

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



**A NATUREZA DO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL  
EM ESPECIAL, O DEVER DE IMPARCIALIDADE DAS  
AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**

Joana Patrícia Norberto Loja

DISSERTAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

2015



UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



**A NATUREZA DO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL  
EM ESPECIAL, O DEVER DE IMPARCIALIDADE DAS  
AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**

Joana Patrícia Norberto Loja

**Dissertação orientada pela Prof.<sup>a</sup> Doutora Alexandre Leitão**

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

2015



## RESUMO

A presente dissertação tem como objecto a natureza do Direito Contra-ordenacional e, em especial, a imparcialidade das autoridades administrativas.

A primeira parte da dissertação foca-se na natureza do Direito Contra-ordenacional por oposição ao Direito Administrativo e ao Direito Penal. O Direito Contra-ordenacional foi desenvolvido com as contribuições daqueles ramos do direito, pelo que se entendeu necessário dedicar os primeiros capítulos ao estudo da natureza do Direito Administrativo e do Direito Penal, explorando as suas origens, conceitos essenciais e fins a prosseguir. No terceiro capítulo discute-se a questão da natureza do Direito Contra-ordenacional, desenvolvendo as suas origens, a sua sanção, entidades competentes e fins, os quais expõem a sua natureza particular e permitem concluir pelo seu distanciamento do Direito Penal e aproximação do Direito Administrativo, que é considerada a influência de maior relevância.

A segunda parte da dissertação foca-se na imparcialidade das autoridades administrativas. O primeiro capítulo é dedicado ao princípio da imparcialidade administrativa, explorando as suas vertentes, interpretando-o à luz de diplomas legais que o consagram e abordando problemáticas relacionadas com o interesse público. No segundo capítulo, face à natureza do Direito Contra-ordenacional e as influências do Direito Penal e Direito Administrativo, determina-se em que medida se aplica o princípio da imparcialidade administrativa às autoridades administrativas, concluindo que a imparcialidade é um princípio fundamental no Direito Contra-ordenacional e que, apesar de a sua natureza colocar aparentemente alguns obstáculos à sua aplicação, as autoridades administrativas estão sempre sujeitas no exercício das suas funções.

Palavras-chave: Direito Contra-ordenacional - Direito Administrativo - Direito Penal - Natureza do Direito - Imparcialidade

## ABSTRACT

The present essay discusses the nature of Administrative Sanctions law and, in particular, the impartiality of administrative authorities.

The first part of this essay focuses on the nature of the Administrative Sanctions law as opposed to Administrative law and Criminal law. The Administrative Sanctions law was developed with the contributions of those branches of Law, for such was necessary to dedicate the first chapters to study the nature of Administrative law and Criminal law, exploring its origins, essential concepts and purposes. The third chapter discusses the nature of Administrative Sanctions law, developing its origins, its sanction, authorities and purposes, which expose its particular nature and allow to conclude that there is a detachment from the Criminal law and approach to Administrative law, which is considered the most prominent influence.

The second part of this essay focuses on the impartiality of the administrative authorities. The first chapter is dedicated to the principle of administrative impartiality, exploring its aspects, interpreting it in the light of legislation that enshrined it and addressing issues related to the public interest. In the second chapter, given the nature of Administrative Sanctions law and the influences of the Criminal law and Administrative law, is determined to what extent the principle of administrative impartiality is applied to administrative authorities, concluding that impartiality is a fundamental principle in Administrative Sanctions law and that, although its nature apparently creates some obstacles to its application, the administrative authorities are always subject to it in the performance of their duties.

Key Words: Administrative Sanctions - Administrative law - Criminal law - Nature of Law - Impartiality

# ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUÇÃO

## PARTE I

### A NATUREZA DO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

#### CAPÍTULO I

#### **DIREITO ADMINISTRATIVO**

1. Origem histórica
  - 1.1 A “centelha”
  - 1.2 Contribuição do Conseil d’État
  - 1.3 Importação portuguesa
2. Noção e critérios
  - 2.1 No direito francês
  - 2.2 No direito português
3. Características
  - 3.1 Direito público
  - 3.2 Direito “dependente”, recente e fragmentário
  - 3.3 Direito intencionalmente lacunar e acidentalmente disperso
  - 3.4 Direito autónomo
  - 3.5 Direito largamente jurisprudencial
4. Conclusão

#### CAPÍTULO II

#### **DIREITO PENAL**

1. Noções
  - 1.1 Direito Penal
  - 1.2 Crimes e penas
2. Fins das penas

- 2.1 Fins mediatos
- 2.2 Fins imediatos
  - 2.2.1 Teoria retributiva
  - 2.2.2 Teorias preventivas
  - 2.2.3 Teorias mistas ou unificadoras
- 2.3 No Código Penal português
- 3. Conclusão

### CAPÍTULO III

## DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

- 1. Evolução histórica
  - 1.1 Influência francesa: a contravenção
  - 1.2 Influência alemã: a contra-ordenação
  - 1.3 Lei “sui generis”
- 2. O problema da natureza
  - 2.1 À procura do critério material
  - 2.2 A sanção
    - 2.2.1 A coima
    - 2.2.2 Relevância axiológica
  - 2.3 Fins do Direito Contra-ordenacional
    - 2.3.1 Fins imediatos
    - 2.3.2 Fins mediatos
      - a) Interesses-fins
      - b) Interesses-meios
  - 2.4 Entidade competente
    - 2.4.1 Entidade administrativa e aplicação do Direito Administrativo
    - 2.4.2 Intervenção judicial na 2ª fase
    - 2.4.3 Remissão e direito subsidiário
- 3. Conclusão
  - 3.1 Definição de Direito Contra-ordenacional
  - 3.2 Direito autónomo com fortes influências

## PARTE II

### **O DEVER DE IMPARCIALIDADE DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**

#### CAPÍTULO I

##### **A IMPARCIALIDADE ADMINISTRATIVA**

1. Origem histórica
2. Sentidos e Vertentes
3. Na Constituição da República Portuguesa
4. No Código do Procedimento Administrativo
5. Teses da imparcialidade da administração pública
  - 5.1 Parcialidade na prossecução do interesse público
  - 5.2 Imparcialidade na ponderação de interesses
  - 5.3 Da relevância do interesse público
  - 5.4 Imparcialidade sem interesses próprios
6. Da aplicação a outras entidades

#### CAPÍTULO II

##### **EM ESPECIAL, A IMPARCIALIDADE COMO DEVER DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO SANCIONATÓRIO**

1. Tese da imparcialidade para todas as autoridades administrativas
2. Em função do carácter sancionatório
3. Em função da influência dominante do Direito Administrativo
4. Conclusão

CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

JURISPRUDÊNCIA



## **ABREVIATURAS**

CP – Código Penal

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código do Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

LPTA – Lei de Processo nos Tribunais Administrativos

LQCOA – Lei-Quadro das Contra-ordenações ambientais

RGCO – Regime Geral das Contra-Ordenações ou do Ilícito de Mera Ordenação Social

TC – Tribunal Constitucional



## INTRODUÇÃO

“O presente não é compreensível sem conhecimento do passado.”

MARCELLO CAETANO<sup>1</sup>

A doutrina não se tem pronunciado sobre a natureza do Direito Contra-ordenacional, porventura porque a matéria de contra-ordenações é tratada no âmbito do Direito Penal. Porém, a maioria dos poucos autores que se pronunciam sobre este assunto defendem a sua inclusão no ramo do Direito Administrativo.

A percepção do Direito Contra-ordenacional e o Regime do Ilícito de mera ordenação social (RGCO) também não permite, num primeiro momento, concluir de forma segura quanto à sua natureza.

Uma vez que dois ramos de direito público – o Direito Administrativo e o Direito Penal – contribuíram para a longa história do desenvolvimento do Direito Contra-ordenacional, não podemos limitar o nosso estudo à sua evolução deste.

Assim, propomo-nos estudar as influências que o Direito Contra-ordenacional sofreu por parte do Direito Administrativo e do Direito Penal, de forma a determinar, mesmo que por oposição, se tem natureza administrativa, penal ou até contra-ordenacional.

Esta insegurança que se tem registado quanto à determinação da sua natureza tem consequências. Uma delas é saber se as autoridades administrativas devem sujeitar-se ao princípio da imparcialidade, pois conforme a sua influência predominante seja administrativa ou penal, a imparcialidade tem diferentes vertentes e contornos que, num segundo momento, devemos adaptar às especificidades do Direito Contra-ordenacional e do seu regime geral.

---

<sup>1</sup> *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973, p.61



## PARTE I

### **A Natureza do Direito Contra-ordenacional**



# CAPÍTULO I

## DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste primeiro capítulo, dar-se-á início à análise das origens do Direito Administrativo e à sua natureza, o que nos permitirá concluir com uma definição própria deste ramo do direito.

### 1. Origem histórica

Começaremos por nos debruçar sobre a história do Direito Administrativo na ordem jurídica francesa, terminando com a sua aceitação no direito português.

#### 1.1 A “centelha”

O Direito Administrativo é “fruto de um milagre”<sup>2</sup>, ou seja, resulta da conjectura política, social e económica da Revolução Francesa de 1789.

Em 1790, com a Lei de 16-24 de Agosto, estabeleceu-se o princípio da separação entre as autoridades administrativa e judiciária: “As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, seja de que modo for, as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores por motivo das suas funções”<sup>3</sup>.

Este princípio, que distingue a função judiciária da função administrativa, é a primeira fórmula de um princípio mais amplo e fundamental no direito dos estados democráticos – o princípio da separação de poderes que também se estende à função legislativa.

Quanto à intenção do legislador, SÉRVULO CORREIA defende que a história não confirma que o objectivo da separação de poderes, ou que, pelo menos, uma das suas consequências, fosse subtrair aos tribunais judiciais a fiscalização da actuação das autoridades administrativas. O que o legislador constitucional verdadeiramente pretendia era “prevenir-se contra o âmbito excessivo do poder judicial”, para evitar a “luta pelo poder” que já haviam experimentado no antigo regime<sup>4-5</sup>.

---

<sup>2</sup> PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1977, p.10

<sup>3</sup> Tradução da referida lei retirada de PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1977, p.12

<sup>4</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol.I, Editora Danubio, Lisboa, 1982, p.44 e 45

<sup>5</sup> Com a descentralização dos tribunais superiores franceses no séc. XV e a resistência destes, nos séc.XVII e XVIII, às tentativas de centralização, não restou ao monarca senão criar órgãos autónomos, mas a substituição destes por aqueles não teve sucesso.

De qualquer forma, com a Revolução Francesa, acabou por se retirar ao poder judicial o controle sobre a administração pública, “retomando o princípio implícito no Édito de Saint Germain en Laye – «julgar a administração é ainda administrar»”<sup>6</sup>.

Apesar da liberdade que a separação de poderes concede à administração, a limitação pela lei e a subordinação ao controlo jurisdicional deixa de ser uma imposição para passar a ser uma auto-limitação, nunca podendo ser arrancada da sua raiz histórica. E é por isto que se pode dizer que “o direito administrativo é, historicamente, a consequência de uma certa forma peculiar de subordinação da administração ao direito”<sup>7</sup>.

Esta, apesar de pouco reconhecida, é a centelha que conduz, lentamente, à criação de um novo ramo do direito.

### **1.2 Contribuição do Conseil d’État**

É comum afirmar-se que o Direito Administrativo foi resultado da jurisprudência francesa, precedendo o seu acolhimento legislativo.

A Constituição do Ano VIII (de 24 de Dezembro de 1799) criou o Conseil d’État (Conselho de Estado), concebido como um órgão de consulta jurídica do executivo, isto é, um órgão especializado que preparava as decisões do Primeiro Cônsul<sup>8</sup> sobre litígios relacionados com a actuação da administração.<sup>9</sup>

Até então os conflitos que surgiam entre particulares e a administração eram resolvidos pelos tribunais comuns e tinham como fonte a violação de normas de direito comum. Mas com a separação de poderes e a criação do Conseil d’État surge um sistema de administração executiva, por oposição ao sistema de administração judiciária<sup>10</sup>.

Por o Conseil d’État fazer parte da administração, PROSPER WEIL afirma que a jurisdição administrativa nasce no interior da própria administração<sup>11</sup>. Porém, o Conseil d’État não é um verdadeiro juiz, é simplesmente um órgão que prepara as decisões do Chefe de Estado. Mas é isso precisamente que permite a este órgão criar novas regras

---

<sup>6</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Direito Público” in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol.II, 2ª edição, Verbo, 2005, p.319

<sup>7</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.138

<sup>8</sup> Órgão máximo da administração

<sup>9</sup> E, noutra perspectiva, também um mecanismo de defesa dos particulares contra os actos ilegais da administração, de acordo com JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol.I, Editora Danubio, Lisboa, 1982, p.46

<sup>10</sup> É um sistema que desconhece um direito administrativo e entidades especiais para julgar os litígios entre os particulares e a Administração.

<sup>11</sup> PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1977, p.14

sem estar vinculado ao direito comum, dando origem ao Direito Administrativo como um direito autónomo.

Ainda neste sentido, para se adequar à administração napoleónica, o Direito Administrativo surge como um direito especializado, como um conjunto de regras e princípios excepcionais ao direito privado<sup>12</sup>.

MARIA DA GLÓRIA GARCIA afirma que “o direito administrativo é um direito do Estado”<sup>13</sup>, pois ao proferir-se decisões sobre queixas dos particulares contra os actos da administração foi-se criando um direito baseado na ideia de autoridade, ao contrário da ideia da liberdade do direito privado do qual terá exorbitado.

Mais tarde o Direito Administrativo começou a ser visto como um direito autónomo, com regras e princípios específicos, fundado na prossecução do interesse público, subjugado ao princípio da legalidade e dotando as entidades administrativas de poderes de autoridade.

Somente a partir da Lei de 24 de Maio de 1872 veio a conferir-se ao Conseil d’État a «justice déléguée», isto é, a administração fica sujeita a um verdadeiro controlo jurisdicional, ao mesmo tempo que cria um Tribunal de Conflitos para decidir os conflitos de competência entre a jurisdição administrativa e a judiciária.

Assim, os litígios administrativos passaram a ser dirimidos pela própria administração e criando-se um “direito específico da actuação administrativa” através de “uma corrente jurisprudencial própria”<sup>14</sup>.

PAULO OTERO ensina que o Conseil d’État não tem o papel nem de legislador nem de juiz, porém a sua jurisprudência substitui-se ao legislador, pois, “a criação do direito administrativo por via jurisprudencial comporta um rude golpe no primado do poder legislativo e na supremacia do parlamento”<sup>15</sup>.

Assim, o Conseil d’État, como parte do executivo, criou um direito específico para a administração, num acto de “rebeldia”<sup>16</sup> contra o Parlamento e o seu poder legislativo.

---

<sup>12</sup> JOÃO CAUPERS entende que hoje se assiste a uma inversão do processo, devido ao uso do direito privado no universo administrativo e a instrumentalização de pessoas jurídicas de direito privado para prosseguir finalidades de interesse público in *Introdução ao Direito Administrativo*, 9ª edição, Âncora editora, 2007, p.62

<sup>13</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Direito Público” in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol.II, 2ª edição, Verbo, 2005, p.320

<sup>14</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol.I, Editora Danubio, Lisboa, 1982, p.46

<sup>15</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p.269 e 270

<sup>16</sup> PAULO OTERO usa a expressão “rebelde ao Parlamento” in *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p.271

De acordo com o princípio da separação de poderes, “o juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei” e “julgar a administração ainda é administrar”<sup>17</sup> mas com a criação do Direito Administrativo “legislar para a administração já é administrar”<sup>18</sup>.

PAULO OTERO conclui que embora o Direito Administrativo e a sua “fuga”<sup>19</sup> ao controlo dos tribunais judiciais não surja para protecção das garantias dos particulares, há uma identificação com a figura do monarca absoluto que concentrava em si o poder de decisão, sem esquecer que a sua evolução levou ao crescimento de uma preocupação com a defesa dos direitos dos particulares e com os limites da actuação administrativa. E é assim que “o direito administrativo nasce «estigmatizado» por uma genérica suspeita de parcialidade”<sup>20</sup>: afinal o monarca veio ser substituído por uma administração aparentemente absolutista.

### **1.3 Importação portuguesa**

No sistema jurídico português entre outros, a lei importou a solução francesa, cabendo posteriormente aos tribunais pô-la em execução.

A partir da terceira década do séc. XIX, o sistema jurídico português herdou o esquema administrativo francês. Os Decretos n.ºs 22, 23 e 24 de 16 de Maio de 1832 (de Mouzinho da Silveira), separaram a organização administrativa da organização judiciária. Porém, esta reforma administrativa gerou uma reacção de defesa da autonomia municipal e foi já o Governo dos liberais que [por Decreto de 31 de Dezembro de 1836] publicou o primeiro Código Administrativo o qual conciliou a estrutura tradicional com as principais ideias do sistema administrativo francês. Pouco depois da entrada em vigor do Código Administrativo de 1842 foi criado um Conselho de Estado nos mesmos moldes do Conseil d'État, ou seja, basicamente como órgão de consulta para questões a decidir pelo Governo.

Em conclusão: se nos focarmos na sua origem, o Direito Administrativo surge de uma ideia revolucionária que, com a ajuda de alguma rebeldia e memórias passadas, consegue encontrar a motivação para se desenvolver: proteger o poder executivo dos poderes judicial e legislativo.

---

<sup>17</sup> Apesar de hoje termos que admitir que julgar a Administração não é administrar mas sim julgar, de acordo com PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p.286

<sup>18</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p.271

<sup>19</sup> IDEM, p.276

<sup>20</sup> IDEM, p.279

## 2. Noção e critérios

“A busca de um critério único (...) tem-se caracterizado pelo fracasso e pela frustração”<sup>21</sup>, mas ainda assim é importante tentarmos perceber qual o critério que nos permite construir uma noção mais apropriada para Direito Administrativo.

