei permite a aplicação de uma sanção mais benévola do que a aplicável nos casos menos graves de reincidência.”⁵²⁶ Para FERREIRA LEITE esta redação coloca em causa o princípio da culpa e do *ne bis in idem*, pois exige-se que a nova coima seja no mínimo igual à anteriormente aplicada, “ainda que de gravidade e culpabilidade bastante inferior à primeira.”⁵²⁷ A jurisprudência, no cálculo da medida da coima no caso de reincidência, não tem tido em consideração a 2.ª parte do n.º 2, fazendo apenas a elevação em um terço dos limites mínimos e máximos, retomando depois o art. 18.º RGCO. “Considerando a dimensão económica da recorrente, a gravidade da infracção (que se reputa elevada) o histórico infraccional (...), consideramos perfeitamente equilibrado e ajustado a fixação da coima em aproximadamente metade do valor do seu limite superior (€ 20.000).”⁵²⁸, não havendo uma palavra relativamente à coima anteriormente aplicada.

524 RIBEIRO, cit., p. 247.

525 *Ibidem*.

526 ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 80.

527 LEITE, *ibidem*.

528 TRC de 07-10-2018.

Relativamente às sanções acessórias, reza o art. 562.º n.º 1 que é aplicada a sanção de publicidade em caso de reincidência grave praticada com dolo ou negligência grosseira. Considera VILELA, ainda que se referindo ao art. 21.º n.º 3, que a esta sanção de publicidade não se poderá associar qualquer ideia de registo de infrações, pois o fundamento deste preceito é a proteção de terceiros⁵²⁹. Acresce o n.º 2 que no caso de reincidência, “tendo em conta os efeitos gravosos para o trabalhador ou o benefício económico retirado pelo empregador com o incumprimento” são ainda aplicadas as sanções acessórias de a) interdição do exercício de atividade no estabelecimento onde se verificou a infração (até dois anos) e b) privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos (por igual período). Por sua vez, o art. 563.º n.º 1 determina que a reincidência obsta à dispensa ou diminuição da sanção acessória, enquanto o n.º 2 restringe a eliminação da sanção acessória de publicidade do registo para os agentes que, no ano seguinte à prática da infração, não pratiquem nova infração grave ou muito grave.

3.3 Lei Quadro das Contraordenações Ambientais

As preocupações ambientais não constituem questões novas e muito menos será um problema que esteja na “moda”. A maior consciencialização do seu valor fundamental, bem como a crescente preocupação pela preservação do ambiente, conduziram “à *necessidade* de o ordenamento jurídico se não limitar à simples edição de normas regulamentadoras das proibições e imposições na matéria, mas também de ameaçar a sua inobservância com sanções”⁵³⁰. A par da sua consagração constitucional, o Direito do Ambiente vê a sua proteção a nível criminal e a nível contraordenacional⁵³¹, considerando-se que é o último que se encontra “especialmente vocacionado para a protecção do bem jurídico «ambiente»”⁵³². Veio então a Lei 50/2006⁵³³ introduzir pela primeira vez, um regime jurídico para as

529 VILELA, *O Direito...*, cit., p. 541.

530 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Figueiredo Dias *et. al.* (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 371-372.

531 Sobre a limitação entre um e outro PALMA, Maria Fernanda/OTERO, Paulo, “Direito Penal do Ambiente – Uma primeira abordagem”, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 433 e ss.; TEIXEIRA, Carlos Adérito, “Direito de Mera Ordenação Social: o ambiente como espaço da sua afirmação”, in *Revista do Ministério Público*, nº 85, 2001, pp. 75 e ss.

532 TEIXEIRA, cit., p. 74 e DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal...” cit., p. 377 (“Para toda esta tarefa (...) o direito penal constitui à partida ou, se preferirmos, *ab initio*, um meio democraticamente ilegítimo, absolutamente incompetente e, ademais, inadequado e disfuncional.”)

533 Consultado a 16-06-2019]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1356&tabela=leis

contraordenações ambientais. Em oposição ao RGCO, ficou prevista a reincidência no seu art. 26.^{o534}.

Esta figura já se encontra mais próxima das anteriores, sendo que conseguimos encontrar alguns pontos em comum. Primeiramente, para que se verifique a reincidência é necessário que tanto a contraordenação praticada bem como a atual sejam graves ou muito graves. O primeiro problema que aqui se coloca face à reincidência criminal, e já anteriormente abordado no CE, é o funcionamento automático que esta redação acarreta. Mais uma vez, a simples verificação dos pressupostos leva ao acionamento da figura, não se prevendo qualquer apreciação ao caso concreto, podendo estar envolvida uma qualquer causa fortuita ou casual. Recorde-se que as coimas aplicadas a determinadas contraordenações ambientais podem atingir valores elevadíssimos (*vide* o art. 22.^o), pelo que este automatismo pode atingir grandes proporções, o que se revela bastante desrazoável⁵³⁵. Ademais, é também a negligência punida (art. 9.^o). Também detetando o mesmo problema de falta de exigência de ponderação da matéria factual “como sejam a insuficiente advertência contra a prática da infracção contida na condenação anterior.”⁵³⁶ para NOGUEIRO não existe fundamento para que “nesta parte e por força do dispositivo no art.^o 32.^o do DL 433/82, não possa aplicar-se supletivamente o regime do art.^o 75.^o do Cód. Penal.”⁵³⁷, proclamando assim que se acrescente um elemento material para a ponderação no caso concreto. Quanto ao prazo, à semelhança do CT, prevê-se o prazo de prescrição. Se para NOGUEIRO este prazo de prescrição é relativo ao procedimento contraordenacional⁵³⁸, logo será de cinco anos (art. 40.^o n.^o 1), para CASANOVA e MONTEIRO, o prazo será o de prescrição da coima, pelo que se aplica o art. 40.^o n.^o 3 a), assim, três anos. Em consonância com o CT, parece-nos ser este o caminho. Por fim, dita o n.^o 3 que tanto o limite mínimo como o máximo são elevados em um terço.

534 “1 - É punido como reincidente quem cometer uma infracção muito grave ou grave, depois de ter sido condenado por uma infracção muito grave ou grave.

2 - (Revogado).

3 - A infracção pela qual o agente tenha sido condenado não releva para efeitos de reincidência se entre as duas infracções tiver decorrido o prazo de prescrição da primeira.

4 - Em caso de reincidência, os limites mínimo e máximo da coima são elevados em um terço do respetivo valor.”

535 CASANOVA, Nuno Salazar/ MONTEIRO, Cláudio, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 16, 2007, p. 65.

536 NOGUEIRO, Lourenço, “Comentário à Lei-Quadro das Contra-ordenações Ambientais”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.^o 57, 2009, p. 38.

537 *Ibidem*.

538 *Idem*, p. 39. Parece que também entende o mesmo SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 174.

Relativamente às sanções acessórias, a reincidência não obsta nem à sua suspensão, nem à suspensão da coima nos termos do art. 20.º-A, mas no caso de reincidir dentro do seu período, é esta revogada (n.º 5). No entanto, a redução da coima ou o seu pagamento faseado está interdito a quem tenha reincidido (art. 49.º-A). Segundo FERREIRA LEITE, a interpretação a dar a este preceito não será a de que “a reincidência não constitui fator excludente da atenuação da coima, nos termos gerais previstos no art. 18.º RGCO, mas apenas obstáculo a um benefício de carácter objetivo como é o da redução mediante pagamento imediato.”⁵³⁹ O pagamento voluntário da coima, nos termos do art. 54.º n.º 3, também determina uma regra especial para a reincidência, sendo que excluindo esses casos, “a coima é liquidada pelo valor mínimo que corresponda ao tipo de infração praticada.”, ficando sem se perceber qual o valor a pagar pelo reincidente⁵⁴⁰.

3.4 Regime Quadro das Contraordenações do Sector das Comunicações

O RQCSC foi introduzido pela Lei 99/2009⁵⁴¹, instituído pela primeira vez. Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 292/X/4.⁵⁴² deu-se conta não só da constante evolução e complexidade deste sector, como também da tipificação dos ilícitos que se encontrava bastante dispersa, pretendendo-se assim constituir um quadro homogéneo e atual.

A redação conferida pelo art. 9.º⁵⁴³ resulta claramente de uma mistura das já vistas anteriormente. O critério é o do cometimento de uma infração do mesmo tipo, surgindo

539 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. II, cit., p. 313.

540 GOMES, Carla Amado, “As Contra-Ordenações Ambientais no Quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações Gerais e Observações Tópicas”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n.º 1, 2012, p. 357.

541 Consultado a 17-06-2019]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1476A0034&nid=1476&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=

542 Consultado a 17-06-2019]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76574339305a58683062334d76634842734d6a6b794c5667755a47396a&fich=ppl292-X.doc&Inline=true>

543 “1 - É punido como reincidente quem cometer uma infração depois de ter sido condenado, por decisão definitiva ou transitada em julgado, por outra infração do mesmo tipo, se entre as duas infrações não tiver decorrido um prazo superior ao da prescrição da primeira.

2 - Em caso de reincidência, os limites mínimo e máximo da coima são elevados em um terço do respectivo valor, não podendo o montante da coima concretamente aplicada ser inferior ao valor da coima aplicada pela

aqui a primeira dificuldade. Na verdade, não se consegue perceber se o legislador se está a referir à mesma classificação de infração, ao mesmo tipo legal ou ainda à mesma natureza⁵⁴⁴. O prazo é novamente o prazo da prescrição da primeira, sendo que SILVA DIAS parece entender que a “primeira” a que o preceito se refere, será o da contraordenação⁵⁴⁵. A elevação da coima é em um terço, nos dois limites, sendo esta redação a mesma conferida ao art. 561.º do CT (parece-nos, no entanto, mais clara), sendo que a mesma crítica apontada por FERREIRA LEITE tem também aqui aplicação, colocando-se problemas ao nível do princípio da culpa e do *ne bis in idem*⁵⁴⁶. No entanto, levantam-se aqui problemas maiores, pois nem é conferido um critério objetivo de delimitação do tipo de infração a que se refere o n.º 1. Dada a amplitude dos valores previstos para as várias classificações, pode muito bem dar-se o caso de a primeira infração ser leve, punida com uma coima de 1500€ (art. 7.º n.º 2 a)) e a nova infração ser também ela leve, mas já com uma moldura mínima de 1500€, ainda que praticada com culpa bastante inferior à primeira. Por fim, também o n.º 3 faz elevar apenas o limite máximo da duração das sanções acessórias para o dobro, ou seja, para o máximo de quatro anos. Ainda que a norma que prevê estas sanções apenas defina os limites máximos (“até ao máximo de dois anos”), esta opção do legislador coloca algumas dúvidas atento os restantes regimes analisados que ou não agravam de todo as sanções acessórias ou apenas elevam o seu limite mínimo.

Quanto ao pagamento voluntário da coima, o art. 43.º é mais claro, sendo que se faz pelo limite mínimo tendo em conta o agravamento do seu limite pela reincidência, caso seja aplicável. A reincidência também não obsta à suspensão das sanções nos termos do art. 31.º, sendo, no entanto, esta revogada caso o sujeito pratique nova infração dentro do prazo da suspensão (n.º 5).

infração anterior, excepto se os limites mínimo e máximo da coima aplicável pela prática da infração anterior forem superiores aos daquela.

3 - Em caso de reincidência, os limites máximos de duração da sanção acessória previstos nas alíneas b), c) e d) do n.º 1 do artigo 11.º são elevados para o dobro.”

544 Dando conta desta dificuldade, VILELA, *O Direito...*, cit., p. 543.

545 SILVA DIAS, *ibidem*.

546 LEITE, *Ne (idem) bis in idem*, Vol. II, cit, p. 312.

4. Transposição

Aqui chegados, tendo sido estudado o regime da reincidência, desenhado alguns traços do Direito Contraordenacional e tendo sido feita uma súmula de alguns regimes sectoriais que preveem a reincidência, bem como apontados que foram os diferentes caminhos seguidos por cada um deles, deverá agora analisar-se a transposição do regime da reincidência criminal para o Direito Contraordenacional.