De seguida, propomo-nos fazer uma viagem pelos conceitos e critérios com que vários autores têm enriquecido a doutrina para tentar chegar a uma conclusão, nem que seja por oposição, sobre qual a noção e o critério mais acertados.

### 2.1 No direito francês

Quanto ao critério que se encontra na base da noção de Direito Administrativo, nos finais do séc. XIX em França, a discussão trava-se entre duas escolas clássicas: a escola do serviço público, fundada por León Duguit, decano da Faculdade de Direito de Bourdeaux e a escola do poder público, fundada por Maurice Hauriou, decano da Faculdade de Direito de Toulouse.

Enquanto a noção de serviço público está associada aos fins, ou seja, a actividade administrativa é destinada à satisfação do interesse geral, não sendo o tipo de meios particularmente relevantes, a noção de poder público está associada aos meios, ou seja, a actuação da administração é caracterizada pelo uso de meios ou prerrogativas que não são possíveis ao alcance do particular.

Até ao final do séc. XIX em França o que caracterizava o Direito Administrativo era o exercício do poder público, mas a partir do acórdão “Arrêt Blanco” de 1873<sup>22</sup> do Tribunal de Conflitos passa a defender-se a teoria do serviço público, o que significa que, em determinadas situações a administração pública pode não exercer prerrogativas de autoridade mas, ainda assim, o direito aplicado é um direito que não o privado.

Este novo conceito de Direito Administrativo não ignorava o critério subjectivo, ou seja, não deixava de ser um ramo do direito regulador da actividade de certo tipo de pessoas jurídicas, mas, por outro lado, a noção de serviço público desligou o Direito Administrativo do exercício de poderes de autoridade.

---

<sup>21</sup> FRANCISCO PAES MARQUES, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábuas de salvação no tsunami?” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra editora, 2010, p.337

<sup>22</sup> O Tribunal de Conflitos para deferir a competência dos tribunais administrativos recorreu a este novo critério do serviço público – “actividade ou empreendimento, assumido por uma pessoa colectiva de direito público, tendente à satisfação de necessidades de interesse geral” – num caso em que se teria que determinar a responsabilidade não contratual derivada do atropelamento de uma criança por um veículo de uma empresa tabaqueira pertencente ao Estado por via do monopólio fiscal dos tabacos.

É a partir desta escola do serviço público que se constrói a noção de Direito Administrativo e é esta concepção que domina a jurisprudência e a doutrina até aos anos 50 do séc. XX.

Para FREITAS DO AMARAL, a ideia de serviço público tem interesse na medida em que nos permite determinar que “actividades são assumidas como tarefa própria pela administração”<sup>23</sup>.

Posteriormente começou a entender-se que a administração faz mais do que simplesmente gerir serviços públicos e mesmo esta gestão nem sempre é regulada pelo Direito Administrativo. Assim, começou a dar-se relevo à ideia de interesse geral. É esta noção que domina toda a actividade da administração e, por vezes, determina que a sua actividade seja regulada pelo direito privado.

Para CHAPUS, o “direito da administração” é um direito misto composto de regras de direito público e de direito privado, mas são somente as primeiras que constituem o Direito administrativo.

Este autor apoia-se no critério do interesse público para construir o conceito de Direito Administrativo, já que considera que a administração está “sujeita a um direito que rege a sua organização e a sua actividade e, ao mesmo tempo, a sua relação com os administrados, que é a sua razão de ser e a qual tende a satisfazer as necessidades pelo exercício de actividades de interesse geral ou, mais concretamente, através de actividades de serviço público”<sup>24</sup>.

Também para RIVERO, o fim da administração pública é o interesse público, que são as necessidades vitais para a comunidade e às quais os privados não podem ou não querem responder. Daí este autor dizer que “o motor da acção administrativa (...) é essencialmente desinteressado”<sup>25</sup>.

A esta finalidade distinta devem corresponder meios distintos, ou seja, é através do exercício das prerrogativas do poder público que se permite que a administração prossiga finalidades públicas fazendo prevalecer o interesse geral. Por isso, RIVERO define Direito Administrativo como “o conjunto das regras jurídicas distintas das do direito privado que regem a actividade administrativa das pessoas públicas”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.158

<sup>24</sup> RENE CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tomo I, 15ª edição, Montchrestien, Paris, 2001, p.1

<sup>25</sup> JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, p.15

<sup>26</sup> IDEM, p.25

Para PROSPER WEIL, “na acepção mais ampla e mais directamente perceptível (...) o direito administrativo é o conjunto das regras que definem os direitos e obrigações da administração e do aparelho administrativo”<sup>27</sup>.

Nesta definição aparentemente simplista, WEIL dá-nos uma noção centrada na disciplina da função e organização da administração pública, limitada pelas suas obrigações e direitos estabelecidos pela lei.

SÉRVULO CORREIA afirma que, no sistema jurídico português, não tem ocorrido uma discussão semelhante à do direito francês<sup>28</sup>. Mas, ao debruçarmo-nos sobre a doutrina portuguesa, podemos verificar que não existe consenso.

## 2.2 No direito português

Entre nós, um dos primeiros autores a pronunciar-se sobre esta problemática foi AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ para quem o Direito Administrativo é “a fracção da ordem jurídica interna”<sup>29</sup> que disciplina a organização administrativa e a actividade ou função administrativa, mas Afonso Rodrigues Queiró não olha para este ramo do direito como um sistema, ou seja, como um conjunto de normas e princípios homogéneos.

Ainda conclui que pertencentes ao Direito Administrativo “se deve considerar apenas as normas que disciplinem as actividades administrativas de competência de órgãos, organismos e serviços administrativos e que as disciplinem em termos especiais, em termos que não sejam de direito privado”<sup>30</sup>.

Mas não é só o Direito Administrativo que regula a organização e a actividade administrativa, por isso “só são de direito administrativo as normas que regulam a organização administrativa em termos de direito público e a actividade administrativa da administração igualmente em termos de direito público”<sup>31</sup>.

Para além de ser impossível deixar de olhar para o Direito Administrativo como um sistema, como se verá adiante, temos de dar relevo à separação que este autor faz entre as normas de direito privado e as normas de direito público que regem a organização e funcionamento das entidades administrativas. AFONSO QUEIRÓ refere, na sua definição de Direito Administrativo, não só a administração pública em sentido orgânico como

---

<sup>27</sup> PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1977, p.9

<sup>28</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol.I, Editora Danubio, Lisboa, 1982, p.54

<sup>29</sup> Este Autor só encontra homogeneidade nas normas que disciplinam a organização administrativa e que obedecem a princípios derogatórios do Direito Privado in AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Coimbra, 1976, p.115 e 116

<sup>30</sup> AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Coimbra, 1976, p.117

<sup>31</sup> IDEM, p.118 e 119

também a sua função distintiva. Parece, porém, centrar-se na natureza pública das normas que a disciplinam. Parece seguro dizer que não contempla, de forma deliberada, a utilização instrumental do direito privado, traçando uma linha de separação entre um Direito Administrativo “puro” e a esfera do direito privado.

Segundo MARCELLO CAETANO, o Direito Administrativo é “o sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da administração pública e disciplinam as relações pelas quais ela prossiga interesses colectivos podendo usar de iniciativa e do privilégio da execução prévia”<sup>32</sup>.

Segundo este autor não só o Direito Administrativo é um verdadeiro sistema como também as relações jurídico-administrativas se distinguem pelo seu objecto, pois servem de instrumento ao interesse público. MARCELLO CAETANO parece determinar como critério fulcral o interesse colectivo, sendo este que justifica a criação de um “processo próprio de agir” da administração, que determina uma disciplina especial para as relações em que a administração seja parte e ainda a possibilidade de usufruir de poderes exclusivos.

FREITAS DO AMARAL<sup>33</sup> discorda que a menção ao privilégio da execução prévia faça parte da definição de Direito Administrativo, isto porque o Direito Administrativo não pode ser definido em função dos poderes de autoridade atribuídos à administração pública.<sup>34</sup>

De acordo com VIEIRA DE ANDRADE, o Direito Administrativo é um direito especial que surge, por um lado, para garantir às autoridades administrativas o *ius imperii* que as caracteriza para que possam prosseguir o interesse público e, por outro, para garantir a protecção dos direitos dos particulares e impedir o abuso dos poderes de autoridade das entidades administrativas. Este autor reafirma a necessidade de não desligarmos o

---

<sup>32</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973, p.43-45

<sup>33</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.139, nota de rodapé 129

<sup>34</sup> SÉRVULO CORREIA, no mesmo sentido que FREITAS DO AMARAL, adopta uma definição muito semelhante à de MARCELLO CAETANO, mas também parece discordar da menção ao privilégio de execução prévia, entendendo que o Direito Administrativo português pode definir-se como “o ramo do Direito Público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública e disciplinam em termos específicos as relações entre órgãos da Administração e entre a Administração e os particulares” in *Noções de Direito Administrativo*, vol.I, Editora Danubio, Lisboa, 1982, p.54

Direito Administrativo das suas origens e confirma que este é um ramo de direito feito de dualidades<sup>35</sup>.

Para RIVERO, o Direito Administrativo distingue-se dos demais porque, por um lado, confere aos órgãos da administração pública poderes de autoridade que não estão ao alcance dos particulares e, por outro, porque impõe obrigações mais estritas do que aquelas que o direito privado impõe aos particulares<sup>36</sup>. Mas, para FREITAS DO AMARAL, não é esta a essência do Direito Administrativo<sup>37</sup>.

Apesar de concordarmos com VIEIRA DE ANDRADE quanto à importância do *ius imperii*, pois não deixa de ser um factor de distinção em relação ao direito privado, concordamos com FREITAS DO AMARAL no sentido de os poderes exorbitantes da administração pública não serem aquilo que caracteriza de forma decisiva o Direito Administrativo. Porém, crendo que a própria definição de MARCELLO CAETANO o prevê, ao contrário da interpretação de FREITAS DO AMARAL, ainda que os poderes de autoridade não sejam uma característica decisiva, são uma característica do Direito Administrativo. Os poderes de autoridade continuam a ser uma faculdade da entidade administrativa, no sentido de que têm essa capacidade e possibilidade, ao contrário dos poderes no âmbito do direito privado<sup>38</sup>. Parece-nos que a função administrativa sem a possibilidade de exercer estes poderes exorbitantes não seria a mesma coisa, pois é com base na prossecução do interesse geral que se dotou a administração pública dos mesmos, sendo que estes poderes conhecem determinados limites também em nome do interesse geral. Para DIOGO FREITAS DO AMARAL, existem três grandes teses sobre a natureza do Direito Administrativo:

Em primeiro lugar, há quem veja o Direito Administrativo como um direito excepcional, isto é, o direito privado seria o direito aplicável sempre que não existisse uma norma de Direito Administrativo. Para FREITAS DO AMARAL esta teoria está “ultrapassada”<sup>39</sup>, pois o Direito Administrativo é um sistema em si, por isso, no caso de lacuna, esta deve ser preenchida tendo em conta os princípios próprios deste ramo do direito. O Direito Administrativo já não é um direito excepcional, mas sim um direito comum.

---

<sup>35</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012, p.18

<sup>36</sup> JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, p.42

<sup>37</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.159

<sup>38</sup> Ainda que existam poderes “exorbitantes” ou de “autoridade” no direito privado, ou seja, que pressupõem uma situação de desigualdade, o seu exercício não tem em vista interesses públicos.

<sup>39</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.152

Em segundo lugar, menciona a concepção do Direito Administrativo como o direito comum da administração pública. Novamente FREITAS DO AMARAL discorda desta teoria por não ser necessária a presença da administração pública para que exista uma relação jurídica administrativa.<sup>40-41</sup>

Em terceiro e último lugar, este autor menciona a teoria do Direito Administrativo como direito comum da função administrativa. FREITAS DO AMARAL defende que, apesar de a actividade da administração pública nem sempre ser regulada pelo Direito Administrativo, é possível que entidades que não sejam administrativas possam exercer uma função administrativa. E, por isso, é a função e não o órgão que a desempenha que é o critério para esta definição.

Logo, o Direito Administrativo pode definir-se como “o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da administração pública, bem como as relações por ela estabelecidas por outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública”<sup>42-43</sup>.

Com esta definição de Direito Administrativo, ainda que excluindo os poderes exorbitantes da administração pública, FREITAS DO AMARAL delimita a actividade administrativa aos actos de gestão pública e, portanto, será a estes actos que se reconduzirá a definição de função administrativa para este autor.

No mesmo sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA define o Direito Administrativo como o direito comum da função administrativa<sup>44</sup>.

Para este autor, o que distingue o Direito Administrativo dos outros ramos do direito é o seu objecto: a função administrativa<sup>45</sup> (ou a administração pública no sentido material).

---

<sup>40</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.153

<sup>41</sup> Para GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ o direito administrativo é o direito comum da administração pública, é um direito autónomo capaz de integrar as suas próprias lacunas sem necessariamente ter de recorrer a outros ramos do direito mas é sempre possível a utilização do direito privado com carácter instrumental, in *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, 5ª edição, Civitas, Madrid, 1989, p.54

<sup>42</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.140

<sup>43</sup> Com um conceito muito semelhante JOÃO CAUPERS define Direito Administrativo como “o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização, o funcionamento e o controlo da Administração Pública e as relações que esta, no exercício da actividade administrativa de gestão pública, estabelece com outros sujeitos de direito” in *Introdução ao Direito Administrativo*, 9ª edição, Âncora editora, 2007, p.53

<sup>44</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.53

<sup>45</sup> A função administrativa “compreende o conjunto dos actos de execução de actos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços destinados a satisfazer necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder político do Estado-

Por um lado, o Direito Administrativo regula a actuação de todos os sujeitos jurídicos que exerçam a função administrativa, não se limitando apenas aos órgãos da administração pública em sentido orgânico, abrangendo toda a actuação que se relacione com o exercício da função administrativa.

Por outro lado, o Direito Administrativo não é “o direito exclusivo da função administrativa”, o qual poderá ser regulada por outro ramo do direito, enquanto que o Direito Administrativo terá sempre uma aplicação residual.

“Por outras palavras, o direito administrativo é o conjunto de princípios e de regras jurídicas que regem a actividade da administração pública em que prevalece a prossecução do interesse público, ou seja, a sua actividade de gestão pública.”<sup>46</sup>

Para MARCELO REBELO DE SOUSA, o conceito de Direito Administrativo centra-se na função administrativa, à semelhança de FREITAS DO AMARAL, mas este autor acaba por relevar a prossecução do interesse público, admitindo que, em último lugar, é o interesse colectivo que determina o que é considerado como actividade de gestão pública.

Vários autores nos levam a procurar na Lei Fundamental o critério base para o Direito Administrativo.

Para MASSIMO GIANNINI o direito administrativo é a “actividade específica do aparelho administrativo distinta daquela funcionalmente normativa e jurisdicional”<sup>47</sup>. Esta é uma noção intrinsecamente ligada ao princípio da separação de poderes, mas que acaba por ser pouco precisa e demasiado abrangente.

FRANCISCO PAES MARQUES leva-nos a olhar para a Constituição da República Portuguesa à procura do “tal” critério. Para este autor a Constituição não refere os meios pelos quais a administração pública deve agir mas determina as suas tarefas fundamentais no artigo 9º. Logo, também este autor, nos conduz à ideia de função pública como actividade própria da administração pública<sup>48</sup>.

MARIA DA GLÓRIA GARCIA dá uma definição muito específica de Direito Administrativo como o “conjunto sistemático de normas jurídicas que, no quadro constitucional, disciplinam a organização da administração pública – administração estadual, directa e indirecta, e administrações autónomas, de base territorial e de base

---

colectividade” segundo MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Lisboa, 1994/95, p.11

<sup>46</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Lisboa, 1994/95, p.69

<sup>47</sup> MASSIMO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, volume I, Giuffré, Milão, 1950, p.45

<sup>48</sup> FRANCISCO PAES MARQUES, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami?” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra editora, 2010, p.343

associativa -, a actividade materialmente administrativa desta, enquanto se desenvolve segundo procedimentos e utilizando meios de direito público, bem como certos aspectos da actividade em matéria administrativa de autoridade públicas não administrativas – caso do Presidente da República, Assembleia da República, Presidente do TC – e a actividade materialmente administrativa de entes não administrativos – caso das sociedades de interesse colectivo e das pessoas colectivas de utilidade pública”<sup>49</sup>.

Esta autora entende que o Direito Administrativo não é um direito da administração pública pois também se aplica a entes privados, ainda que determine quais as actividades e funções dos órgãos administrativos.

Também conclui que o Direito Administrativo não poderá ser entendido como uma excepção ao direito privado, pois este não é o “direito de referência” relativamente ao qual o Direito Administrativo é um direito excepcional.<sup>50</sup>

M. ESTEVES DE OLIVEIRA entende que o Direito Administrativo é “o conjunto de normas jurídicas de direito público, que regulam a organização e o funcionamento da administração pública e as relações que se estabelecem entre as pessoas que a constituem ou entre estas e os particulares”<sup>51</sup>.

Este autor parte da distinção entre normas de direito público e de direito privado: se adoptarmos o critério do interesse serão normas de direito público aquelas que “regulam a organização, funcionamento e actividade da administração que visa sempre a satisfação dos interesses colectivos”<sup>52</sup>; mas, se adoptarmos o critério da posição dos sujeitos da relação jurídica, normas de direito público serão aquelas que colocam um dos sujeitos da relação jurídica numa posição de superioridade em relação ao outro, enquanto numa relação de direito privado os sujeitos se encontram numa situação de paridade.