Bem se viu que a forma como a legislação sectorial tem reagido ao silêncio do RGCO, tem retirado unidade ao sistema, criando “desigualdades na punição da reincidência sem justificação atendível.”⁵⁴⁷ Já vimos *supra* que as palavras de EDUARDO CORREIA não encontram acolhimento no Direito Contraordenacional atual, devendo a reincidência estar prevista nas contraordenações⁵⁴⁸. Na sua função de Regime Geral, deveria ser este problema ser por ele resolvido, devendo constar dos seus preceitos algum que regulasse os aspetos atinentes à figura da reincidência, uniformizando os critérios de aplicação, prazo e agravamento⁵⁴⁹. Temos por certo e sabido que isto não resolveria o problema no seu todo. As orientações podiam ser dadas, mas o princípio da especialidade permite que tais regimes sectoriais (especiais) derroguem (e se o fazem) a lei geral. Talvez, consciente que não basta o dever do RGCO em prever a reincidência, considera SILVA DIAS⁵⁵⁰ que deveriam também as leis especiais para lá remeter. Contudo, com tal suposição não se quer retirar qualquer carácter de especialidade, que pode muito bem continuar a existir. O que se pretende é que sejam criadas linhas orientadoras para um regime que se não fosse ele querido, não seria constantemente chamado pela legislação sectorial.

Resta-nos tentar ver em que termos poderá a reincidência, figura consistente no Direito Penal, ver a sua aplicação ao Direito Contraordenacional.

A comparticipação está prevista no art. 16.º RGCO, consagrando um conceito extensivo de autor⁵⁵¹. Do n.º 3 resulta uma atenuação especial para a cumplicidade, à semelhança do art. 27.º n.º 2 do CP. A questão que se poderá colocar é se a cumplicidade afasta o regime da reincidência nas contraordenações ou deverá antes fazer-se um paralelo às considerações

547 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 174.

548 Também LEITE, *ibidem*. Contra parece SOARES RIBEIROS quando considera que “não deixa esta [reincidência] de ser um escolho na senda dos bons princípios do direito de mera ordenação” cit., p. 245.

549 SILVA DIAS, *ibidem* e VILELA, *O Direito ...*, cit., p. 544.

550 *Ibidem*.

551 Por não caber no nosso estudo as teorias da comparticipação no Direito Contraordenacional, remetemos para SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., pp. 135 e ss. com vasta indicação bibliográfica.

tecidas *supra* sobre o cúmplice reincidente. Ora, dos regimes atrás mencionados, apenas a LQCA prevê a cumplicidade no art. 16.º (redação em tudo igual à do CP), pelo que se poderá concluir que se quis prever expressamente neste regime. Quanto ao silêncio dos restantes diplomas, para tanto se poderá remeter para o RGCO ou ainda para o CP, mas não podemos esquecer que “a estrutura do ilícito típico contra-ordenacional [sendo] baseada na violação de um dever, autor será em regra a pessoa singular ou colectiva que surge como destinatária do dever e pratica a acção ou omissão que se traduz na respectiva violação.”⁵⁵² Ainda assim, sempre que a estrutura do regime *em especial* permita a imputação a título de cumplicidade, não vemos razão para que se afaste a reincidência.

O RGCO no seu art. 8.º prevê que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos previstos, com negligência⁵⁵³. No entanto, os regimes especiais têm consagrado como regra geral a punibilidade pela última⁵⁵⁴, o que, concordando com VILELA, fará sentido pois atenta às áreas de atuação do IMOS, “praticamente todas elas envolvendo um conjunto de deveres de cuidado bastante extenso e forte”, chega-se à conclusão que “a contra-ordenação cometida a título de negligência assume proporções cada vez mais elevadas” pelo que a punição a este título fará aqui sentido. Poderá colocar-se a questão sobre a consideração da reincidência por condutas negligentes. A questão não é destituída de sentido na medida em que *supra* vimos que é afastada a negligência da reincidência criminal. A argumentação de EDUARDO CORREIA poderia sofrer aqui um deslize, pois a justificação do afastamento da negligência parte do seu carácter excepcional. Ora, também vimos que FIGUEIREDO DIAS via o fundamento na atitude pessoal contrária à norma. Ainda que se possa considerar que as definições legais de dolo e negligência do CP possam ser transpostas para o Direito Contraordenacional⁵⁵⁵, visto o seu especial carácter, a negligência não deverá obstar à reincidência, sendo no entanto necessário que o diploma preveja essa punibilidade⁵⁵⁶, sob pena da aplicação subsidiária do art. 18.º do RGCO e assim afastada a reincidência das condutas negligentes.

552 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 139.

553 São aqui afastadas quaisquer presunções cfr. SILVA DIAS, *idem*, pp. 105-107.

554 ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral...*, cit., p. 62.

555 Como parecem querer SANTOS/SOUSA, *Contra-ordenações: anotações ...*, cit., p. 115.

556 Contra aquilo que tem sido entendido na jurisprudência “ao nível dos pressupostos, apenas releva a natureza das contra-ordenações praticadas pelo arguido (graves ou muito graves) e já não a forma específica de preenchimento do respectivo tipo-subjectivo (se dolosas ou negligentes) e bem assim a efectividade da execução da sanção.” (TRL de 03-02-2016), pois na verdade o legislador já tomou essa posição ao prever a regra geral da punição por negligência).

A exigência de que as contraordenações praticadas sejam graves ou muito graves⁵⁵⁷ parte do mesmo intuito que preside à exigência de crime punível com pena de prisão superior a seis meses. Esta deverá ser uma linha orientadora que o RGCO teria de prever, expurgando qualquer vazio interpretativo, como é aquele que é dado pela Lei 99/2009. A condenação transitada em julgado traz consigo a ideia de efetiva advertência, bem como a demarcação do concurso de crimes, que aqui tem inteira aplicação, motivo pelo qual não se tem prescindido deste pressuposto na redação conferida aos regimes especiais, e bem.

O prazo de prescrição da reincidência criminal é de cinco anos, o que se poderá considerar excessivo se transposto para o DMOS. Na verdade, o CE prevê o prazo de cinco anos, sendo este justificável à luz dos bens jurídicos por esse regime protegidos. Poderá (e talvez, deverá) variar-se consoante o conteúdo ético dos bens, não sendo apenas admissível que se ultrapasse o preceituado do CP. O que não nos parece correto é a adoção de critérios com base nos prazos prescricionais, pois para além das dúvidas que gera sobre a que prazo afinal se refere, eles tendem a variar consoante o valor da coima, o que não é facilmente apreensível. O critério terá de ser, à semelhança do CP, objetivo e determinado no preceito de forma indubitável e concreta, de um prazo mínimo⁵⁵⁸.