O critério da posição dos sujeitos é de difícil aceitação, pois existem relações de direito privado nas quais os sujeitos não se encontram numa situação de igualdade, e existem relações de direito público nas quais uma parte não está numa posição superior em relação à outra.

Para ESTEVES DE OLIVEIRA o critério adequado prende-se com a razão que determinou a criação do Direito Administrativo, ou seja, para regular a organização, funcionamento e

---

<sup>49</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Direito Público” in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol.II, 2ª edição, Verbo, 2005, p.308-309

<sup>50</sup> IDEM, p.310

<sup>51</sup> M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1984, p.60

<sup>52</sup> IDEM, p.67

actividade do Estado e outros sujeitos que exercem a função administrativa. Assim, as normas de Direito Administrativo serão aquelas que “regulam situações insusceptíveis de se verificarem entre simples particulares, reclamando sempre a presença de um ente público ou de quem actue em seu nome”<sup>53</sup>.

Esta salvaguarda de ESTEVES DE OLIVEIRA coloca a função administrativa no núcleo do conceito de Direito Administrativo sem esquecer as situações em que não é a administração pública em sentido orgânico que pratica os actos necessários ao exercício da sua função.

Como se pode ver, não existe unanimidade quanto ao critério decisivo, apesar de a doutrina mais recente parecer reconhecer um papel central à noção de função pública, ainda que os autores tenham entendimentos diferentes sobre ela.

### 3. Características

Partindo da enumeração de MARCELO REBELO DE SOUSA<sup>54</sup>, são seis as características essenciais do Direito Administrativo.

#### 3.1 Direito público

Em primeiro lugar, o Direito Administrativo é direito público.

Existem três teorias ou critérios de distinção que costumam ser mencionados nesta matéria: o critério dos interesses, o critério dos sujeitos e o critério da subordinação.

Segundo o critério dos interesses, o Direito Administrativo é um “sector do ordenamento jurídico que disciplina um conjunto de actividades eficazmente dirigidas à prossecução do interesse público”<sup>55</sup>. É um critério com origem na teoria do serviço público francesa, que se concentra essencialmente na finalidade da actividade administrativa<sup>56</sup>, atribuindo pouca relevância aos meios com que se prossegue o interesse geral.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> IDEM, p.68

<sup>54</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.56-59

<sup>55</sup> FRANCISCO PAES MARQUES, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami?” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra editora, 2010, p.328

<sup>56</sup> “Uma actividade qualificável como de serviço público é destinada ao melhor serviço do interesse geral” in RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tomo I, 15ª edição, Montchrestien, Paris, 2001, p.3

<sup>57</sup> De acordo com FRANCISCO PAES MARQUES este critério recorre também à noção de função administrativa, “encontrando eco” nos autores que defendem que o direito administrativo é o direito comum da função administrativa. Assim, será o direito administrativo que se aplica na ausência da aplicação de outro ramo do direito, já que aquele não é exclusivo. In “O conceito de Direito

Com o critério dos sujeitos, deveríamos olhar para o Direito Administrativo como aquele que regula uma categoria especial de sujeitos. Esta teoria tem origens na doutrina de HANS-JULIUS WOLFF para distinguir direito público do direito privado: terá natureza jurídico-pública aquela norma que se destine ao Estado ou a outras pessoas colectivas públicas.

Tendo esta teoria tido especial acolhimento em Espanha, autores como EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ afirmam que o Direito Administrativo é um direito de “carácter estatutário e constitui para os sujeitos singulares um verdadeiro direito comum”<sup>58</sup>. Ainda que, por vezes, se admita a utilização do direito privado com carácter instrumental, autores partidários desta tese, como SÉRVULO CORREIA, definem, como já mencionado anteriormente, o Direito Administrativo como “o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da administração pública e disciplinam em termos específicos as relações entre órgãos da administração e entre a administração e os particulares”<sup>59</sup>.

FRANCISCO PAES MARQUES critica este critério afirmando que não se justifica “uma especificidade normativa em função da especificidade de um determinado sujeito” e que precisa sempre de recorrer à ideia de função administrativa.<sup>60</sup>

E é esta associação que demonstra que não é este o critério mais adequado<sup>61</sup>.

Quanto ao critério da subordinação, surgiu como critério adjuvante dos dois critérios anteriores. Para as teorias clássicas, o Direito Administrativo caracteriza-se por ser dotado de poderes de autoridade que não estão ao alcance dos particulares, por isso, por um lado, acabou por se concluir que a definição para Direito Administrativo não podia depender exclusivamente do critério dos sujeitos pois é possível agir segundo o direito privado e, por outro lado, entendeu-se também que o critério do interesse não podia definir satisfatoriamente o Direito Administrativo porque determinados serviços públicos podiam ser prosseguidos através do Direito Privado.

---

Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami?” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra editora, 2010, p.329

<sup>58</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, 5ª edição, Civitas, Madrid, 1989, p.54

<sup>59</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol.I, Editora Danubio, Lisboa, 1982, p.54

<sup>60</sup> FRANCISCO PAES MARQUES, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami?” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra editora, 2010, p.340

<sup>61</sup> Também PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, 2008, p.281 ss.

Em 1899, Maurice Hauriou, da Escola de Toulouse, sugeriu a distinção entre gestão pública da gestão privada introduzindo o critério do poder público como uma doutrina dos meios: “a Administração utiliza processos diferentes dos particulares para o desempenho das suas missões de interesse público, designadamente através de prerrogativas públicas, agindo segundo modos da gestão pública, ou actua como um simples particular, movendo-se, nesse caso, no terreno da gestão privada”<sup>62</sup>.

Assim, o critério dos meios será auxiliar da teoria dos fins se entendermos que só será regulada pelo Direito Administrativo a prossecução de um serviço público na qual a administração não tenha renunciado aos “meios exorbitantes do direito comum”. Mas o critério dos meios também será auxiliar da teoria dos sujeitos se considerarmos que a administração tem a sua actuação, em regra, regulada por um direito especial – o Direito Administrativo – derogatório do direito comum.<sup>63</sup>

Segundo FRANCISCO PAES MARQUES, no nosso sistema jurídico, o Direito Administrativo apenas regula a actividade de gestão pública, deixando para o direito privado os actos de gestão privada<sup>64-65</sup>.

MARCELO REBELO DE SOUSA adopta o critério do interesse prosseguido para distinguir entre direito público e direito privado, pois, como já vimos, se o objecto do Direito Administrativo é a função administrativa predomina a ideia de prossecução do interesse público. É em função deste interesse que se atribui poderes de autoridade às entidades administrativas.

Também MARCELLO CAETANO adopta o critério dos interesses para distinguir entre o direito público e o direito privado, que é o mesmo critério utilizado para sabermos se estamos perante uma norma jurídico-administrativa, pois “o interesse público é a ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativas”<sup>66</sup>.

Porém, ao contrário de MARCELO REBELO DE SOUSA<sup>67</sup>, MARCELLO CAETANO afirma que, mesmo que se entendesse que o critério adequado seria o do sujeito da relação

---

<sup>62</sup> FRANCISCO PAES MARQUES, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami?” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra editora, 2010, p.333

<sup>63</sup> IDEM

<sup>64</sup> IDEM, p.334

<sup>65</sup> Também DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.151

<sup>66</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973, p.49

<sup>67</sup> Este autor não aceita como critério satisfatório o critério quer da natureza quer da posição dos sujeitos, pois, em primeiro lugar, existem pessoas jurídicas de direito privado que prosseguem uma função administrativa e, em segundo lugar, porque nem sempre as entidades administrativas são dotadas de

jurídica, não haveria dúvida de que o Direito Administrativo é um ramo do direito público, pois ainda que as relações jurídicas tenham por objecto uma pessoa colectiva de direito público ou uma pessoa (quer singular, quer colectiva) de direito privado esta será dotada de poderes de autoridade.<sup>68</sup>

Para ESTEVES DE OLIVEIRA o Direito Administrativo é direito público, pois os particulares não podem ser exclusivos destinatários das suas normas.<sup>69</sup>

Para AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ não basta o interesse público para distinguir o direito público do direito privado. Este autor vem acrescentar que, enquanto no direito privado o essencial é a actividade dos indivíduos, no direito público o essencial é a actividade do Estado, pois é este que realiza o direito, produzindo os seus efeitos jurídicos.<sup>70</sup>

Por outro lado, observa que os órgãos, organismos e serviços do Estado são criados com uma função distinta – de prosseguir o interesse público – e, por isso, se distinguem das formas com que os particulares prosseguem os fins privados.

Este autor defende esta tese mesmo tendo presente de que há organismos de direito privado que são criados para prosseguir fins públicos. Nestes casos “excepcionais”, a sua organização e funcionamento continuam a ser regulados pelo direito privado, pois estamos perante o “exercício privado da função pública”<sup>71</sup>.

Assim, de acordo com este critério distintivo, serão públicas “as normas que regulam a organização, funcionamento, competência e actividade do Estado, em sentido lato, em termos que não tenham nem se concebe que tenham correspondente no capítulo da organização de instituições e relações em que os particulares participem como tais”, enquanto privadas serão as normas que regulam a organização e actividade de sujeitos de direito privado como também de direito público<sup>72</sup>.

### **3.2 Direito “dependente”, recente e fragmentário**

Em segundo lugar, MARCELO REBELO DE SOUSA considera que o Direito Administrativo é um direito “conjunturalmente mutável”, ou seja, em comparação com o direito privado, está mais dependente do contexto político, social, económico e cultural.

---

poderes de autoridade para exercer as suas funções, quer por não serem necessários, quer porque não envolvem relações com terceiros. (in MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.56-59)

<sup>68</sup> MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973, p.49 e 50

<sup>69</sup> M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1984, p.70

<sup>70</sup> AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Coimbra, 1976, p.120 e 121

<sup>71</sup> IDEM, p.127

<sup>72</sup> IDEM, p.129

Em terceiro lugar, o Direito Administrativo, novamente em comparação com o direito privado, é um ramo do direito relativamente recente. Na opinião deste autor, continua a ser um direito marcado pelas suas origens na Revolução Francesa, pelas ideias e doutrinas que se manifestaram neste período da história. Em Portugal aparece sensivelmente quarenta anos após a sua criação francesa, com as reformas de Mouzinho da Silveira em 1832.

Em quarto lugar, o Direito Administrativo é um direito fragmentário, ou seja, por ser um ramo do direito que surgiu lentamente em contraposição ao direito privado, não regula por completo o exercício da função administrativa.

### **3.3 Direito intencionalmente lacunar e acidentalmente disperso**

Em quinto lugar, é um direito “intencionalmente lacunar e aberto”. Precisamente por a finalidade a prosseguir ser o interesse público é que se torna necessário que as normas do Direito Administrativo não sejam exaustivas, deixando à discricionariedade da administração os meios a adoptar para prosseguir as suas atribuições.

Em último lugar, é um direito parcialmente codificado. Várias das suas características anteriormente mencionadas dificultam a sua codificação, levando a que o Direito Administrativo seja um direito disperso.

Em França, como em Portugal, o Direito Administrativo está disperso pela legislação avulsa e decisões jurisprudenciais.

GIANNINI chega a afirmar que a ideia de concentrar o Direito Administrativo num código é uma “ilusão dos juristas”<sup>73</sup>.

### **3.4 Direito autónomo**

Para JOÃO CAUPERS o Direito Administrativo é um direito autónomo, visto ter regras e princípios próprios e já não ser considerado uma mera excepção ao direito privado (considerado direito comum)<sup>74</sup>.

O Direito Administrativo é um “ramo diferente do direito privado, mas completo”<sup>75</sup>. Se o Direito Administrativo fosse um direito excepcional em relação ao direito privado. As lacunas seriam preenchidas com recurso a este, mas porque o Direito Administrativo é

---

<sup>73</sup> MASSIMO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, volume I, Giuffré, Milão, 1950, p.49

<sup>74</sup> JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 9ª edição, Âncora editora, 2007, p.55

<sup>75</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.168

um ramo de direito completo não se pode procurar a solução no direito privado mas dentro do sistema do Direito Administrativo conforme sua lógica.

### **3.5 Direito largamente jurisprudencial**

RIVERO acrescenta que é um direito largamente jurisprudencial, pois porque não havia normas escritas que permitissem ao juiz conhecer a solução para o caso concreto, o juiz tinha de criar as regras a aplicar. No início, esta função era exclusivamente atribuída ao Conselho de Estado que “detinha” a jurisdição administrativa<sup>76</sup>.

Também para FREITAS DO AMARAL o Direito Administrativo tem uma grande influência jurisprudencial. Em primeiro lugar, porque nasceu por esta via: inicialmente, com os tribunais administrativos subtraiu-se “à administração a possibilidade de intromissão no poder judicial”<sup>77</sup> e, mais tarde, com os litígios que iam surgindo, começou a criar-se regras e princípios excepcionais ao direito privado ou comum.

Em Portugal, o Direito Administrativo não surgiu desta forma. Surgiu por via legislativa mas, ainda assim, é óbvio que existe uma influência que não podemos negar. Para este autor, esta influência transparece por duas vias: as normas administrativas continuam a ter o sentido que os tribunais lhes derem, consoante a sua interpretação; e, em caso de lacuna, quem a integra são os tribunais administrativos, seja por analogia, seja pela criação de normas específicas para o caso. FREITAS DO AMARAL também reconhece que o papel dos tribunais administrativos continua a ter grande importância para este ramo do direito.<sup>78-79</sup>

## **4. Conclusão**

Apesar de reconhecer que criar uma noção de Direito Administrativo que abarque toda a sua realidade é uma tarefa difícil, continua a ser uma tarefa da maior importância.

A noção que propomos é a seguinte: o Direito Administrativo é o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas e princípios que regulam a organização e processo próprio de agir da administração pública, bem como as suas relações com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública e

---

<sup>76</sup> JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, p.36

<sup>77</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.163

<sup>78</sup> IDEM, p.164 e 165

<sup>79</sup> PAULO OTERO também considera que, apesar da origem legislativa do direito administrativo português, a sua evolução e desenvolvimento deve bastante ao executivo, pois as principais reformas administrativas vêm na forma de decreto governamental, em oposição à lei parlamentar. In *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p.272

ainda a sua actividade de gestão privada na medida da prossecução do interesse público, independentemente da natureza da entidade que o prossegue.

São os seguintes os elementos desta noção de Direito Administrativo:

Em primeiro lugar, o Direito Administrativo é o ramo de direito indicado para regular toda a organização da administração pública no sentido orgânico, ou seja, a estrutura dos organismos e entidades que fazem parte da administração pública deve ser disciplinada em termos especiais que não os de direito privado, como também o seu processo próprio de agir, entenda-se o procedimento administrativo e os actos e formalidades que o integram.

Em segundo lugar, o Direito Administrativo vem regular a função pública ou as tarefas próprias da administração nas suas relações com outros sujeitos de direito, independentemente da natureza da entidade que as exerce, fazendo-se a distinção entre a actividade de gestão pública e a actividade de gestão privada<sup>80</sup>.

Por um lado, sabemos que nos actos de gestão pública prevalece o interesse público havendo a possibilidade de se exercerem poderes de autoridade. Estes actos podem ser praticados por entidades administrativas mas também podem ser criadas entidades privadas que são instrumentais à prossecução do interesse público<sup>81</sup> e, por isso, são reguladas pelo Direito Administrativo excepto na sua organização ou estrutura que continua a ser disciplinada pelo direito privado.

Por outro lado, nos actos de gestão privada, tanto entidades administrativas como entidades privadas agem ao abrigo do direito privado<sup>82</sup>. Porém, não podemos aceitar que estas entidades ajam como se fossem meras entidades privadas no âmbito do direito privado com fins privados, nem mesmo àquelas que são efectivamente entidades de direito privado. Apesar da utilização de meios de direito privado pelas entidades administrativas e da criação de entidades privadas que agem através de meios de direito privado, estas entidades continuam a estar vinculadas ao interesse público, pois é este o seu fim, não sendo completamente livres do jugo do Direito Administrativo<sup>83</sup>. Aliás, é a

---

<sup>80</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.150 e 151

<sup>81</sup> Neste sentido, o artigo 4º n.º 1 al. d) do ETAF.

<sup>82</sup> Também MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Lisboa, 1994/95, p.68

<sup>83</sup> Ideia que surgiu a partir de um raciocínio do Prof. Dr. Rui da Guerra Fonseca na aula de Direito Privado da Administração Pública, disciplina do 1º Semestre do Mestrado Profissionalizante de Direito Administrativo, no dia 25 de Outubro do ano lectivo de 2012/2013. Citando algumas das suas conclusões: “O aparecimento da ideia de utilização do direito privado por parte da Administração pública não é uma ideia inocente nem tem em vista o interesse do cidadão, mas tem directamente em vista a desvinculação da lei e de certos princípios” e “A dificuldade está em justificar que o uso do direito privado serve o

prossecução do interesse público que justifica o recurso a meios de direito privado, por isso, estas entidades devem estar submetidas aos princípios de Direito Administrativo. Não defendemos que o Direito Administrativo volte a ser um direito de aplicação residual, mas que o direito privado só seja aplicado na medida em que não colida com princípios de Direito Administrativo e quando a sua aplicação não ponha em causa a prossecução do interesse público.

Apesar de aceitarmos que, por razões de interesse público, a administração possa agir ao abrigo de normas de direito privado, não defendemos que tais normas sejam de Direito Administrativo. O que é de direito privado continua a ser de direito privado, apesar de ser utilizado de forma instrumental. O Direito Administrativo só tem que determinar em que situações a administração pública pode agir com instrumentos de direito privado ou criar pessoas jurídicas de direito privado como meios de prosseguir de forma mais adequada e eficaz o interesse público como concretizado nas normas de Direito Administrativo.

Apesar de termos presente que, para vários autores portugueses contemporâneos, o critério basilar de Direito Administrativo é o da função administrativa, não podemos deixar de considerar outro critério: o do interesse público.

A actividade administrativa pode ser de gestão pública ou de gestão privada mas, nesta distinção, não nos parece que o critério seja o da função administrativa, pois a administração pública despe-se dos seus poderes de autoridade e submete a sua actividade ao direito privado em função do interesse público. Também é com base neste interesse que as entidades administrativas se regem pelo direito público Administrativo e exercem poderes de autoridade.

Quanto aos actos de gestão pública, sejam praticados por entidades públicas ou privadas, é consensual que é uma actividade submetida a regras e princípios de Direito Administrativo, pois o interesse público prevalece face a tudo e a todos.

Relativamente aos actos de gestão privada, estes têm sido excluídos da definição e do controlo do Direito Administrativo mas tal não nos parece completamente correcto<sup>84</sup>.

Quando os actos de gestão privada são praticados por entidades administrativas estas não se transformam automaticamente em entidades “quase” de direito privado. Elas

---

interesse público, porque enquanto o direito privado é um direito de direitos, o direito público é um direito de deveres porque ele existe para o cidadão.”

<sup>84</sup> MARCELLO CAETANO entende que só a actividade de gestão pública deve estar incluída na definição de Direito Administrativo, in *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973, p.44

estão sempre vinculadas ao interesse público, não só porque estão vinculadas ao princípio da legalidade (só pode fazer aquilo que é permitido por lei e aos princípios de Direito Administrativo, ao contrário da liberdade no direito privado que só está limitada pelo que é proibido), mas também porque é o Direito Administrativo que define o que é o interesse público e, portanto, o seu fim a prosseguir. Como está previsto no artigo 2º n.º 5 do CPA<sup>85</sup> “os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”, na concretização do artigo 266º n.º1 da CRP.

Mas o que nos faz recusar o critério da função pública de forma definitiva é a falta de subordinação das entidades de direito privado ao Direito Administrativo.

Também estas entidades de direito privado que foram criadas para prosseguirem o interesse público, mas ao abrigo do direito privado, têm de estar, em alguma medida, sujeitas ao Direito Administrativo. Bastaria que estivessem subordinadas aos princípios do Direito Administrativo, pois, apesar de não serem entidades da administração pública, foram criadas por entidades administrativas para prosseguirem as suas finalidades ou, pelo menos, foram-lhes delegadas funções da competência das entidades administrativas. Gostaríamos de propor a ideia de “contágio” dos princípios a que as entidades administrativas estão vinculadas para as entidades privadas que agem segundo o direito privado, até para protecção das garantias dos particulares. Aliás, o recurso a meios de direito privado deve ser sempre feito tendo em vista finalidades de interesse público e o respeito pelos interesses e direitos dos particulares<sup>86</sup>. Se a finalidade da administração pública, ao recorrer ao direito privado, é contornar as exigências do Direito Administrativo, então tal recurso não deveria ser legítimo.<sup>87</sup>

Portanto, nunca poderia ser o critério da função pública a determinar a aplicação de princípios de Direito Administrativo a entidades que praticam actos de gestão privada mas sim, sempre, em função do critério do interesse geral ou público.

---

<sup>85</sup> Redacção do CPA Velho, aprovado por DL n.º 442/91, de 15 de Novembro. O CPA Novo, aprovado por DL n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, consagra disposição semelhante no seu artigo 2º n.º 3.

<sup>86</sup> No mesmo sentido que o artigo 4º do CPA Velho: “Compete aos órgãos administrativos prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.” O artigo 4º do CPA Novo consagra redacção idêntica.

<sup>87</sup> Como podemos determinar do artigo 269º n.º1 da CRP: “No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração.”

Assim, concluímos que tanto os actos de gestão pública como os de gestão privada estão subordinados ao Direito Administrativo, apesar de em graus ou com intensidades diferentes.

## CAPÍTULO II

### DIREITO PENAL

Neste capítulo, ocupar-nos-emos não só de noções essenciais do Direito Penal como também da questão dos fins das penas e a sua natureza, o que nos permitirá concluir com uma definição deste ramo do direito.

#### 1. Noções

Propomos mencionar algumas noções essenciais como o conceito de Direito Penal, as penas e os crimes.

##### 1.1 Direito Penal

Para vários autores, a noção de Direito Penal é essencialmente a mesma, apesar de poderem atribuir maior ênfase a determinados aspectos em prejuízo de outros.

Em primeiro lugar referimos CAEIRO DA MATTA, para quem o Direito Penal, muito sucintamente, é o “direito de punir”<sup>88</sup>.

Este autor define Direito Penal como “o conjuncto das disposições legais que regulam o exercício do direito de punir”, que, por sua vez, se divide em ou abrange: o direito substantivo, que determina os factos puníveis e penas que lhes são aplicáveis; as autoridades a quem compete julgar, determinar penas e executá-las; e o direito processual, que define como “o conjunto de meios empregados para assegurar e garantir a execução da lei substantiva”<sup>89</sup>.

CAEIRO DA MATTA vem, desta forma, dar-nos uma definição distinta de todas as outras mas que não é de ignorar, como justificaremos na conclusão deste capítulo.

TERESA BELEZA oferece-nos uma definição estrutural de Direito Penal, pois entende que é um conjunto de normas que tem uma determinada estrutura, fazendo corresponder um facto determinado a uma certa sanção.<sup>90</sup> E é a partir desta “definição estrutural” que muitos autores constroem o seu conceito de Direito Penal.

Neste sentido, para JOSÉ FARIA DA COSTA, o Direito Penal é “o conjunto de normas que trata, jurídico-penalmente, os pressupostos, a determinação, a aplicação e as consequências (...) dos crimes e dos «factos» susceptíveis de desencadear medidas

---

<sup>88</sup> CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal português*, vol.I, F. França Amado Editor, Coimbra, 1911, p.7

<sup>89</sup> IDEM, p.8

<sup>90</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.19

de segurança”<sup>91</sup>. Ou seja, é um ramo do direito que se caracteriza essencialmente por dois elementos distintivos: o crime, pois contém as normas que “consagram a proibição penal de condutas ou de comportamentos”; e a pena, que é a “principal consequência da prática do crime”<sup>92</sup>.

Também JOHANNES WESSELS define Direito Penal como “a parte do ordenamento jurídico que determina os pressupostos da punibilidade, bem como os caracteres específicos da conduta punível, cominando determinadas penas e prevendo, a par de outras consequências jurídicas, especialmente medidas de tratamento e segurança”<sup>93</sup>.

De uma forma mais simples, para MARIA FERNANDA PALMA, o Direito Penal é “um conjunto de normas que se autonomizam no Ordenamento Jurídico por atribuírem a certos factos descritos pormenorizadamente – os crimes – consequências jurídicas profundamente graves – as penas e as medidas de segurança.”<sup>94</sup>

Da mesma forma, GERMANO MARQUES DA SILVA define o Direito Penal como o “sistema das normas jurídicas que atribuem aos agentes de certo comportamento como pressuposto uma pena ou uma medida de segurança criminais como consequência.”<sup>95</sup>

Segundo EDUARDO CORREIA, o Direito Penal é “o conjunto de normas jurídicas que fixam os pressupostos de determinadas medidas legais e, bem assim, as formas que estas revestem como reacção contra o crime”, acentuando que a função deste ramo do direito é uma função mista, acumulando uma função simultaneamente “repressiva, preventiva, tutelar, ressocializadora”<sup>96</sup>.

Para FREITAS DO AMARAL o Direito Penal é “o ramo do direito público constituído pelo sistema das normas que qualificam certos factos como crimes e regulam a aplicação aos seus autores de penas criminais”<sup>97</sup>. É o conjunto de normas que permite reagir contra “as formas mais nocivas de comportamento anti-social” e estabelece sanções específicas para os seus autores.

Também para MARCELLO CAETANO, o Direito Penal tem uma “índole repressiva”, considerando-o como “a parte da Ordem jurídica positiva que abrange as normas

---

<sup>91</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito penal*, Coimbra Editora, 2007, p.13

<sup>92</sup> IDEM, p.16-17

<sup>93</sup> JOHANNES WESSELS, *Direito penal – Parte geral (aspectos fundamentais)*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1976, p.5

<sup>94</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.21

<sup>95</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume I, Editorial Verbo, 1997, p.12

<sup>96</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, 1975, p.5

<sup>97</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.189

qualificativas dos factos como crimes e reguladoras da aplicação de penas criminais”<sup>98</sup>, ou ainda, noutras palavras, como o “sistema das normas que atribuem à prática de certo facto como pressuposto uma pena criminal como consequência”<sup>99</sup>.

Para MARCELO REBELO DE SOUSA, o Direito Penal é o “ramo do direito público que se ocupa da determinação dos pressupostos da responsabilidade criminal e da sua exclusão, bem como das consequências jurídicas dos ilícitos criminais”<sup>100</sup>.

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ cita ROUSSEAU ao defender que “as leis criminais, mais que uma espécie de particular de leis, são no fundo a sanção de todas as outras”. De acordo com esta noção, seria o Direito Penal que a estabelecer as sanções a aplicar à ilicitude prevista em todas as outras normas de direito. Claro que, hoje, este entendimento não tem realização prática, pois o Direito Penal não tem a função de sancionar os violadores dos bens jurídicos protegidos pelas normas de outros ramos de direito, mas determina a sanção típica – a pena – para a violação dos ilícitos tipicamente criminais, em função dos valores que protege.<sup>101</sup>

Para ROXIN, o Direito Penal consiste na “soma de todos os preceitos que regulam os pressupostos ou consequências de uma conduta cominada com uma pena ou com uma medida de segurança e correcção”<sup>102</sup>, caracterizando-se pelo tipo de sanção aplicado à infracção.

Da mesma forma, FIGUEIREDO DIAS define Direito Penal como o “conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito”, entendendo que este conceito se centra na consequência específica deste ramo.<sup>103</sup>

Para ESTEVES DE OLIVEIRA o Direito Penal é “um conjunto de normas que tutela certos valores éticos fundamentais da comunidade, qualificando como crimes os factos que contra eles atentam e cominando determinadas reacções para a violação das suas normas – as reacções criminais”, que correspondem às penas e medidas de segurança.<sup>104</sup> De acordo com este autor, esta “técnica” de imputar sanções a determinados factos

---

<sup>98</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973, p.53

<sup>99</sup> MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito penal*, Lisboa, 1939, p.27

<sup>100</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.74

<sup>101</sup> AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Coimbra, 1976, p.175-176

<sup>102</sup> CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997, p.41

<sup>103</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.3 e 5

<sup>104</sup> M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1984, p.78 e 79

considerados ilícitos não pertence só ao Direito Penal mas também ao Direito Administrativo.<sup>105</sup>

Assim, independentemente da ênfase ou destaque que vários autores como ROXIN e FIGUEIREDO DIAS deram à importância central da pena, entendemos que o conceito de Direito Penal deverá sempre incluir dois elementos que lhe são característicos e exclusivos: a pena e o crime. Sem um ou sem o outro não podemos estar perante uma norma de Direito Penal. Estes dois pressupostos são indissociáveis, pois a priori não se concebe uma norma de Direito Penal que qualifique determinada conduta como crime sem prever uma pena, ou que mande aplicar uma determinada pena para uma conduta que não seja qualificada como crime.

Por outro lado, esta “definição estrutural” comum a várias noções de Direito Penal que nos são dadas por diversos autores, pode levar a conceitos demasiado limitados, ou seja, a conceitos que resumem o Direito Penal a um conjunto de normas que determinam os factos considerados como crimes e as penas que lhes correspondem. Mas, no sentido da definição de CAEIRO DA MATTA, o Direito Penal não se limita a normas com esta “estrutura”. Se assim fosse não estaríamos a incluir, por exemplo, as normas de direito processual.<sup>106</sup> É na conclusão deste capítulo que pretendemos dar uma definição própria de Direito Penal.

## 1.2 Crimes e penas

Numa perspectiva formal, crime seria todo o facto considerado pela lei como tal. Mas o legislador necessita de se basear em critérios materiais que lhe possibilitem determinar o que deve ser criminalizado ou não. Esta questão dá lugar à procura do conceito material de crime.

Em primeiro lugar, para MARCELLO CAETANO, a infracção é o “facto que directa ou indirectamente põe em perigo os interesses essenciais da existência em sociedade”<sup>107</sup>.

Por sua vez, GERMANO MARQUES DA SILVA entende que crime é “um facto humano voluntário que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica”.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Consideração que remetemos para o capítulo seguinte sobre as contra-ordenações.

<sup>106</sup> Também não vamos prender-nos com a questão de existirem normas penais em legislação avulsa e a insegurança jurídica a que isso pode dar origem.

<sup>107</sup> MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito penal*, Lisboa, 1939, p.171

<sup>108</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume II, Editorial Verbo, 1998, p.9-10

Estas duas noções, apesar de diferentes, têm em comum dois elementos: o perigo de lesão ou a lesão efectiva; e os ditos interesses essenciais ou bens jurídicos protegidos.

Daqui resulta que para estes autores há determinados bens jurídicos que, em virtude da sua importância, devem ser protegidos contra ameaças e, por isso, o Estado intervém dotado de um *ius puniendi* que lhe permite punir com sanções extremas aqueles que colocarem em perigo esses bens jurídicos, ao serviço da paz e segurança, tanto social como jurídica.

CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA entende que a Constituição consagra uma noção material de crime no seu artigo 18º n.º 2 que estipula que o poder punitivo do Estado só abrange aquilo que é necessário para salvaguardar “direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. São estes os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.<sup>109</sup>

Esta autora acrescenta que “mesmo movendo-se dentro do quadro constitucional (...) o legislador não deve (nem pode?) atribuir carácter criminal à violação de todos os interesses aflorados no texto da CRP.”<sup>110</sup> Assim, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA destaca dois princípios que vêm delimitar o que deve ser criminalizado ou não dentro do quadro constitucional: o princípio da proporcionalidade (artigo 2º) e o princípio da necessidade (artigo 18º n.º2).

Para MARIA FERNANDA PALMA, apesar de os elementos distintivos das normas penais serem, por um lado, os crimes, e por outro, as penas e medidas de segurança, elas não são somente porque o legislador o determinou. O crime e a pena têm um “conteúdo pré-legislativo indisponível”, ou seja, determinado facto não é crime só porque o legislador o declara. O legislador limita-se a “reproduzir” um comportamento que “mereça uma pena”.<sup>111</sup>

Esta autora conclui definindo Direito Penal como o “ramo do Direito Público em que à lesão dos bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade são atribuídas as sanções mais graves do Ordenamento Jurídico.”<sup>112</sup> MARIA FERNANDA PALMA oferece-nos uma definição de Direito Penal que inclui os ditos “elementos distintivos das normas penais” e apesar de nada opor a esta formulação, parece-nos necessário que nunca poderemos simplesmente descartar a noção formal de crime face à material.

---

<sup>109</sup> Também o artigo 40º do CP aponta neste sentido. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Conceito material de crime”, in *Casos e Materiais de Direito penal*, 3ª edição, Almedina, 2009, p.205-206

<sup>110</sup> CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Conceito material de crime”, in *Casos e Materiais de Direito penal*, 3ª edição, Almedina, 2009, p.209

<sup>111</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.21 e 22

<sup>112</sup> IDEM, p.23

Não podemos separar o sentido formal do material porque, em última instância, nunca se poderá argumentar que um determinado comportamento é crime em sentido material é crime quando não o é em sentido formal. Se a conduta não está tipificada não há crime. Parece-nos inaceitável discutir o conceito de crime material nestes termos, porque o crime pressupõe sempre a sua tipificação.

Discordando desta autora, defendemos que o crime e a pena o são porque o legislador assim o quis. Antes disso não há crime em sentido material nem uma pena correspondente imaginária.

Por isso do ponto de vista dogmático, convém acrescentar que o crime é uma acção típica, ilícita, culposa e punível. Em primeiro lugar, é um facto e não uma mera intenção. Independentemente de ser uma acção ou omissão, interessa que seja dominado ou dominável pela vontade do agente. O crime é um “comportamento voluntário exteriorizado”<sup>113</sup> orientado para uma determinada finalidade. Em segundo lugar, é típico porque é um facto descrito na lei penal para ser considerado crime. Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, tipicidade “consiste na subsunção, na adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime”<sup>114</sup>. Em terceiro lugar, é ilícito, ou seja, contrário ao direito, exprimindo um juízo de valor negativo. Em quarto lugar, é culposos, isto é, a culpa é um elemento essencial no sentido em que é “a dimensão da censurabilidade do autor do facto”<sup>115</sup> ou o “juízo de reprovação jurídica ao agente por ter cometido o facto ilícito”<sup>116</sup>. Em último lugar, tem de ser punível, pois podemos ter factos típicos, ilícitos e culposos mas que não sejam necessariamente puníveis.

O crime pressupõe a pena. BELEZA DOS SANTOS ensina que “a função pública de punir aparece-nos como um serviço público, porque assim o exige o interesse geral”<sup>117</sup>. O interesse geral exige segurança contra ameaças à ordem interna, surgindo então a necessidade de atribuir um *ius puniendi* ao Estado.

Assim, deste dever de protecção de determinados bens jurídicos, a pena surge como consequência específica para os crimes e exclusiva do Direito Penal.

MARCELLO CAETANO define penas como “penas públicas aplicáveis por acto jurisdicional aos infractores das normas protectoras dos interesses essenciais da

---

<sup>113</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, II volume, AAFDL, Lisboa, 2001, p.10-11

<sup>114</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume II, Editorial Verbo, 1998, p.12

<sup>115</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, II volume, AAFDL, Lisboa, 2001, p.28

<sup>116</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume II, Editorial Verbo, 1998, p.12

<sup>117</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920, p.17-18

sociedade, culpados da prática de factos típicos considerados expressamente por lei como pressupostos da punição”<sup>118</sup>.