O critério material tem sido aquele que mais tem a jurisprudência repugnado. Esta questão acarreta consigo a posição que se toma relativamente à finalidade conferida à coima, que por sua vez transporta a velha questão da neutralidade ética das infrações contraordenacionais⁵⁵⁹. Tanto que bem se compreende a apreensão de FIGUEIREDO DIAS quanto às sanções acessórias e a perigosidade da sua aproximação ao Direito Penal⁵⁶⁰. Certo é que estas posições já não poderão ser mantidas face à crescente proteção de bens jurídicos penais que tem sido conferida ao DMOS. As finalidades da coima e das sanções acessórias nem podem ser todas consideradas como uma mera advertência social, não só pela gravidade de determinadas coimas como também pelo intuito punitivo e talvez mais educativo de determinados preceitos. Assim olhamos para o art. 141.º n.º 3 b), segundo o qual, no caso de reincidência, para que a sanção acessória possa ser suspensa, deverá prestar-se garantias, tais como “Ao cumprimento do dever de frequência de ações de formação, quando se trate de sanção acessória de inibição de conduzir;”. De todo o modo, deverá ser sempre feita uma apreciação pelo aplicador da coima, quanto à suficiente advertência da

557 O CE ao colocar a sanção acessória como critério, está, na verdade, a adotar o proposto, pois que apenas às contraordenações graves e muito graves corresponde sanção acessória (art. 138.º CE).

558 Assim, CASAL, cit., p. 298.

559 Interessante posição do TRE de 11-15-2016, quanto ao IMOS que “sempre apresentou, apresenta e apresentará um pecado original: o não se distinguir «substancialmente» do direito penal, na medida em que não é um ilícito ético-socialmente indiferente.”

560 DIAS, *Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 166.

condenação anterior ou pelo menos a apreciação da possibilidade de estarmos perante causas fortuitas. Tem assim razão SILVA DIAS quando considera que “se o agente voltar a não parar no sinal vermelho para acudir uma pessoa que sofreu um acidente mais à frente, não se verifica aquela indiferença perante a advertência da condenação anterior”⁵⁶¹ concluindo que perante tais casos não haverá lugar à aplicação da reincidência. E nem nos parece que esta exigência possa colidir com o carácter do DMOS nem com a punibilidade por negligência, sendo que o que se pretende é travar o automatismo, dando lugar à apreciação casuísta, atento também ao princípio da culpa.

Quanto aos seus efeitos, também vimos que não há homogeneidade. A agravação nuns casos é feita para o dobro e noutros para um terço. Tanto se eleva apenas o limite mínimo, como ambos. Nuns casos é agravada a coima, noutros a sanção e noutros de forma mista. Se não se encontram inconvenientes na agravação da sanção, visto o princípio da especialidade e das finalidades e objetivos prosseguidos por cada setor, já não parece razoável que aquela se faça em termos díspares. Mais, à gravidade de determinadas coimas e sanções, pode colocar-se em causa o princípio da proporcionalidade (veja-se o limite máximo da coima estabelecido em um milhão de euros, elevado que poderá ser ao dobro, como é o caso das contraordenações muito graves, segundo o Regime Sancionatório do Setor Energético - art. 32.º n.º 5 a)).

Outra questão que aqui não poderia deixar de ser abordada é a elevação tanto do limite mínimo como o máximo. Fará sentido atribuir ao DMOS a mesma função que a culpa desempenha como limite máximo da pena? No sentido da maioria da doutrina, considera DANTAS que “é esta aceção de culpa que leva a que a mesma seja ponderada apenas como um dos elementos que fundamenta o juízo de proporcionalidade relativo à determinação da coima e não surja como limite de uma sanção concretamente aplicada ao agente, como sucede na responsabilidade criminal.”⁵⁶² Já SILVA DIAS, numa posição mais moderada, considera que “Se é certo que a culpa não determina isoladamente o limite máximo da coima – ao invés do que sucede na responsabilidade penal – não é menos certo que ela pressiona a fixação da coima em medida inferior à que resulta da ponderação de factores como as vantagens económicas e as necessidades de prevenção geral sempre que apontar no sentido inverso ao destas.”⁵⁶³ Posição contrária foi a tomada inicialmente pelo TC⁵⁶⁴, segundo o qual

561 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 173.

562 *Apud* CRESPO PEREIRA, Ana Marta Dias, *Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto factor de autonomização do Direito das Contra-ordenações*, Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015, p. 161.

563 SILVA DIAS, *Direito ...*, cit., p. 66.

564 TC 574/95, cit.

“Este último princípio [da culpa] (...) obsta a que a medida da sanção exceda a da culpa. Não pode punir-se sem culpa, nem em medida superior à da culpa: exige-o a dignidade humana.”. Sabemos, no entanto, que esta posição alargada foi sofrendo restrições, considerando-se que o princípio da culpa não pode ser transposto ou valer na mesma medida para o DMOS, motivo pelo qual não parecem existir quaisquer resistências à elevação do limite máximo. A elevação do limite máximo poderá não configurar um problema ao nível do princípio da culpa, desde que se obste ao automatismo ou obrigatoriedade do funcionamento da reincidência.

Conclusões

A figura da reincidência é tão antiga quanto a própria necessidade de punição, sendo possível localizá-la disseminada por diversos regimes, Leis, Decretos, Escolas e tempos. A sua história foi acompanhando a evolução do Direito Penal, demonstrando-se uma preocupação cada vez maior em delimitá-la e fundamentá-la. A teoria de FARINACIO ergueu uma fronteira muito importante para a reincidência, que permitiu não só distingui-la do concurso de crimes como também trouxe o pressuposto da prescrição. A partir daqui os estudos sobre a reincidência intensificaram-se, sendo que também em Portugal muitos doutores demonstraram o seu interesse na clarificação sobre o seu conceito, fundamentos, pressupostos e efeitos.