A maioria da doutrina não nos dá um conceito de pena. MARCELLO CAETANO acolhe na sua noção de pena aspectos que nos parecem fundamentais: é a sanção aplicada pela prática de crime, expressamente consagrada nas normas protectoras dos “interesses essenciais da sociedade”, entenda-se bens jurídicos.

De acordo com TERESA BELEZA, o ordenamento jurídico prevê vários tipos de penas mas o que caracteriza o Direito Penal é “uma possibilidade de privação de liberdade”.<sup>119</sup> Assim, existem dois principais tipos de pena: a pena de prisão e a multa. A primeira consiste na “privação da liberdade pelo encarceramento em estabelecimento prisional” e a segunda no “pagamento ao Estado de uma quantia de dinheiro”<sup>120</sup>. As medidas de segurança fazem parte da lei penal mas ,ainda assim, são distintas das penas, pois os seus pressupostos não são os mesmos. Por isso, faz-se a ressalva e menciona-se não só as penas como as medidas de segurança como medidas sancionatórias.

## 2. Fins das penas

A questão dos fins das penas, ou seja, saber que finalidade se pretende alcançar com a aplicação de uma pena, também é, em última instância, a questão de saber qual é a finalidade do Direito penal. Quando nos referimos aos fins das penas temos de separar os fins mediatos dos fins imediatos das penas.

De acordo com TERESA BELEZA a primeira questão a tratar é a dos fins mediatos da pena, ou seja, a relação dos fins das penas com os fins do Estado, o que se pretende com o Direito Penal. A segunda questão tem que ver com os fins imediatos da pena, ou seja, os fins utilizados para “atingir esses tais fins longínquos, que seriam no fundo os fins do Estado”<sup>121</sup>.

Esta autora considera que a questão dos fins das penas deverá ser “talvez” mais uma questão dos fins imediatos das penas do que dos fins mediatos<sup>122</sup>.

Da mesma forma, para TAIPA DE CARVALHO o fim do Direito Penal é a protecção dos bens jurídico-penais. Mas este autor entende que a questão dos fins das penas se refere aos “fins-meio”, e não ao fim-último da pena, ou seja, os “fins-meio” ou fins imediatos

---

<sup>118</sup> MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito penal*, Lisboa, 1939, p.24

<sup>119</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.23

<sup>120</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume III, Editorial Verbo, 1999, p.81

<sup>121</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.315

<sup>122</sup> IDEM, p.319

tratam da questão de saber como o legislador e o juiz determinam a pena em função da finalidade (esta sim última) de protecção dos bens jurídicos<sup>123</sup>.

No mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA defende que “as sanções são instrumentais relativamente aos fins do direito” e, por isso, não devem as finalidades imediatas das sanções penais ser confundidas com as finalidades do Direito Penal<sup>124</sup>.

Mas é precisamente por considerar que as duas questões são importantes para a compreensão do Direito Penal, e a finalidade do Direito Penal, em particular, para esta dissertação, que decidimos tratar das duas vertentes e não só a dos fins imediatos.

## 2.1 Fins mediatos

Neste ponto específico, pretendemos estudar o Direito Penal como um ramo de direito público que prossegue um dos objectivos do Estado.

Começamos por mencionar que o Direito Penal é um ramo de direito público, essencialmente porque é uma expressão do poder punitivo do Estado<sup>125</sup>. Nas palavras de CAEIRO DA MATTA, é um ramo de direito público por ser uma atribuição do Estado que tem por finalidades a segurança individual e colectiva<sup>126</sup>.

Ao contrário do direito privado que regula “relações entre pessoas que prosseguem os seus interesses particulares e agem no uso de vontades autónomas colocadas em pé de igualdade”, o direito público “regula as relações travadas entre os indivíduos e a colectividade organizada em Estado, relações essas dominadas pelo interesse geral e em que uma das partes – a autoridade – tem posição de supremacia”<sup>127</sup>.

Em primeiro lugar, para JOHANNES WESSELS é um ramo de direito público pois regula “relações da mais alta importância entre o Estado e o cidadão”<sup>128</sup>. A sua função consiste na protecção de valores ou bens jurídicos elementares da sociedade como também a manutenção da paz jurídica<sup>129</sup>.

Em segundo lugar, de acordo com MARIA FERNANDA PALMA, “o objecto do Direito penal é a relação jurídica punitiva, pela qual os indivíduos que praticam certos factos

---

<sup>123</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.62

<sup>124</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume I, Editorial Verbo, 1997, p.32

<sup>125</sup> No 1º capítulo já foram referidos os critérios para que um ramo de direito seja considerado de direito público.

<sup>126</sup> CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal português*, vol.I, F. França Amado Editor, Coimbra, 1911, p.7

<sup>127</sup> MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito penal*, Lisboa, 1939, p.33-34

<sup>128</sup> JOHANNES WESSELS, *Direito penal – Parte geral (aspectos fundamentais)*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1976, p.5

<sup>129</sup> IDEM, p.3

ficam sujeitos à aplicação de uma pena pelo Estado”<sup>130</sup>. Assim, é uma relação desigual, de subordinação que caracteriza o Direito Penal e outros ramos de direito público.

O Cons. SOUSA E BRITO identifica como elementos essenciais da lei penal: o delinquente, o crime, a pena e o Estado, precisamente porque os interesses ofendidos com a prática do crime pelo delinquente são, em primeiro lugar, interesses públicos. Ao Estado é atribuído o poder punitivo para salvaguardar determinados bens jurídicos que, se forem atingidos, põem em causa a paz e segurança social<sup>131</sup>.

Segundo TAIPA DE CARVALHO, sendo que o Direito Penal tem como função proteger bens jurídicos “indispensáveis à realização pessoal e convivência comunitária”, a sua violação constitui uma ofensa não só ao indivíduo em concreto mas a toda a comunidade. Assim, o Estado, como representante da sociedade, é dotado de *ius puniendi* necessário à protecção destes bens jurídicos. “Da irrecusável autonomia dos valores protegidos pelo direito penal deriva a autonomia deste ramo do direito”. Por isto, para TAIPA DE CARVALHO, o Direito Penal é o “direito público por excelência”, independentemente do critério utilizado para distinguir direito público do direito privado<sup>132</sup>.

Também FIGUEIREDO DIAS considera que o Direito Penal é um ramo do direito público, porque, por um lado, cria fortes restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos e, por outro porque há uma relação entre os bens jurídicos tutelados pelo direito constitucional e aqueles que o Direito Penal visa proteger. O poder punitivo autonomizou-se do direito público para passar a ser Direito Penal<sup>133</sup>.

Em quarto lugar, cabe-nos criar uma separação entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, pois como ramos de direito público têm características comuns.

MARCELO REBELO DE SOUSA distingue o Direito Penal do Direito Administrativo por o primeiro ter um carácter “essencialmente repressivo”, enquanto o Direito Administrativo é “essencialmente preventivo”<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.64-65

<sup>131</sup> JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Lições de Direito penal”, in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo I, AAFDL, 1983/84, p.133-157

<sup>132</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.102-103

<sup>133</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.13-14

<sup>134</sup> Ainda assim, “as afinidades entre ambos são especialmente evidentes no direito contravencional”, pois as sanções aplicadas por entidades administrativas têm uma natureza penal. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.74

Neste sentido, MARCELLO CAETANO vem acrescentar que, apesar de no âmbito Direito Penal e do Direito Administrativo existirem entidades dotadas de poderes de autoridade para garantirem a segurança, como também outros objectivos do Estado que correspondem a necessidades da comunidade, o exercício destes poderes é feito de forma diferente. No âmbito do Direito Administrativo, o Estado exerce as suas prerrogativas de autoridade para garantir a segurança da sociedade, limitando a liberdade dos indivíduos de forma preventiva, ou seja, para evitar que infracções verdadeiramente gravosas ocorram. No âmbito do Direito Penal, os poderes de autoridade, precisamente por protegerem bens jurídicos essenciais, são exercidos como reacção a uma violação de normas que tutelam bens jurídicos com dignidade penal, que por sua vez implicam a aplicação de uma pena, sendo esta da competência de um juiz e não de uma entidade administrativa<sup>135</sup>.

Também para FREITAS DO AMARAL, o Direito Penal é um “direito repressivo” enquanto o Direito Administrativo é preventivo, pois as suas sanções não têm em vista a censura de uma ofensa de um valor nuclear da sociedade, mas sim formas de prevenir a prática de ofensas a valores a preservar<sup>136</sup>.

Ao contrário do Direito Penal, para MARCELLO CAETANO, o Direito Administrativo é “o direito do bem-estar social”, pois é através das suas normas que as autoridades administrativas conseguem agir de modo a orientar os comportamentos dos particulares para que respeitem determinados valores da sociedade. No Direito Penal, a pena “vem depois da violação e não pode repor o interesse violado no estado anterior” e corresponde à violação das regras que protegem valores fundamentais, enquanto no Direito Administrativo a “administração actua antes da violação, no sentido de evitá-la” e a sua sanção corresponde à violação das regras que se “destinam a evitar perigos ou a violação de interesses”<sup>137</sup>.

Independentemente do critério que se aceite para distinguir entre direito público e direito privado, o Direito Penal será o “direito público por excelência” como refere TAIPA DE CARVALHO.

Concordamos com esta expressão, pois, segundo o critério dos interesses, temos um direito que é verdadeiramente público, prosseguindo o interesse da comunidade, criando uma relação de subordinação necessária, tendo em conta que será necessário que uma

---

<sup>135</sup> MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito penal*, Lisboa, 1939, p.34-35

<sup>136</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, 3ª edição, Almedina, 2008, p.189

<sup>137</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973, p.54

autoridade específica tenha poderes para aplicar um determinado tipo de restrições às liberdades e direitos dos indivíduos.

Uma noção central para a questão dos fins mediatos das penas e que merece desenvolvimento é a de bem jurídico-penal.

ROXIN entende que o fim do Direito Penal “só pode derivar do Estado e só pode consistir em garantir a vida em comum de todos os cidadãos sem que seja posta em perigo”. E para concretizar esta vida em comum são necessários os bens jurídicos, como “condições valiosas” ou “pressupostos imprescindíveis”<sup>138</sup>.

TAIPA DE CARVALHO entende que o conceito de bem jurídico deve obedecer a um critério ético-social, ou seja, “é na consciência ético-social de uma comunidade historicamente situada num determinado tempo e espaço (...) que se há-de buscar a referência para a definição do bem jurídico-penal e para a determinação das condutas criminalizáveis”. É num determinado contexto que devemos procurar os valores ou bens jurídicos essenciais que, por serem fundamentais, devem ser protegidos pelo Direito Penal, tendo como consequência necessária a aplicação de penas<sup>139</sup>.

Para este autor, este será o critério válido mas falha por ser um critério “bastante vago e difuso”. Assim, resta procurar a sua concretização na Constituição, o que encontramos nos artigos 1º, 17º e 18º n.º 2 da Constituição Portuguesa<sup>140</sup>.

O artigo 18º n.º 2 da CRP determina o regime da restrição dos direitos, liberdades e garantias, no qual encontramos “o critério jurídico-constitucional da definição material do bem jurídico-penal”, pois a pena, que se aplica a uma conduta que lesou bens jurídicos com dignidade constitucional, traduz-se na restrição de direitos fundamentais<sup>141</sup>. Ou seja, não só temos que estar perante uma conduta que afectou negativamente um bem ou valor com dignidade constitucional, mas há também que estar justificada a necessidade de protecção penal.

Para AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, o Direito Penal tem a “função de tutela dos bens jurídicos fundamentais”, os quais ele define como sendo “os valores individuais e comunitários essenciais à realização pessoal e à convivência social”. Assim, as

---

<sup>138</sup> CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.345

<sup>139</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.47-48

<sup>140</sup> IDEM, p.49-51

<sup>141</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.52-53

consequências do crime “traduzem-se na privação ou restrição também de direitos fundamentais, nomeadamente, a liberdade”<sup>142</sup>.

Para FARIA DA COSTA, “a função do Direito penal é a de proteger bens jurídicos”, sendo-lhe complementar outras funções como, por exemplo, a segurança. Faz parte da tarefa do Estado controlar a prática de crimes que, do ponto de vista meramente sociológico, se podem considerar comportamentos desviantes de um padrão estabelecido<sup>143</sup>.

Também para CAVALEIRO DE FERREIRA, o Direito Penal será aquele que “incrimina e pune as violações culpáveis de bens ou interesses jurídicos de relevante significado para a existência e progresso da vida social”<sup>144</sup>.

Para FIGUEIREDO DIAS, sendo a função do Direito Penal proteger bens jurídico-penais, define bem jurídico como “um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”<sup>145</sup>

Parece-nos que os bens jurídico-penais têm de ser necessariamente bens consagrados no texto constitucional, pois é neste diploma que se encontram os bens ou valores jurídicos essenciais de uma comunidade, devendo os mesmos corresponder àqueles tutelados pelo Direito Penal. A sua importância e valor deve corresponder ao seu nível de protecção e à gravidade das sanções daqueles que não os respeitam.

Por isso, ROXIN entende que o objecto do Direito Penal é a “protecção subsidiária de bens jurídicos”,<sup>146</sup> no sentido de protecção com consequências mais gravosas.

## 2.2 Fins imediatos

Quanto aos fins imediatos das penas, o problema resume-se na seguinte questão: “Com que fim se pune quem cometeu uma infracção criminal?”<sup>147</sup>.

Existem três teorias principais sobre os fins das penas: a teoria retributiva, a teoria preventiva geral e teoria preventiva especial. A partir destas têm sido elaboradas várias teorias mistas, que tentam conjugar pelo menos duas destas três teorias.

---

<sup>142</sup> IDEM, p.44

<sup>143</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito penal*, Coimbra Editora, 2007, p.22-28

<sup>144</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português*, vol. I, Editorial Verbo, 1981, p.80

<sup>145</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.109-110

<sup>146</sup> CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997, p.51

<sup>147</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.54

### 2.2.1 Teoria retributiva

Num primeiro momento surgiram as teorias absolutas (também designadas pela doutrina alemã por teorias retributivas), que consideram que a pena é a compensação do mal do crime<sup>148</sup>, sendo nisto que a sua essência se esgota<sup>149</sup>, ainda que “desvinculada” do seu fim social<sup>150</sup>. Mais do que isso, “a pênã é em si um fim” nas palavras de BELEZA DOS SANTOS<sup>151</sup>. De acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA, para KANT, um dos primeiros autores a desenvolver esta teoria, a pena não teria nenhuma finalidade, o que não respeitaria a dignidade da pessoa humana, pois estar-se-á a restringir a liberdade de alguém sem qualquer fundamento ou finalidade.<sup>152</sup>

Esta teoria é frequentemente ligada ao período da Idade média e à concepção cristã de que o mal deveria ser castigado. Aliás, foi KANT que a concebeu com uma forte ênfase moral e ética, sendo a pena uma retribuição justa do crime, tendo em conta a gravidade do ilícito e a gravidade da culpa<sup>153</sup>. Teoria que tem sido alvo de muitas críticas, pois este mesmo autor coloca a pena e o crime numa situação de equivalência, devendo o mal do crime ser retribuído, na mesma medida, através do mal da pena. HEGEL, por outro lado, vem dar à teoria absoluta uma perspectiva jurídica, defendendo que a pena é uma retribuição pelo crime como “negação do direito”, ou, por outras palavras, o crime é a negação do exercício de liberdades e direitos tutelados pelo direito, sendo este, por sua vez, a “realização da vontade racional”<sup>154</sup>. Assim, a pena é a “negação da negação”, levando à “reafirmação da intangibilidade do Direito”<sup>155</sup>.

Para BELEZA DOS SANTOS, como também para outros autores, a ideia de retribuição é “insustentável”<sup>156</sup>.

Uma crítica que tem sido feita à teoria retributiva prende-se com a forte influência que sofreu da moral e religião cristã. Para muitos críticos, esta influência determina que o Estado promova, no âmbito da sua função punitiva, esta mesma moral e ética cristã,

---

<sup>148</sup> ROXIN afirma que é uma “corrente de tradição cristã” em CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.336

<sup>149</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.43

<sup>150</sup> O que leva Roxin a argumentar que esta teoria não pode reparar os danos causados na sociedade, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997, p.82-84

<sup>151</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920, p.20

<sup>152</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume III, Editorial Verbo, 1999, p.41

<sup>153</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.56

<sup>154</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920, p.21

<sup>155</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.56

<sup>156</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920, p.47

aquilo a que MARIA FERNANDA PALMA oferece a designação de “culpa ética”<sup>157</sup>. Mas não cabe ao Estado punir em função de uma moral, ética ou religião.

Em segundo lugar, uma das críticas de GERMANO MARQUES DA SILVA é a de que “o mal do crime não pode reparar-se materialmente, mas apenas simbolicamente”<sup>158</sup>, ou seja, não há reparação através da compensação equivalente dos males. Mas parece-nos que, independentemente do tipo de pena, nunca poderá haver uma verdadeira e completa reparação material na maior parte dos casos concretos, por isso este argumento não deve ser procedente.

Em terceiro lugar, ROXIN defende que esta teoria passa um “cheque em branco ao legislador”, ao não estabelecer qualquer limite ao legislador quanto ao que pode ou não criminalizar<sup>159</sup>. Parece-nos que esta crítica pode adequar-se tanto a esta teoria como às demais. O legislador tem sempre um determinado espaço para actuar livremente mas os limites essenciais à sua actividade encontram-se expressos na Constituição ou Lei fundamental.

Apesar de as teorias absolutas partirem do pressuposto, sem ponderar outros factores, de que havendo crime haverá sempre pena, elas contribuíram para a formulação dogmática consagrando um princípio essencial do Direito Penal: o princípio da culpa. Neste princípio reside o “mérito irrecusável” da teoria<sup>160</sup>.

A teoria da retribuição justifica a pena com fundamento no princípio da culpa que, por sua vez, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP) e do princípio da necessidade da pena (artigo 18º n.º 2 da CRP).

Para MARIA FERNANDA PALMA, “a pena retributiva só é (...) legítima se for necessária preventivamente” porque não só pretende obter a “pacificação social” como também a “protecção perante o delinquente”<sup>161</sup>.

ROXIN recusa a teoria da retribuição, mesmo reconhecendo que a ideia de reprovação social é importante, pois entende que esta ideia faz parte da necessidade de ressocialização do indivíduo<sup>162</sup>. Mas acaba por reconhecer, ainda que recuse a retribuição, que há um elemento essencial desta teoria que é decisivo: o princípio da

---

<sup>157</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.36

<sup>158</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume III, Editorial Verbo, 1999, p.43

<sup>159</sup> CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.336

<sup>160</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.45

<sup>161</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.41

<sup>162</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997, p.98 a 99

culpa, declarando que este tem “uma função liberal absolutamente independente de toda a retribuição”<sup>163</sup>.

Para FIGUEIREDO DIAS, esta teoria não pode ser aceite como teoria dos fins das penas, precisamente porque ela concebe a pena como independente dos fins<sup>164</sup>. Acrescenta que é uma teoria inadequada à “legitimação, à fundamentação e ao sentido de intervenção penal”, pois a pena tem que ter uma finalidade, a qual defende ser a defesa e protecção de bens jurídicos<sup>165</sup>.

Parece-nos que a doutrina se divide entre aqueles que consideram que a pena retributiva tem como finalidade retribuir o mal do crime e aqueles que consideram que a pena é um fim em si mesma. Mas cremos que a pena deve ter sempre uma finalidade, sendo esta retribuir o mal causado pelo facto ilícito.

### 2.2.2 Teorias preventivas

Em segundo lugar, as teorias relativas ou preventivas têm duas vertentes: geral e especial.

Para as teorias preventivas, a pena é um meio para atingir um fim, ou seja, aplica-se a pena para se prevenir a prática de novos crimes. São as teorias da “prevenção da reincidência”<sup>166</sup>.

Especialmente com as ideias renascentistas, as teorias preventivas surgem com forças renovadas, opondo-se às teorias retributivas que tiveram o seu auge na Idade Média.

ROXIN defende que os fins preventivos devem ser prosseguidos em conjunto, essencialmente porque as normas penais tendem a proteger a liberdade individual e a ordem social. Só existe conflito entre os fins preventivos gerais e especiais quanto à determinação da medida da pena<sup>167</sup>.

A prevenção geral “justifica a pena pela intimidação dos cidadãos relativamente à violação da lei penal”<sup>168</sup>. Segundo MARIA FERNANDA PALMA, esta teoria fortalece determinados valores e juízos no ideário da sociedade e transmite-lhe um sentimento de intimidação que surge precisamente da possibilidade de aplicação das penas.

---

<sup>163</sup> IDEM, p.99 a 100

<sup>164</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.45

<sup>165</sup> IDEM, p.46

<sup>166</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.52

<sup>167</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997, p.95 e 96

<sup>168</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.37

Muito resumidamente, nas palavras de BELEZA DOS SANTOS, “a pena é uma ameaça geral”<sup>169</sup>. Na sua vertente positiva, a pena é vista como o instrumento que reforça a confiança da comunidade na eficácia das normas de protecção dos bens jurídicos. Por outro lado, na sua vertente negativa, a pena pode ainda ser vista como o instrumento escolhido pelo Estado para dissuadir o indivíduo de praticar actos que ofendam as normas que protegem os bens jurídicos, em virtude do sofrimento que provoca<sup>170</sup>.

As principais críticas de ROXIN a esta teoria são, em primeiro lugar, que cada crime é “uma prova contra a eficácia da prevenção geral” e, em segundo, que não é aceitável que se imponha um mal a alguém para que tal exerça um poder dissuasor sobre todos os outros<sup>171</sup>.

Uma das principais críticas a esta teoria é a de que ela instrumentaliza o indivíduo, ou seja, a prevenção geral tem como base uma finalidade social que não pode ser o fundamento e critério para a aplicação e medida da pena, porque acabaria por pôr em causa a dignidade da pessoa humana, restringindo-se a liberdade do indivíduo em prol da vontade soberana e discricionária da comunidade. FIGUEIREDO DIAS defende que esta crítica não tem qualquer fundamento pois, para vivermos em sociedade, cada um deve estar disposto a abdicar dos direitos que lhe são conferidos em nome da sua dignidade<sup>172</sup>.

A teoria da prevenção especial “considera que o fim das penas é a intervenção sobre o cidadão delincente, através da coacção psicológica, inibindo-o da prática de crimes ou eliminando nele a disposição para delinquir”<sup>173</sup>. Esta é uma teoria que determina que a finalidade da pena não é prevenir a repetição do crime somente através da recuperação do indivíduo, como também através da intimidação<sup>174</sup>.

Na sua vertente negativa, a prevenção especial pretende prevenir a repetição do crime através da intimidação. Na sua vertente positiva, a teoria sustém a necessidade de combater a repetição do crime através da ressocialização, fornecendo ao indivíduo as condições necessárias para que tal não aconteça<sup>175</sup>. Se queremos que o sistema penal seja eficaz, ou seja, tutele eficazmente os nossos direitos e liberdades, temos que, ao

---

<sup>169</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920, p.24-25

<sup>170</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.48 e 49

<sup>171</sup> CLAUD ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.342

<sup>172</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.47, 48 e 51

<sup>173</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.38

<sup>174</sup> Também BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920, p.25

<sup>175</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.52 e 53

mesmo tempo, disponibilizarmo-nos à sua restrição quando violamos essas mesmas normas de protecção.

Uma das críticas principais a esta teoria (o seu “calcanhar de Aquiles”<sup>176</sup>) baseia-se no facto de que não será aplicada uma pena se não chegar a haver perigo de repetição<sup>177</sup>. Inversamente, o autor de determinados crimes, ainda que de menor gravidade, poderia ser condenado à pena máxima dentro da moldura penal ou ser mantido preso durante o tempo necessário à sua ressocialização<sup>178</sup> se o tribunal, ponderando os factos, entender existir perigo de reincidência.

ROXIN também critica esta teoria, por ausência de limites ao poder punitivo do Estado, justificando que todos necessitam de ser corrigidos<sup>179</sup>. Mas parece-nos que nem todo aquele que necessita de correcção deve ser corrigido através de uma pena. Visto o Estado não poder guiar-se pelos valores de uma religião ou moral para saber o que deve criminalizar ou não, esta questão dos limites do Estado ou do legislador penal só pode encontrar resposta na Constituição.

SOUSA E BRITO vem acrescentar outra crítica, no nosso entender, muito pertinente. Segundo esta teoria a pena seria determinada segundo tipos de criminoso, nomeadamente se será reincidente ou não, e não segundo tipos de factos<sup>180</sup>.

Assim, parece-nos lógico que MARIA FERNANDA PALMA considere que o princípio da necessidade da pena consagrado no artigo 18º n.º 2 da CRP seja posto em causa pela prevenção especial, “na medida em que é discutível que justifique a criminalização de condutas”<sup>181</sup>. Se foi praticado determinado tipo de ilícito mas não há qualquer perigo de reincidência, assim, ainda que haja crime, não há pena.

### 2.2.3 Teorias mistas ou unificadoras

Para além destas teorias, existem as teorias designadas mistas que tentam harmonizar as teorias absolutas com as teorias relativas, entendendo que as penas têm dois fins e não são necessariamente opostos. MERKEL, entre outros autores, defende que “para a pên

---

<sup>176</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997, p.89

<sup>177</sup> Um destes autores é CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.340

<sup>178</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997, p.88

<sup>179</sup> CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.339

<sup>180</sup> JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in *Problemas Fundamentais de Direito penal. Colóquio Internacional de Direito penal em Homenagem a Claus Roxin*, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, pp. 166

<sup>181</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.38

realizar os seus fins não basta que seja útil, é necessário que se harmonize com a concepção de justiça do ambiente social em que se verifica”<sup>182</sup>.

Outros autores, como LISZT, defendem que o direito tem como objectivo proteger interesses jurídicos, tendo a pena uma função preventiva geral (restabelecendo a ordem social e inculcando uma ordem de valores) e ainda uma função preventiva especial (impedindo que o indivíduo em concreto volte a cometer novo crime ou afastando-o da sociedade)<sup>183</sup>.

ROXIN analisa estas teorias de outra perspectiva. Para este autor, a questão não é escolher a teoria eleita entre as várias teorias dos fins das penas, mas sim procurar os princípios gerais que deverão orientar o Estado no âmbito do Direito Penal. Assim, entende que, no âmbito do Direito Penal, o Estado tem três esferas de actividade e cada uma necessita de uma justificação diferente. Numa primeira fase, o Direito Penal existe na forma escrita, na qual deve prevalecer a prevenção geral. Numa segunda fase, que será a fase do julgamento, ROXIN atribui à teoria da retribuição um papel fundamental, porque a culpa é necessária na determinação da medida da pena a ser aplicada em concreto. Numa terceira e última fase, a fase da execução da pena, prevalece a ideia de prevenção especial positiva, pois a pena só deve ser admitida se for ressocializadora<sup>184</sup>.

Para ROXIN as penas justificam-se pela “necessidade de protecção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos”, sempre respeitando o limite do princípio da culpa, pois este é “um meio imprescindível” para limitar o *ius puniendi* do Estado<sup>185</sup>. Aliás, para este autor “a pena é fixada dentro da medida de culpa e abaixo dela pela prevenção especial, com os limites da prevenção geral mínima, geralmente satisfeita, embora nem sempre, com o limite inferior da medida legal”<sup>186</sup>, ou seja, a culpa será o limite máximo correspondendo ao limite máximo da medida legal, enquanto que a prevenção geral será o limite mínimo correspondente ao limite mínimo da medida legal da pena, dentro desta moldura o juiz decidirá qual a medida da pena a aplicar guiado pelos critérios da prevenção especial.

---

<sup>182</sup> BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920, p.27-28

<sup>183</sup> IDEM, p.25-26

<sup>184</sup> TERESA BELEZA afirma que esta ressocialização não funciona ou funciona mal em TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.340-343; e CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.344

<sup>185</sup> CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.348-355

<sup>186</sup> JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in *Problemas Fundamentais de Direito penal. Colóquio Internacional de Direito penal em Homenagem a Claus Roxin*, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, pp. 159-160

ROXIN propõe-nos, assim, uma teoria mista que combina as principais teorias sobre os fins das penas. Mas FIGUEIREDO DIAS entende que este tipo de “concepção unificadora” é inaceitável como teoria dos fins das penas, simplesmente porque a retribuição não pode fazer parte desta e de qualquer teoria<sup>187</sup>. Porém, FIGUEIREDO DIAS, a propósito das teorias da prevenção integral, ou seja, daquelas que excluem a priori a retribuição para somente aceitarem as teorias preventivas, também as considera inaceitáveis pois, ao recusarem a retribuição, recusam a culpa como limite da medida da pena<sup>188</sup>. Ainda assim, este autor defende que os fins das penas são preventivos, pois a finalidade última do Estado será a de garantir que os cidadãos possam exercer os seus direitos e liberdades sem entraves, assim o seu poder punitivo surge para prevenir os crimes que ofendem determinados bens jurídicos<sup>189</sup>.

Este autor considera que, num primeiro momento, a finalidade das penas será a prevenção geral positiva, prosseguindo o restabelecimento da paz jurídica. É a partir desta moldura que deverá actuar a prevenção especial e não dentro da moldura da culpa. A pena terá a medida necessária para a eficaz ressocialização do indivíduo, só no caso de esta não ser uma necessidade calcular-se-á a medida da pena para que esta constitua uma advertência, sendo o seu limite mínimo a exigência de defesa do ordenamento jurídico<sup>190</sup>.

Para FIGUEIREDO DIAS, a culpa é o limite máximo da medida da pena, não sendo fundamento mas sim pressuposto e “limite inultrapassável” até mesmo para exigências preventivas. Assim, a pena justa é aquela que respeita as exigências preventivas e o limite da culpa<sup>191</sup>. Entende deste modo por considerar que esta é a posição do legislador penal expressa no artigo 40º n.º 1 e 2 do Código Penal.

TAIPA DE CARVALHO começa por rejeitar a pena ético-retributiva, já que esta é determinada em função da culpa do agente. Para este autor, o objectivo da pena, enquanto meio de protecção de bens jurídicos, e o critério do legislador e do juiz devem ser a prevenção especial na sua vertente positiva e negativa. A prevenção geral positiva interioriza na consciência da sociedade a importância dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, mas considera “irrealista” considerar que a “dissuasão individual” não

---

<sup>187</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.59

<sup>188</sup> IDEM, p.59 e 60

<sup>189</sup> IDEM, p.75-76

<sup>190</sup> IDEM, p.76-79

<sup>191</sup> IDEM, p.79-81

seja também um dos fins das penas<sup>192</sup>. Assim, TAIPA DE CARVALHO considera que o fim das penas “é a reintegração social do infractor, fim este que tem, como limite mínimo, a eventual necessidade de dissuasão do infractor da prática de futuros crimes”. Ainda assim, é um critério limitado, não só pelo princípio da culpa mas também pelo da prevenção geral: a primeira como limite máximo à medida da pena, e a segunda como limite mínimo da pena<sup>193</sup>.

### 2.3 No Código Penal português

Após vários códigos e alterações legislativas, TAIPA DE CARVALHO conclui que a redacção actual do artigo 40º do CP consagra uma concepção preventivo-ética da pena, isto é, preventiva, na medida em que a pena terá finalidades exclusivamente preventivas, mas ainda assim, ética, na medida em que a culpa somente contribui como pressuposto e limite máximo da pena. Também o artigo 71º n.º 1 do CP prescreve que a determinação da medida da pena seja feita tendo em conta a culpa, mas que também sejam ponderados os seus fins preventivos<sup>194</sup>.

De acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA, a pena é repressiva na sua natureza mas serve várias finalidades que a lei lhe determina, nomeadamente através do artigo 40º do CP: a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, o que corresponde, segundo o autor, a uma “função utilitária”, ou seja, “consiste na protecção dos bens jurídicos, quer mediante a cominação das penas, quer mediante a sua efectiva aplicação aos delinquentes”<sup>195</sup>.

Para JOSÉ DE SOUSA E BRITO, o artigo 40º n.º 1 e 2 do CP não só dispõe que as finalidades das penas e medidas de segurança são a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade quanto à sua aplicação, como também determina expressamente a culpa como um limite à medida da pena. Mas o artigo 72º n.º 1 vem colocar no mesmo plano “os critérios da medida da pena relativos à culpa e os relativos à prevenção”. SOUSA E BRITO defende uma posição idêntica à de ROXIN a respeito dos fins das penas. Aquele autor levanta a questão de saber se “os vários agentes da aplicação de penas nas várias fases dessa aplicação visam igualmente todas as finalidades da pena e se as relacionam e limitam entre si da mesma maneira”, dando a entender que não haverá uma única finalidade da pena e que cada uma terá uma

---

<sup>192</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.63-66

<sup>193</sup> IDEM, p.63-67

<sup>194</sup> IDEM, p.60-61

<sup>195</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume III, Editorial Verbo, 1999, p.45

aplicação diferente consoante a fase do processo. Ainda assim, defende que a culpa, em função da redacção do artigo 40º e do artigo 71º n.º 1, prevalece sobre as outras finalidades da pena. Mas o artigo 72º n.º 2 não contribui para esta tese, entendendo SOUSA E BRITO que vem anular o artigo 71º n.º 1. “Resta-nos, portanto, esquecer o zero dogmático que é o n.º 1 do artigo 71º e reconstruir a dogmática da medida de pena a partir dos princípios.”<sup>196</sup>

SOUSA E BRITO interpreta a culpa como “limite inultrapassável” no artigo 40º n.º 2, tudo o resto implicaria pena sem culpa. O n.º 1 deste artigo sugere, à falta de menção, que os fins das penas não visam a retribuição da culpa. Mas, para este autor, a expressão “em função da culpa” do n.º 1 do artigo 71º significa que a culpa não só é fundamento como limite da culpa e, assim, retribui a culpa “na medida necessária à protecção dos bens jurídicos”<sup>197</sup>.

Logo, o Código Penal actual abrange as três principais teorias sobre os fins das penas: “em sede de prevenção geral diz-se que as penas e as medidas de segurança visam a protecção de bens jurídicos, em sede de prevenção especial diz-se que a reintegração do agente na sociedade é igualmente visada quer pela pena, quer pelas medidas de segurança, e em sede de culpa diz-se que a pena não pode ultrapassar a medida da culpa”<sup>198</sup>. E acrescenta que se partimos do princípio de que devemos medir a pena pela culpa, então concluiremos que este é o conteúdo essencial da retribuição.

Quanto ao limite mínimo da medida da pena, SOUSA E BRITO entende que o seu fundamento serão considerações de prevenção geral, mesmo em casos de atenuação da pena (artigo 73º do CP), com a ressalva de, neste caso, poder limitar a atenuação somente em função da prevenção especial, mesmo que abaixo da medida da culpa<sup>199</sup>.