Quanto aos seus fundamentos, muitas foram as teorias que brotaram e influenciaram a doutrina portuguesa, tendo sido a da insuficiência relativa da pena ordinária de CARRARA, a do maior alarme social e a da culpabilidade agravada que mais destaque ganharam entre nós. Impulsionada por EDUARDO CORREIA e por FIGUEIREDO DIAS, foi a última que, durante demasiado tempo, ganhou terreno na jurisprudência e na doutrina. Deste modo, foi sendo normalizado, tanto nos manuais como nas decisões dos nossos tribunais, que se faça referência à culpa agravada do reincidente, demonstrada pelo desrespeito pela solene advertência da condenação anterior. No entanto, recentemente têm-se levantado as vozes que olham para a insuficiente advertência, não como demonstração de uma culpa agravada mas sim como uma manifestação de uma maior necessidade de prevenção especial.

Estas concepções terão efeitos imediatos não só no pressuposto material da reincidência como também nos seus efeitos. Quanto ao primeiro, tem sido insistentemente propugnado que será necessário encontrar uma “íntima conexão” entre os crimes, o que a nosso ver será desrazoável, desnecessário como também não encontra qualquer acolhimento legal. Quanto ao segundo, demonstrámos a determinante influência que poderá ter na construção da moldura da pena. Pode, na verdade, nem se partir para esta fase, pois analisando o caso à luz da prevenção especial e do princípio da culpa, poderemos chegar à conclusão de que não será exigível ou sequer necessária uma agravação da pena. Ainda que o desfecho seja esse, é a partir daí que se chegam a diferentes molduras penais. A pena aplicável poderá até ser a mesma, mas é no fundamento e na construção da sua base que se poderá considerar a agravação em consonância ou não com o princípio da culpa.

Por seu turno, o Direito das Contraordenações é um ramo novo, que ainda agora começou a ganhar o seu espaço e a consolidar a sua autonomia. Contudo, o seu percurso até à sua afirmação demonstrou-se complexo e arrevesado. Foi sobretudo após a Revolução Francesa que se tornou imperativa a necessidade de delimitar a atuação sancionatória das autoridades administrativas e de encontrar um novo ramo do Direito que a albergasse. A par desta delimitação chegou-se também à inevitável distinção entre o Direito Penal Administrativo e o Direito Penal clássico, teorias preconizadas primeiramente por GOLDSCHIMDT e mais tarde por EBERHARD SCHMIDT no pós-guerras. Estas doutrinas foram de uma enorme importância, não só por terem demonstrado a relevância da questão, mas principalmente por terem lançado as bases para o seu enquadramento e sistematização das possíveis soluções. A suas influências foram também determinantes na doutrina portuguesa, que se debate sobre este assunto até aos dias de hoje, dividindo-se primordialmente entre os critérios quantitativos e qualitativos. Não podemos afirmar com toda a certeza que este será um capítulo fechado, pois o Direito Contraordenacional é um ramo em constante expansão e mutação, incitando a uma incessante atualização e mantendo-se em discussão inúmeras questões. Ainda assim, a doutrina tem seguido maioritariamente pelo sentido do critério qualitativo de distinção entre crimes e contraordenações, o que vem sendo cada vez mais reforçado pelo escopo ético dos bens protegidos pelas suas normas. Este Direito já não é de “mera ordenação”, aproximando-se gradualmente e exponencialmente do Direito Penal e vivendo paredes-meias com ele. As linhas que separam um e outro vão-se tornando ténues e difíceis de justificar à luz do fim para o qual foi criado.

A relevância ética veio não só reforçar o critério qualitativo como veio também alterar os parâmetros e os fins das coimas e das sanções acessórias. Tanto a aproximação das últimas ao Direito Penal, como a gravidade de determinadas coimas, tem repercutido os seus efeitos nas teorias dos seus fins. Vimos que se tem afastado cada vez mais da mera advertência ou reprimenda social, assumindo carácter punitivo, repressivo e para alguns, retributivo. As suas finalidades já não são só de prevenção geral, como têm também ganho pela prevenção especial.

Esta aproximação ao Direito Penal tem-se refletido também na aplicação de determinados princípios constitucionais ao Direito Contraordenacional. Se até aqui não se levantou problemas de maior, a forma como têm sido transpostos não tem sido coincidente nem na doutrina nem na jurisprudência. Na verdade, se se tem caminhado a passos largos para uma transposição progressivamente mais direta, em relação ao princípio da culpa é onde

se denota maior cautela e receio, moderação que tem sido justificada pela escassa relevância ética dos bens protegidos pelo DMOS, o que, como vimos, vai perdendo a sua âncora.

Este movimento de aproximação tem sido acompanhado pela expansão e fragmentação do Direito Contraordenacional, o que tem resultado na atribuição de um papel cada vez mais residual ao RGCO. Para um regime que se tem alargado a inúmeros campos, o Regime Geral tem sofrido poucas e insignificantes alterações, enquanto tem suportado infintas derrogações pelos regimes especiais. Sabemos que um Regime Geral se deve configurar como tal, fornecendo linhas orientadoras e parâmetros comuns, não devendo (nem podendo) imiscuir-se no tratamento específico de determinada área. Não tem sido este o caso da reincidência, ao qual o RGCO se tem coibido de acolher. Face a esta ausência, vimos que os regimes especiais têm consagrado a figura da reincidência de forma pouco homogénea ou coincidente. Ainda que possamos ver traços em comum, nomeadamente quanto às exigências de determinados prazos de prescrição ou da gravidade das contraordenações (ou sanções acessórias), vimos também que estas exigências decorrem de uma transposição da reincidência criminal para o DMOS. Foi este o motivo pelo qual considerámos completamente desrazoável a Lei 99/2009, que configura a reincidência sem determinar o critério pelo qual se deve orientar a sua aplicação.

Ficou também demonstrado que a transposição da reincidência criminal para o Direito Contraordenacional exige algumas precauções e adaptações, principalmente para os pressupostos mormente criminais, tais como a exigência de pena de prisão superior e seis meses. No entanto, podemos quanto a eles procurar um paralelo aplicável ao DMOS, compreendendo-se assim a exigência de que se trate de uma contraordenação grave ou muito grave. Adaptada terá de ser a hipótese de cumplicidade ou a exigência de dolo, dado o especial carácter do IMOS, remetendo-se assim para a sua previsão no regime especial. Quanto ao critério material, ficou também sublinhada a necessidade da sua previsão tanto na figura a criar pelo RGCO, como pelos próprios regimes especiais. Esta necessidade, prende-se não só com a crescente relevância ética de determinados regimes ou normas, como principalmente de maneira a obstar ao funcionamento automático da reincidência, ao qual se têm fechado os olhos e banalizado esta obrigatoriedade.

Esta fraca unidade e a sensibilidade que o problema acarreta, tem tornado cada vez mais premente a intervenção do RGCO para a delimitação dos seus principais contornos, não se deixando à maré de sorte ou de vontade, a forma como se deverá considerar ou punir o reincidente.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015;

_____ *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Edição Universidade Católica, 2011;

ANDRADE, Robin de, *Direito Penal*, Volume II, Lisboa, 1972;

ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, Coimbra, 2017;

AZEVEDO, Tiago Lopes, *Da subsidiariedade no Direito das Contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, Coimbra Editora, 2011;

BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1923;

BARREIROS, José António, “As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história” in *Análise Social*, vol. XVI (63), 1980, 3.º, pp. 587-612. [Consultado a 07 de maio de 2019]. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223996619G0gSF4ke1Is54HX0.pdf>;

BASTOS, Armando Pinto, “Ser ou não ser reincidente”, in *Subjudice, Justiça e Sociedade*, n.º 5, Lisboa, 1993, pp. 96-98;

BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra Editora, 2016. [Consultado a 05 de junho de 2019]. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/23886>;

_____ “Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, 2017, pp. 277-288;

BRITO, José de Sousa, “A medida da pena no novo código penal”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. III, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, pp. 555-587;

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007;

- CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal - Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;
- CASAL, Nuno, “Ponderação de antecedentes pela CMVM em sede de processo de contra-ordenação” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 12, 2001, pp. 291-300;
- CASANOVA, Nuno Salazar/ MOTEIRO, Cláudio, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 16, 2007, pp. 56-73, [Consultado a 16 de junho de 2019]. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1740/documento/art04.pdf?id=2137>;
- CASTRO E SOUSA, João, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social»*, Coimbra Editora Limitada, 1985;
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *A personalidade do delincente na Repressão e na Prevenção*, Depositários, Portugália Editora, Lisboa;
- _____ *Lições de Direito Penal*, Carmindo Ferreira, Henrique Lacerda, 2ª edição, Lisboa, 1945;
- _____ *Direito Penal Português – Parte Geral*, Vol. I, Editorial Verbo, 1981;
- _____ *Lições de Direito Penal, Parte Geral I – II, Penas e Medidas de Segurança*, Reimpressão da edição de Janeiro de 1989, Almedina, maio 2010;
- CORDEIRO, Robalo, “Medida da pena no Código Penal de 1982” in *Textos de apoio de Direito Penal*, Tomo II, AAFDL, Lisboa, 1983/1984, p. 381-400;
- CORREIA, Eduardo, “A punição da reincidência e da sucessão de crimes no direito português”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 86, n.º 3012-3013, 1953;
- _____ “Reincidência e sucessão de crimes”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 94, n.º 3193-3200, 1961;
- _____ *Código penal, Projecto da parte geral*, Vol. 1, 1963;
- _____ “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 49, Universidade de Coimbra, 1973, pp. 257- 281;
- _____ *Direito Criminal*, Vol. I e II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993;
- COSTA, A. M. Almeida, “Comentário ao art. 262.º”, *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Jorge de Figueiredo Dias (Org.), Coimbra Editora, 1999, pp. 737-789;

COSTA ANDRADE, Manuel da, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp.75-107;

CRESPO PEREIRA, Ana Marta Dias, *Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto factor de autonomização do Direito das Contra-ordenações*, Dissertação apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015 [Consultado a 18 de junho de 2019]. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40892>;

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, anos 116 e 117, n.º 3714-3720, Coimbra, 1984-1985;

_____ “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários*, Vol. I – Problemas Gerais, Coimbra Editora, 1998, pp. 19-33;

_____ “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social: das contravenções às contra-ordenações”, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 135-154;

_____ “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Figueiredo Dias *et. al.* (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 371-392;

_____ *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a Edição (2.^a Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

_____ *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 2009;

DRAY, Guilherme, Comentário ao art. 561º, *Código do Trabalho Anotado*, Pedro Romano Martinez *et. al.*, 10.^a Edição, Almedina, 2016;

FARIA, Margarida Ermelinda Lima de Moraes de, *O Sistema das Sanções e os Princípios do Direito Administrativo Sancionador*, Dissertação apresentada à Universidade de Aveiro, 2007, [Consultado a 06 de junho de 2019]. Disponível em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/3354/1/2008001177.pdf>;

FARIA COSTA, José de, “A importância da recorrência no pensamento jurídico – Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, pp. 109-143;

_____. *O perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, janeiro 2000;

_____. “Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)” in *Questões Laborais*, ano VIII, n.º 17, 2001, p. 1-11;

FAVEIRO, Vítor António Duarte/ ARAÚJO, Laurentino da Silva, *Código Penal Português Anotado*, 3ª Edição, Coimbra Editora Limitada, 1960;

FERNANDES, António Joaquim, *Regime Geral das Contra-Ordenações – Notas Práticas*, 2ª Edição, Ediforum, 2002;

GARCÍA, Luís M., *Reincidencia y punibilidad : aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Buenos Aires, Astrea, 1992;

GARCIA, M. Miguez/RIO, J.M. Castela, *Código Penal Parte geral e especial*, Almedina, 2014;

GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*, 6ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011;

GOMES, Carla Amado, “As Contra-Ordenações Ambientais no Quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações Gerais e Observações Tópicas”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n.º 1, 2012, pp. 335-364 [Consultado a 17 de junho de 2019]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0335_0364.pdf;

GONÇALVES, Manuel Maia, *Código penal português : anotado e comentado : legislação complementar*, 12ª Edição, Almedina, Coimbra, 1998;

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Tradução de Miguel Olmedo Cardenente, 5ª Edição, Editorial Comares, S.L., Granada, dezembro 2002;

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, *Código Penal Anotado*, Vol. I, 3ª Edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2002;

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 4ª Edição, Almedina, 2014;