Conclui este autor que a lógica do Código Penal, determinando a culpa como o limite máximo da medida da pena, leva a que, para calcular a medida da pena dentro e abaixo da medida da culpa, seja considerada a prevenção especial que prevalece sobre a prevenção geral, sendo esta somente considerada em casos excepcionais<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in *Problemas Fundamentais de Direito penal. Colóquio Internacional de Direito penal em Homenagem a Claus Roxin*, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, p. 155 - 158

<sup>197</sup> IDEM, p. 161-162

<sup>198</sup> IDEM, p. 162

<sup>199</sup> JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in *Problemas Fundamentais de Direito penal. Colóquio Internacional de Direito penal em Homenagem a Claus Roxin*, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, p. 170

<sup>200</sup> IDEM, p. 173-175

### 3. Conclusão

Após a apresentação de várias noções doutrinárias e as críticas que se lhes apontam, cabe-nos propor uma definição própria de Direito Penal. Assim, o Direito Penal será o conjunto de normas jurídicas de direito público que determinam não só os factos que deverão ser considerados crimes, como também os seus pressupostos de punibilidade, as penas e medidas de segurança que lhes correspondem, e ainda os seus pressupostos de aplicação e execução<sup>201</sup>.

Em primeiro lugar, é o conjunto de normas jurídicas de direito público. Para determinarmos tal, devemos apoiar-nos no critério dos interesses. A finalidade última do Direito Penal são interesses públicos, como a justiça, a paz jurídica, a segurança, e não interesses privados ou particulares. Não nos parece ser de atender ao critério dos sujeitos, pois estas normas não se destinam somente a entidades públicas mas também aos privados. Também não se aplicará o critério de subordinação, pois, apesar de a aplicação das penas exigir poderes de autoridade por parte das entidades públicas que os determinam e aplicam, este não é um ramo do direito específico para estas entidades. Em segundo lugar, as normas de Direito Penal tipificam os factos considerados como crimes, afinal é um dos elementos ou pressupostos essenciais para a noção de Direito Penal que não poderia deixar de ser mencionado. Em terceiro lugar, as normas devem incluir os pressupostos de punibilidade da pena, pois, ainda que haja preenchimento do tipo de crime, existem outros pressupostos que necessitam de ser preenchidos para que se aplique a pena, como, por exemplo, o dolo, e outros que podem levar à agravação ou atenuação da pena, como o erro sobre a ilicitude. Em quarto lugar, as sanções aplicadas àqueles que praticam um crime devem estar determinadas, sendo as penas e medidas de segurança exclusivas do Direito Penal. Em último lugar, mencionámos os pressupostos de aplicação e execução da pena. Relativamente aos primeiros, referimo-nos essencialmente às normas processuais que orientam a actuação do juiz, autoridades, sujeitos e outros participantes processuais, enquanto por pressupostos de execução devemos entender aquelas normas que regulam a execução da pena já determinada.

Em forma de conclusão do ponto relativo aos fins mediatos das penas ou o fim-último do Direito Penal, também propomos uma outra definição de Direito Penal como o ramo do direito que protege, subsidiariamente, os bens jurídicos constitucionais, de forma a

---

<sup>201</sup> Incluindo, assim, o direito processual penal.

garantir a justiça, a segurança geral, a paz jurídica, e o respeito pelos valores essenciais da comunidade.

Pareceu-nos relevante mencionar a questão dos fins mediatos das penas, precisamente porque está intrinsecamente ligada aos fins do Direito Penal e, por conseguinte, criar uma definição de Direito Penal paralela à primeira, sendo que não a exclui.

Em primeiro lugar, é um ramo do direito que protege o seu objecto de forma subsidiária<sup>202</sup>. É relevante referir que, pela gravidade dos comportamentos ou ofensas previstos (os crimes) que implicam a gravidade das suas sanções específicas (as penas), o Direito Penal é um direito de aplicação subsidiária na medida em que qualquer outro ramo do direito ou qualquer outro tipo de sanção seriam inadequados ou ineficazes para proteger os bens ou valores jurídicos em causa. Tal leva-nos, em segundo lugar, a mencionar o seu objecto de protecção, os bens jurídicos constitucionais. O Direito Penal não protege qualquer bem ou valor jurídico. Muitos autores utilizam a expressão “bens jurídico-penais” para designar aqueles que são bens jurídicos consagrados na Constituição, pois é o seu valor e essencialidade que lhe garantem protecção constitucional, e para aqueles protegidos pelo Direito Penal, sancionando as suas transgressões com sanções altamente gravosas. Assim, em último lugar, concluímos que o objectivo do Direito Penal é garantir o respeito por determinados valores essenciais da comunidade que, por sua vez, garantirão a justiça, segurança e paz jurídica, que são valores essenciais em si mesmos.

Relativamente a tudo aquilo que foi exposto sobre os fins imediatos das penas, decidimos expor neste momento o nosso entendimento sobre este tópico tão discutido.

Em primeiro lugar, não queremos descartar, como muitos têm feito, a contribuição da teoria da retribuição na determinação dos fins da pena e, em última análise, do Direito Penal.

Relativamente à crítica que tem sido feita, por esta teoria ser indissociável da moral e ética cristã, devemos defender que este argumento seria procedente se ainda fosse válido. ROXIN alerta para o facto de que não há uma resposta definitiva para o problema dos fins das penas, pois uma determinada teoria que foi decisiva e adequada para um determinado contexto histórico-social pode não o ser noutra período ou sociedade<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> “no sentido de que só deve ter lugar a incriminação quando meios jurídicos menos gravosos que a sanção penal se revelem insuficientes para assegurar a eficácia do ordenamento jurídico”, nas palavras de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português*, vol. I, Editorial Verbo, 1981, p.80

<sup>203</sup> CLAUD ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84, p.335

Partindo desta lógica, concluímos que as teorias sobre os fins das penas em geral, tal como a teoria da retribuição em particular, têm a capacidade de se adaptar ao contexto histórico e social corrente. Admitindo que na sua origem o Direito Penal e, portanto, a pena estavam ligados à moral e ética cristãs, não significa que a teoria retributiva perde o seu valor ou o seu conteúdo essencial se lhe retirarmos esta influência.

Toda a reacção renascentista contra a teoria retributiva inculcou a ideia de que retribuir um mal com outro mal soa a moralismo ou fundamentalismo religioso. Na verdade, a sociedade tem, em si mesma, um forte sentimento de justiça e reconhece que se alguém afecta negativamente outrem deve ser punido, não necessariamente da mesma maneira, mas retribuindo de uma forma equivalente, ainda que o mal da pena não seja capaz de compensar o mal do crime materialmente.

A teoria retributiva da sociedade medieval considerava que justiça era “olho por olho, dente por dente”. Na sociedade actual, não temos este conceito de justiça mas tal não significa que invalidemos totalmente esta teoria e o seu conteúdo essencial: se alguém ofende determinado bem jurídico, deve ser condenado a uma pena, cujo limite é a culpa do agente.

Como referimos, a teoria retributiva trouxe-nos a ideia da culpa, ideia esta de grande relevância para o Direito Penal. Enquanto ROXIN defende que a culpa é uma função independente da retribuição, parece-nos que não é fácil nem possível separar o princípio da teoria que lhe deu origem. O que se pode propor, como este autor fez, é determinar o momento em que esta teoria pode ser decisiva.

Enquanto as teorias preventivas correm o risco de tornar a aplicação da pena em algo arbitrário, a teoria da retribuição oferece-nos um fundamento e um limite, limite esse que pode ser aplicado às outras teorias. Devemos reconhecer que a teoria da retribuição tem uma importância que vai para além daquilo que os autores normalmente lhe reconhecem ou que lhe negam em absoluto.

Posto isto, devemos esclarecer que, com algumas excepções, concordamos com a doutrina de ROXIN relativamente a este tema. Não nos devemos prender à busca da “teoria eleita” mas determinar em que momentos devemos aproveitar os princípios que estas teorias nos fornecem.

Também SOUSA E BRITO conclui que “qualquer teoria defensável dos fins das penas, sem exceptuar a retributiva, tem que se articular assim com a teoria dos fins do Estado

e, por isso, mesmo quando pretende ser uma teoria unitária e não eclética, tem que incorporar os outros fins das penas e os princípios do Estado de direito.”<sup>204</sup>

Assim, devemos concluir num sentido semelhante ao de ROXIN e SOUSA E BRITO: Num primeiro momento, na fase escrita da lei, o Direito Penal terá uma finalidade preventiva geral, ou seja, para além de dissuadir os indivíduos de praticarem o crime pelo medo da pena, também deve inculcar nas suas mentes os valores ou bens mais importantes a preservar. Numa segunda fase, que será a fase de julgamento ou condenação na pena, teremos que ter em consideração a contribuição das três teorias, ainda que a retribuição seja a que prevaleça. Neste momento, o juiz, no momento de determinação da pena, terá uma moldura penal que lhe fornecerá um mínimo (determinado por considerações preventivas gerais) e um máximo (limitado pela culpa) a aplicar. Dentro dessas limitações, o juiz deverá observar critérios de prevenção especial para calcular a pena definitiva a aplicar. Defendemos que a teoria da retribuição é aquela teoria que prevalece porque a culpa é sempre o “limite inultrapassável”, criando uma fronteira para as exigências preventivas. A culpa não só é o limite, como também é condição essencial para que haja pena, pois sem culpa não há pena. Numa terceira fase, que será a da execução da pena, prevalecerá a prevenção especial mas, ao contrário de ROXIN, não podemos defender que a vertente positiva desta teoria prevalece sobre a negativa. Creio que as duas vertentes deviam actuar em simultâneo, ou seja, a pena deve combater a repetição do crime através da ressocialização mas não nos podemos esquecer da sua dimensão intimidatória. Não é de esperar que a execução de uma pena privativa da liberdade ou outra seja algo de agradável e, de facto, só se for desagradável é que conseguirá prevenir a repetição através da intimidação. Se a finalidade da execução da pena fosse exclusivamente a ressocialização, a pena não seria uma compensação pelo mal/ dano causado pelo crime e, ainda na fase do julgamento, o juiz poderia sentir-se tentado a condenar o criminoso numa pena superior à medida da culpa por considerar que a sua ressocialização não seria eficaz dentro daquela moldura legal.

---

<sup>204</sup> JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in *Problemas Fundamentais de Direito penal. Colóquio Internacional de Direito penal em Homenagem a Claus Roxin*, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, pp. 167



# CAPÍTULO III

## DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

### 1. Evolução histórica

Antes de nos debruçarmos sobre o regime actual do Direito Contra-ordenacional no direito português, devemos mencionar duas figuras: a figura francesa da contravenção e a contra-ordenação como é concebida pelo sistema jurídico alemão.

#### 1.1 Influência francesa: a contravenção

Com o Estado de polícia de inspiração iluminista surgiu uma administração pública representada pelo monarca absoluto com um amplo âmbito de intervenção na esfera social, sendo a violação de ordens da administração, neste momento, consideradas como desobediência e não um ilícito. Após a Revolução Francesa e com o surgimento do Estado de direito e do princípio da legalidade, a interacção entre o cidadão e a administração altera-se, vindo esta a concentrar a sua actividade na “protecção antecipada de perigos indeterminados para a consistência dos direitos subjectivos do cidadão”<sup>205</sup>. Assim, as ofensas a estes bens jurídicos protegidos pela administração foram remetidas para uma figura nova - a contravenção - integrada no Direito Penal francês, cumprindo objectivos de protecção de determinados bens jurídicos e controlo da actuação da administração<sup>206</sup>.

Por conseguinte, o primeiro Código Penal da revolução francesa (1791) consagra uma classificação tripartida das infracções penais no seu artigo 1º, consoante a sua gravidade<sup>207-208</sup>: “crimes”, “délits” e “contraventions”.<sup>209</sup> Desta forma, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, a contravenção passa a ser o “cordão umbilical que liga o Direito

<sup>205</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.145

<sup>206</sup> LOPES DE AZEVEDO entende que, neste momento, há um afastamento entre o Direito penal e o Direito penal administrativo, já que o primeiro pretende proteger direitos subjectivos individuais e o segundo protegia os mesmos mas de uma forma antecipada in TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.31

<sup>207</sup> Por isso, para CAVALEIRO DE FERREIRA, na base desta classificação não teremos qualquer critério qualitativo, mas sim quantitativo in MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, vol. I, 2ª edição, Editorial Verbo, 1986, p.42

<sup>208</sup> Quanto à classificação tripartida de infracções, FARIA DA COSTA entendia que a diferença não se encontra fundada na culpa do agente, mas sim na ilicitude, pois enquanto os crimes são ofensas a direitos fundamentais, as contravenções são ofensas a outros direitos in JOSÉ FARIA DA COSTA, “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. 131

<sup>209</sup> Às quais correspondiam formas de processo diferentes.

administrativo ao Direito penal”, dando origem ao que, mais tarde, se chamaria de Direito Penal Administrativo.<sup>210</sup>

Porém, esta classificação tripartida baseada num critério quantitativo, gerou várias críticas que conduziram a uma classificação bipartida com base num critério qualitativo, excluindo os “délits”.

As contravenções eram previstas em leis avulsas e diplomas regulamentares, nos quais se previam as penas de prisão e de multa para as violações deste tipo de ilícito.

Com o tempo, o número de contravenções cresceu “indevida e incontroladamente”<sup>211</sup>, pois tornou-se prática criminalizar as condutas que violam regulamentos administrativos.

“Repare-se que as contravenções não são, assim, uma consequência do progresso mas antes um índice seguro do próprio progresso.” FARIA DA COSTA, no mesmo sentido que G. TARDE, entende que há uma ligação entre o progresso social e a “capacidade reprodutora” das contravenções. Assim, entende que o direito de ordenação social é “uma área jurídica particularmente sensível às mutações da política social.”<sup>212</sup> Por outro lado, CAVALEIRO DE FERREIRA justifica este crescimento assinalando que o produto das multas transformou-se, muitas vezes, em receita de entidades administrativas, o que levou a que a vantagem económica se sobrepusesse à defesa de bens jurídicos e inculcação de determinados valores na consciência social<sup>213</sup>.

## 1.2 Influência alemã: a contra-ordenação

Nos finais do séc. XVIII e início do séc. XIX, o Estado caracterizava-se pela sua vertente fortemente intervencionista e recorria a “meios repressivo-sancionatórios ao dispor da própria Administração”.<sup>214</sup> Neste contexto, ANSELM FEUERBACH distinguiu o Direito Penal do Direito Penal de polícia<sup>215</sup>, entendendo que o Direito Penal protege determinados direitos essenciais por serem inerentes ao Homem, enquanto o Direito

---

<sup>210</sup> Mas, desde então, a relação entre o Direito penal e o direito administrativo “sofreu mutações substanciais indistiguíveis” in J. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p.137-138

<sup>211</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal Português*, vol. I, Verbo, 1981, p.223

<sup>212</sup> JOSÉ FARIA DA COSTA, “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. 136 e 140

<sup>213</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal Português*, vol. I, Verbo, 1981, p.223

<sup>214</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.80

<sup>215</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.36

Penal de polícia intervém numa esfera distinta, existindo para sancionar acções que ultrapassam os “limites criados pelo Estado”.<sup>216</sup>

Ao longo do séc. XIX, o Direito Penal de polícia foi desvanecendo à medida que ia surgindo o Direito Penal Administrativo com a classificação tripartida entre crimes, delitos e contravenções no Código Penal. Ainda assim, o Direito Penal distinguia-se do Direito Penal Administrativo, visto que este “resulta da projecção da actividade da Administração sobre os indivíduos”<sup>217</sup>.

No início do séc. XX, com um novo contexto social, económico e político nos países europeus, havia um maior apelo por mais serviços prestados pelo Estado. Sendo assim, foi com o Estado de Direito Social que os países europeus em busca do bem-estar geral se viram confrontados com a diminuição das garantias dos cidadãos e com “uma crescente criminalização das infracções de carácter amoral”<sup>218</sup>. Neste contexto, JAMES GOLDSCHMIDT estabelece uma contraposição entre o Direito Penal e o Direito Penal Administrativo. Para tal chega a utilizar expressões diferentes consoante se refere à ilicitude no Direito Penal (antijuridicidade) e à ilicitude no Direito Penal Administrativo (antiadministratividade). Para GOLDSCHMIDT, o Direito Penal Administrativo é um “pseudo-direito”, sendo na sua essência “pura Administração”<sup>219</sup>. Para este autor, o critério que distingue o Direito Penal é a lesão de um bem jurídico, enquanto o Direito Penal Administrativo dependia dos bens a proteger pela administração ou dos seus interesses. GOLDSCHMIDT define o Direito Penal Administrativo como “o conjunto de preceitos através dos quais a Administração do Estado, a que se confiou a promoção do bem público ou estadual, prescreve, dentro da esfera de autorização jurídico-estadual, na forma de preceitos jurídicos, uma pena como sanção administrativa para a contravenção de um preceito administrativo típico”<sup>220</sup>. Defende COSTA ANDRADE que “enquanto o Direito penal tem o seu fundamento na lei, como manifestação da vontade geral, o

---

<sup>216</sup> De acordo com a definição para medidas de polícia do artigo 2º n.º4 do Código Penal da Baviera de 1813, da autoria de ANSELM FEUERBACH, estas são: “acções ou omissões que em si e por si não lesam direitos do Estado ou de um súbdito mas que são impostas ou proibidas sob a cominação de uma pena por causa do perigo para a segurança e a ordem jurídica” in MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.84

<sup>217</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.87

<sup>218</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.32 e 33

<sup>219</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.87

<sup>220</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.88

Direito penal administrativo radica na vontade especial do Estado”<sup>221</sup>. WOLF, outro autor deste período, entende que o Direito Penal Administrativo “em sentido material é direito administrativo, mas em sentido formal é Direito penal”, sendo por isso, neste plano, “autêntico Direito penal”, nomeadamente porque entende que as sanções deste ramo do direito são penas (ainda que administrativas)<sup>222</sup>. No mesmo sentido que GOLDSCHMIDT, WOLF defende que o que distingue o Direito Penal do Direito Penal Administrativo é “a especificidade dos seus bens jurídicos e o princípio de valoração dos danos”, noutras palavras, a diferença é qualitativa “numa mera diferença gradativa, entre lesão ou perigo de direitos”<sup>223</sup>.