LEITE, Inês Ferreira, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional”, *Regime Geral das Contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais*, CEJ, Setembro 2015, [Consultado a 01 de junho de 2019]. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo/Regime_geral_contraordenacoes_contraordenacoes_administrativas_fiscais.pdf;

_____. *Ne (idem) bis in idem. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, Vol. I e II, AAFDL, 2016;

MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, in *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, pp. 145-208;

MENDES, António de Oliveira / CABRAL, José dos Santos, *Notas ao regime geral das Contra-Ordenações e coimas*, 3ª Edição, Almedina, fevereiro 2009;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão Revisora do Código Penal, *Actas das sessões da comissão revisora do código penal*, Vol. 1, Parte geral 1 e 2, AAFDL, Lisboa, 1979;

_____. *Código penal : actas e projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993;

MONIZ, Helena, “Comentário ao art. 256.º”, *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Jorge de Figueiredo Dias (Org.), Coimbra Editora, 1999, pp. 674-692;

MONTEIRO, Cristina Líbano, “Natureza e equívocos da sanção contra-ordenacional”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 155, jul-set 2018, pp. 97-107;

MOURA, José Souto de, *A Jurisprudência do STJ sobre a fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*, [Consultado a 14 de maio de 2019]. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura_escolhamedidapena.pdf;

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

NASSIF, Aramis, “Reincidência: necessidade de um novo paradigma”, in *Revista de Estudos Criminais*, 4, 2001, pp. 114 e ss. [Consultado a 14 de maio de 2019]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_114.pdf;

NOGUEIRO, Lourenço, “Comentário à Lei-Quadro das Contra-ordenações Ambientais”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 57, 2009, pp. 11-47;

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 1ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, fevereiro 2014;

PALMA, Maria Fernanda/OTERO, Paulo, “Direito Penal do Ambiente – Uma primeira abordagem”, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 431-473;

_____ “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social,” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVII, 1996, pp. 557-591;

PEREIRA, António Beça, *Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas – Anotado*, 8ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009;

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Fasc. 1.º, 1997, pp. 7-100;

_____ “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano III, n.º 5, Almedina, 2002, pp.87-100;

_____ “As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de Mera Ordenação Social”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344, 2017, pp. 243-262;

PUIG, Mir, *La reincidencia en el código penal : análisis de los arts. 10, 14º, 10, 15º, 61, 6º y 516, 3º*, Bosch, Barcelona,1974;

RAFAEL, Nélia Patrícia dos Santos, *A autonomia do ilícito contra-ordenacional face ao ilícito criminal e o concurso de infracções*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013;

RAMOS, João Palma, “Reincidência: pressupostos na lei penal portuguesa”, in *Revista do Ministério Público*, n.º143 (Julho-Setembro), 2015, pp. 9-25;

RÊGO, Carlos Lopes do, “Alguns problemas constitucionais do Direito das Contra-ordenações”, in *Questões Laborais*, ano VIII, 2001, pp. 12-25;

RIBEIRO, João Soares, *Contra-Ordenações Laborais. Regime Jurídico (Anotado)*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003;

RODRIGUES, Anabela Miranda, “A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade e a escolha da pena” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, n.º 2, (Abril-Junho), Lisboa, 1991, pp.243-258;

ROQUE, Miguel Prata, “O Direito sancionatório enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, ano 4, n.º 14/15, 2013, pp. 105-153;

SANTOS, J. Beza dos, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 75, n.º 2720, 1942;

_____ “Dúvidas quanto a aplicação da pena a reincidentes”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 75, n.º 2735, 1943;

_____ “Ilícito Penal Administrativo e Ilícito Criminal” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 5, n.º 1 e 2, 1945, pp. 39-59;

_____ “Prevenção especial – os delinquentes habituais e multiocasionais”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 87, junho 1959, pp. 69-94;

SANTOS, Manuel Simas /SOUSA, Jorge Lopes de, *Contra-ordenações: anotações ao regime geral*, 5ª Edição, Vislis, 2001;

SECCO, A.L. Henriques, “Theoria da Reincidência”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 9, n.º 427-430, 1876;

SILVA, Germano Marques da, “Notas breves sobre o regime sancionatório do Código dos Regimes Contributivos do Sistema previdencial de Segurança Social” in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscais*, ano 2, n.º 4, 2009, pp. 88-99;

_____ *Direito Penal Português I – Parte Geral*, 3ª Edição, Verbo, 2010;

SILVA DIAS, Augusto, “Crimes e Contra-ordenações Fiscais”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 439-480;

_____ “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: uma análise de descontinuidade do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;

_____ “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 1, 2010, pp. 237-265;

_____ *Direito das Contra-Ordenações*, Almedina, 2018;

SOUSA, Joana Rita Rocha Simões de, *Da Reincidência Penal – Os avanços e recuos de um instituto complexo*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, outubro 2013 [Consultado a 18 de maio de 2019]. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34787/1/Da%20Reincidencia%20Penal%20Os%20avancos%20e%20recuos%20de%20um%20instituto%20complexo.pdf> ;

SUSANO, Helena, *Reincidência Penal - Da Teoria à prática judicial*, Almedina, 2012;

TEIXEIRA, Carlos Adérito, “Direito de Mera Ordenação Social: o ambiente como espaço da sua afirmação”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 85, 2001, pp. 71-92;

TOLDA PINTO, António Augusto, *Código da Estrada Anotado e Legislação Complementar*, Coimbra Editora, 2002;

VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerente pelas coimas aplicadas à sociedade”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito fiscal*, ano 2, n.º 2, 2009, pp. 199-210;

VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Editora, 2013;

_____ “O direito contra-ordenacional : um direito sancionatório com futuro? = Regulatory law: a sanctinatory law with future?” in *Anatomia do crime*, n.º 2 (Julho.-Dezembro), 2015, pp. 149-161;

ZAFFARONI, Eugénio Raul, “Reincidencia”, in *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1992, pp. 117-131, [Consultado a 08 de maio de 2019].

Disponível em:
http://www.derechopenalenlared.com/libros/zaffaroni_hacia_un_realismo_juridico_penal_marginal.pdf;

_____ *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 6ª Edição (1ª Reimpressão), EDIAR Sociedade Anónima Editora, Argentina, 2002;

ZAMORA, Antonio Martinez de, *La reincidência*, Murcia, 1971. [Consultado a 01 de maio de 2019].

Disponível em:
<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/12302/1/La%20Reincidencia.pdf>.

Jurisprudência

Todos os acórdãos, salvo indicação em contrário, estão disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

Tribunal Constitucional

TC 56/84 de 12-06-1984 (Proc. 92/83) Relator: Conselheiro Raul Mateus;

TC 227/92 de 17-06-1992 (Proc. 388/91) Relator: Conselheiro Messias Bento;

TC 344/93 de 12-05-1993 (Proc. 96/92) Relator: Conselheiro Monteiro Diniz;

TC 211/95 de 20-04-1995 (Proc. 607/92) Relator: Conselheira Maria Fernanda Palma;

TC 574/95 de 18-10-1995 (Proc. 357/94) Relator: Conselheiro Messias Bento;

TC 244/99 de 29-04-1999 (Proc. nº 234/97) Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza;

TC 41/2004 de 14-01-2004 (Proc. 375/2003) Relator: Conselheira Maria Fernanda Palma;

TC 160/2004 de 17-03-2004 (Proc. 352/02) Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto;

TC 86/2008 de 13-02-2008 (Proc. 10/CPP) Relator: Conselheiro Presidente;

TC 288/2008 de 28-05-2008 (Proc. 254/08) Relator: Conselheira Maria João Antunes;

TC 490/2009 de 28-09-2009 (Proc. 448/09) Relator: Conselheiro João Cura Mariano;

TC 481/2010 de 9-12-2010 (Proc. 506/09) Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro;

TC 353/2011 de 12-06-2011 (Proc. 619/2010) Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral;

TC 360/2011 de 12-07-2011 (Proc. 140/11) Relator: Conselheiro João Cura Mariano;

TC 557/2011 de 16-11-2011 (Proc. 421/11). Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro;

TC 85/2012 de 15-02-2012 (Proc. 367/11) Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira;

TC 397/2012 de 28-08-2012 (Proc. 576/12) Relator: Conselheiro João Cura Mariano;

TC 78/2013 de 31-01-2013 (Proc. 624/12) Relator: Conselheiro João Cura Mariano;

TC 374/2013 de 28-06-2013 (Proc. 481/13) Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros;

TC 8/2014 de 07-01-2014 (Proc. 936/2013) Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha;

TC 76/2016 de 3-02-2016 (Proc. 30/14) Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro;

TC 80/2018 de 7-02-2018 (Proc. 167/16) Relator: Conselheira Maria José Rangel de Mesquita;

Supremo Tribunal Administrativo

STA de 03-07-2002 (Proc. 0235/02) Relator: Almeida Lopes;

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. de 16 de janeiro de 1942 - Revista de Legislação e Jurisprudência 75 (1942), pp. 60 e ss.;

STJ de 15-07-1960 (Proc. 030118) Relator: Carlos de Miranda;

STJ de 06-12-2006 (Proc. 06P3666) Relator: Oliveira Mendes;

STJ de 12-09-2007 (Proc. 07P2587) Relator: Raul Borges;

STJ de 14-01-2009 (Proc. 08P3772) Relator: Fernando Fróis;

STJ de 05-02-2009 (Proc. 08P3629) Relator: Rodrigues Da Costa;

STJ de 18-06-2009 (Proc. 159/08.9PQLSB.S1) Relator: Sousa Fonte;

STJ de 15-04-2010 (Proc. 17/09.0PJAMD.L1.S1) Relator: Maia Costa;

STJ de 14-09-2011 (Proc. 335/06.9JACBR.C1.S1) Relator: Oliveira Mendes;

STJ de 29-02-2012 (Proc. 999/10.9TALRS.S1) Relator: Santos Cabral;

STJ de 13-09-2018 (Proc. 184/17.9JELSB.L1.S1) Relator: Maia Costa;

STJ de 26-09-2018 (Proc. 215/15.7T8ACB.C1) Relator: Helena Moniz;

Tribunal da Relação de Coimbra

TRC de 12-04-2011 (Proc. 16/10.9ZRCBR-A.C1) Relator: Brízida Martins;

TRC de 25-02-2015 (Proc. 369/13.7GAMGL.C1) Relator: Maria José Nogueira;

TRC de 16-06-2015 (Proc. 202/10.1PBCVL.C1) Relator: Inácio Monteiro;

TRC de 02-03-2016 (Proc. 750/15.7T9LRA.C1) Relator: Isabel Valongo;

TRC de 07-10-2018 (Proc. 8300/17.4T8CBR.C1) Relator: Felizardo Paiva;

Tribunal da Relação de Évora

TRE de 07-11-2013 (Proc. 82/12.2YQSTR.E1) Relator: João Gomes de Sousa;

TRE de 11-15-2016 (Proc. 177/14.8TBTVR.E1) Relator: Gomes De Sousa;

Tribunal da Relação de Guimarães

TRG de 12-01-2014 (Proc. 7469/13.1TBBERG.G1) Relator: João Lee Ferreira;

Tribunal da Relação de Lisboa

TRL de 27-04-2004 (Proc. 935/2004-5) Relator: Pereira da Rocha;

TRL de 04-04-2017 (Proc. 895/16.6Y5LSB.L1-5) Relator: Luís Gominho;

TRL de 07-02-2018 (Proc. 858/16.1PCLSB.L1-3) Relator: Maria Da Graça Santos Silva;

TRL de 21-02-2019 (Proc. 4878/15.5T9SNT.L1-9) Relator: Cristina Branco;

Tribunal da Relação do Porto

TRP de 19-11-2003 (Proc. 0344361) Relator: Fernando Baptista;

TRP de 19-09-2007 (Proc. 0742214) Relator: António Gama;

TRP de 01-04-2009 (Proc. 159/08.9TPPRT) Relator: Artur Oliveira;

TRP de 25-03-2015 (Proc: 5866/10.3TDPRT.P1) Relator: Maria Luísa Arantes;

TRP de 22-06-2016 (Proc. 22650/15.0T8PRT.P1) Relator: Raul Esteves;

TRP de 17-01-2017 (Proc. 1201/15.2JAPRT.P1) Relator: Jorge Langweg.