COSTA ANDRADE explica que, ao contrário do Direito Penal, o Direito Penal Administrativo tem um cariz “dinâmico-progressivo”, precisamente por, no entender de WOLF, os seus danos específicos serem “danos estaduais ou sociais, invariavelmente de dimensão reduzida”<sup>224</sup>.

A partir dos anos 30 do séc.XX, surgiu o Direito Penal da ordem (Ordnungsstrafrecht), autónomo do Direito Penal e exclusivo para matérias económicas. Com este novo direito sancionatório, as condutas consideradas ilícitas, ainda que eticamente indiferentes, eram sancionadas por sanções aplicadas por autoridades administrativas, assim estava no âmbito dos poderes da administração iniciar o processo. COSTA ANDRADE defende que este novo direito vem superar problemas importantes, designadamente, confrontado com o princípio de separação de poderes, não caberia à administração aplicar verdadeiras sanções penais. Assim, a solução encontrada seria a distinção qualitativa entre a pena e a sanção administrativa, solução esta consagrada na Lei penal económica (Gesetz zur Vereinfachung Wirtschaftsstrafrechts), de 26 de Julho de 1949, que contrapõe crimes e contra-ordenações, para a qual EBERHARD SCHMIDT contribuiu <sup>225</sup>.

SCHMIDT propõe uma distinção qualitativa entre crime e contra-ordenação pela sua ilicitude, isto é, enquanto o crime é a agressão a bens jurídicos, as contra-ordenações não pressupõem a lesão de bens jurídicos, quanto muito seriam sanção aplicável a lesão

---

<sup>221</sup> IDEM

<sup>222</sup> IDEM, p.90

<sup>223</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.37

<sup>224</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.91

<sup>225</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.92 e 93

nos interesses da administração. A este critério objectivo acrescenta um critério subjectivo referente ao comportamento do agente, já que o crime se traduz numa “inimizade” para com o direito, enquanto a contra-ordenação se traduz na “desobediência a imposições ou proibições eticamente indiferentes”. Assim, a pena tem uma finalidade expiatória e ressocializadora mas a sanção da contra-ordenação “não passa de uma medida de coerção administrativa-disciplinar”, faltando-lhe “toda a ideia de expiação”<sup>226</sup>.

Mas EBERHARD SCHMIDT é inovador ao distinguir crime e contra-ordenação, rompendo “de forma irreversível a unidade conceitual do Direito penal Administrativo”. Com a lei de 1949 surgiu a figura da contra-ordenação que evoluiu para a primeira lei-quadro das contra-ordenações, a Gesetz über Ordnungswidrigkeiten de 1952 (de 25 de Março), deixando assim a exclusividade do direito económico para abranger outras áreas de intervenção administrativa<sup>227</sup>.

Com a entrada em vigor desta lei e deste novo regime na Alemanha, EBERHARD SCHMIDT defendeu que a mesma teria três objectivos: retirar-se do Direito Penal para o Direito Administrativo um indeterminado número de infracções de “nula ou duvidosa relevância ético-social”<sup>228</sup>; estas infracções seriam punidas com “advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas”<sup>229</sup> de carácter dissuasor aplicadas por entidades administrativas; e o processo distinto permite que as sanções sejam aplicadas por entidades administrativas<sup>230</sup>.

Com a reforma penal da República Federal Alemã em 1975, desapareceu a figura da contravenção (übertretungen). Tendo sido extintas, as contravenções existentes foram convertidas em crimes ou contra-ordenações<sup>231</sup>. LOPES DE AZEVEDO defende que este passo de conversão teve um efeito prático indesejado para SCHMIDT, visto que este, de

---

<sup>226</sup> IDEM, p.94 e 95

<sup>227</sup> IDEM, p.95 e 96

<sup>228</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.147 e também MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.74

<sup>229</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p.141-142

<sup>230</sup> E “mais uma vez, assistiu-se a um afastamento entre o Direito penal e o Direito penal administrativo”, segundo TIAGO LOPES DE AZEVEDO in *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.34

<sup>231</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.96

forma a retirar o ilícito administrativo do âmbito do Direito Penal, acabou por incluir no Direito Contra-ordenacional “infrações do âmbito da pequena criminalidade”<sup>232</sup>.

Foi este modelo alemão que acabou por influenciar outros sistemas jurídicos como o italiano, suíço, austríaco e o português.

### 1.3 Lei “sui generis”

O primeiro Código Penal português (1852) consagrou uma divisão bipartida das infracções penais<sup>233</sup>, o que gerou várias críticas e, por conseguinte, várias alterações, o que determinou que o código seguinte (1886) fosse praticamente uma consolidação das várias versões do código anterior<sup>234</sup>. Assim, no sistema jurídico português nunca se consagrou uma divisão tripartida, mantendo-se sempre uma distinção somente entre dois tipos de ilícito penal: o crime e a contravenção<sup>235</sup>.

O Código de 1852 prevê no artigo 3º uma definição de contravenção, idêntica àquela que se preservou no artigo 3º do Código Penal de 1886: “Considera-se contravenção o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observação das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica”, o que criou a “indesejável confusão entre o ilícito criminal administrativo e o de justiça”<sup>236</sup>. De acordo com os artigos 487º a 489º deste código (artigo 484º a 486º no código de 1886), as contravenções eram julgadas nos tribunais judiciais, tendo o Ministério Público a competência para “apresentar acusação das contravenções”.<sup>237</sup> Na década de 80 do séc. XX, MAIA GONÇALVES defendeu que estas são “infrações de diminuta gravidade ética” e, por isso, foram “expurgadas” dos códigos penais de vários sistemas jurídicos europeus, por merecer tratamento independente como ilícito administrativo<sup>238</sup>. Esta formulação distingue-se por punir mesmo que não haja dolo, ao contrário das penas, o que se justifica com a “necessidade

---

<sup>232</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.35

<sup>233</sup> De acordo com CAVALEIRO DE FERREIRA, na classificação bipartida, o nosso código penal adoptou um critério qualitativo. Ao contrário, o critério quantitativo pode basear-se na gravidade das condutas ou ainda na forma processual, negando, de qualquer das formas, a diferença material ou conceitual dos dois tipos de infracções. In CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, 2ª edição, Lisboa, 1945, p.162

<sup>234</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.52 e 53

<sup>235</sup> Consoante os artigos 1º e 3º dos CP de 1852 e do CP de 1886.

<sup>236</sup> M. MAIA GONÇALVES, *Código penal português: na doutrina e na jurisprudência*, 5ª edição, Almedina, 1980, anotação ao artigo 3º, p.28

<sup>237</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.56

<sup>238</sup> M. MAIA GONÇALVES, *Código penal português: na doutrina e na jurisprudência*, 5ª edição, Almedina, 1980, anotação ao artigo 3º, p.28

de evitar fugas fáceis com base na falta de consciência da ilicitude”, já que não há juízo ético sobre a conduta<sup>239</sup>.

Desta definição dos códigos penais de 1852 e 1886 GERMANO MARQUES DA SILVA conclui que a contravenção se dirige a danos abstractos, ou seja, “à possibilidade de a actividade empreendida ou omitida ser causadora de perigos eventuais e porventura indeterminados quanto a bens jurídicos de diversa natureza”. Não depende, portanto, da concretização de um perigo ou dano<sup>240</sup>.

TERESA PIZARRO BELEZA defende que a contravenção é a violação de normas que “pretendem obter certos fins administrativos e em relação à violação das quais não se põe o problema de censura de uma vontade má ou deficiente, e a partir dessa definição o nosso sistema jurídico consagra diferenças efectivas de regime entre os crimes e as contravenções.”<sup>241</sup> Assim, esta autora distingue crime de contravenção de várias formas: em primeiro lugar, a contravenção não implica um juízo de censura ou ético, ao contrário do crime; por outro, a incriminação de condutas é uma forma de protecção directa dos bens jurídicos, enquanto a contravenção é uma protecção indirecta dos bens jurídicos<sup>242</sup>.

A partir da Primeira Guerra Mundial e com o contínuo crescimento do âmbito de intervenção do Estado na vida da sociedade nasce uma “crise”<sup>243</sup> entre o Direito Penal tradicional e o Direito Penal Administrativo.

Ainda antes da aprovação do diploma que criaria a figura da contra-ordenação, já EDUARDO CORREIA reagia contra o “uso indiscriminado das penas criminais”, para o qual contribuía a figura das contravenções que, ao fazer parte do ilícito penal, contribuía para a “desentronização de uma justiça penal (...) alargando-o e hipertrofiando-o”<sup>244</sup>.

O Estado social, de carácter intervencionista, veio impor a sua influência em vários domínios da vida social, o que se traduziu em diplomas legislativos e regulamentos da administração pública e, por sua vez, criou a necessidade de os impor aos cidadãos e cominar o seu incumprimento ou violação com sanções aplicáveis por autoridades administrativas<sup>245</sup>.

---

<sup>239</sup> IDEM, p.31

<sup>240</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, “Contravenções” in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. I, 2ª edição, Verbo, 2005, p.1295

<sup>241</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.127

<sup>242</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.122

<sup>243</sup> Expressão de J. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p.139

<sup>244</sup> EDUARDO CORREIA, “Direito penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º 49, 1973, p.257-259

<sup>245</sup> IDEM, p.259

Com o aumento dos tipos de ilícito criminal aumentaram os processos em tribunal, pelo que se demonstrou indispensável arranjar alternativas para as “bagatelas”<sup>246-247</sup>.

Com o aparecimento de fenómenos como a criminalidade organizada e a criminalidade económica grave, formou-se a consciência de que “o Direito penal deve, realmente, ser assumido como o último dos recursos da política social e jurídica”. Por outro lado, surgiu um movimento de descriminalização que não aceitava que certas “infracções á ordem social fossem incluídas no Direito penal”<sup>248</sup>.

Em 1962, EDUARDO CORREIA defendeu a ideia de que o modelo de Direito Administrativo alemão seria “adequado” para o Direito penal português “do futuro”<sup>249</sup>.

Assim, a figura da contra-ordenação foi consagrada através do DL n.º 232/79, de 14 de Julho (semelhante ao modelo alemão), na vigência do Código Penal de 1886, que também eliminou a categoria das contravenções puníveis com pena de multa (artigo 1º n.º3) e transformou-as em contra-ordenações por equiparação. Este diploma não previa normas que faziam corresponder determinada conduta à respectiva sanção, simplesmente consagrava os “regimes substantivo e adjectivo gerais do ilícito de mera ordenação social”<sup>250-251</sup>.

Existem três grandes motivos para a publicação do DL n.º 232/79: a) um ordenamento alternativo ao penal, já que este é considerado subsidiário; b) uma sanção adequada ao tipo de ilícito – a coima; c) a aproximação da solução portuguesa aos outros ordenamentos jurídicos europeus<sup>252</sup>.

A este processo de retirada do Direito Penal destas normas de Direito Penal Administrativo, ao qual alguns chamam de descriminalização, NICOLA ASSINI chama de “desadministrativização” do Direito Penal (“de-amministrativizzazione”), por ser necessário manter a essência do Direito Penal e a estrutura típica da norma penal, retirando do Direito Penal aquilo que sempre foi de Direito Administrativo<sup>253</sup>.

---

<sup>246</sup> IDEM, p.261

<sup>247</sup> Ainda assim as penas das contravenções nem sempre eram inferiores às dos crimes in CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, 2ª edição, Lisboa, 1945, p.162

<sup>248</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.124

<sup>249</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p.141-142

<sup>250</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.60

<sup>251</sup> A. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, n.º14, p.293 e MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações” in *Scientia Iuridica*, 1986, p.111

<sup>252</sup> MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações” in *Scientia Iuridica*, 1986, p.66 e 67

<sup>253</sup> NICOLA ASSINI, *L'illecito penale amministrativo – verifica di un sistema*, Cedam – Padova, 1987, p.14 e 15

Porém, foram várias as dúvidas criadas por este diploma legal<sup>254</sup> e, no mesmo ano, o DL n.º 411-A/79 veio revogar o artigo 1º n.º 3 do DL n.º 232/79, ripristinando as normas que diziam respeito à contravenção. No preâmbulo do DL n.º 411-A/79 a revogação do artigo 1º n.º 3 é justificada com “problemas vários de aplicação prática” (referentes à reorganização da administração e adaptação das entidades administrativas) e dúvidas de constitucionalidade. Era discutível a constitucionalidade orgânica do diploma, pois o Governo legislou sobre matéria que pertenciam à reserva absoluta da Assembleia da República (segundo o artigo 167º al.e) da CRP<sup>255</sup>) “havendo quem exigisse a concessão prévia de uma autorização legislativa”<sup>256</sup> (nos termos do artigo 168º da CRP). Para aumentar as dúvidas sobre este decreto, deveria ter-se ainda em conta que o artigo 1º n.º 3 transforma o que era um tipo de ilícito penal noutra tipo de ilícito.

No início, a existência de contravenções e contra-ordenações seria “temporariamente tolerável e em certa medida compreensível”, pois haveria contravenções punidas com pena de prisão que não deveriam ser convertidas, pelo menos imediatamente, em contra-ordenações<sup>257</sup>. Esta convivência entre contravenções e contra-ordenações é considerada por FIGUEIREDO DIAS como “contraditória e sem sentido”<sup>258</sup>, “inadmissível, e mesmo caricata”<sup>259</sup>, faltando ao legislador cumprir a tarefa de decidir quais as contravenções subsistentes que deveria revogar, converter em contra-ordenações ou em crimes. Na prática, as contravenções deveriam acabar por ser absorvidas pelos crimes ou contra-ordenações, em função da sua gravidade<sup>260</sup>.

O DL n.º 232/79 foi revogado e substituído pelo actual DL n.º 433/82 que consagra o novo regime geral do direito de mera ordenação social, apesar de o seu conteúdo ser muito semelhante ao primeiro regime<sup>261-262</sup>.

---

<sup>254</sup> Como a falta de exigência constitucional de uma autorização legislativa da Assembleia da República (TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.60)

<sup>255</sup> “Artigo 167º (Reserva de competência legislativa) É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias: e) Definição dos crimes, penas e medidas de segurança e processo criminal, salvo o disposto na alínea a) do n.º1 do artigo 148º;” in CRP, na redacção do Decreto de 10/04 de 1976.

<sup>256</sup> MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações” in *Scientia Iuridica*, 1986, p.68 e 69

<sup>257</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de estudos judiciais, 1983, p.325 e 326

<sup>258</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p.142-143

<sup>259</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.148 e 149

<sup>260</sup> FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito penal secundário” in *Themis*, ano 3 (2002), n.º5, Almedina, p.92

<sup>261</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.147

<sup>262</sup> LOPES DE AZEVEDO refere a alteração a este diploma através do Decreto-Lei n.º244/95, que reforça a ideia de “coordenação” do direito de ordenação social com o Direito penal e o direito processual penal, o

Tanto no Código Penal de 1982 como no de 1995, ainda em vigor, não se voltaria a mencionar a figura da contravenção. O DL n.º 433/82 revogou e substituiu o regime do DL n.º 232/79 também não fazendo menção a esta figura, pelo que se conclui que durante muitos anos a contravenção e a contra-ordenação conviveram no nosso sistema jurídico<sup>263</sup>. Prova disso é a publicação do Decreto-Lei n.º 17/91, de 10 de Janeiro, que consagra um regime de processamento e julgamento das contravenções e transgressões, reconhecendo no seu preâmbulo que “o programa de substituição das contravenções e transgressões por contra-ordenações, de sua natureza lento, tem de ser ponderado para evitar lesão ou perigo de lesão de relevantes interesses e valores em conjuntura de reconhecido desenvolvimento económico e social”. Até hoje, este diploma não foi revogado, pelo menos não expressamente. Com a Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho, foi publicado o regime de conversão, passando a contravenção a “assumir a natureza da contra-ordenação”.

## **2. Problema da Natureza**

Para determinarmos qual a natureza do Direito Contra-ordenacional precisamos de procurar o critério material que o distingue dos outros ramos do direito e, enquanto o fazemos, precisamos de estabelecer a contraposição com o Direito Penal e Direito Administrativo, dois ramos de direito público que tanta influência têm tido na sua história.

A procura do critério material do Direito Contra-ordenacional que o distingue de todos os outros ramos do direito tem sido longa e infrutífera. No próximo capítulo pretendemos referir os critérios que podem e devem distanciar o Direito Contra-ordenacional de outros ramos: a sanção administrativa, a entidade competente para a aplicar e os fins do Direito Contra-ordenacional.

### **2.1 À procura do critério material**

Devemos começar por referir dois tipos de critérios: o critério formal e o critério material. Por critério formal deve entender-se o critério que nos é dado expressamente

---

que, no entender deste autor, veio “clarificar” esta “aproximação”. TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.62.

<sup>263</sup> Hoje há uma clara separação entre crimes e contra-ordenações, em virtude de descriminalização operada pelo legislador e, por isso, quando falamos de contra-ordenações já não estamos a referir-nos a ilícito penal mas sim o ilícito de mera ordenação social, o qual englobará as condutas que consistiam nas contravenções. (in MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, vol. I, 2ª edição, Editorial Verbo, 1986, p.42-43)

pelo legislador, enquanto por critério material deve entender-se o critério que se retira do conteúdo da lei.

Quanto à procura de um critério distintivo a doutrina tem-lhe dedicado pouca atenção, ainda que haja uma preocupação em encontrar um critério material. É o caso de FARIA DA COSTA para quem é importante descobrir, “independentemente das épocas e contextos económicos, culturais e sociais”, qual o critério material que distingue o Direito Contra-ordenacional dos outros, nomeadamente do Direito Penal<sup>264</sup>.

Por outro lado, alguns autores procuram na lei o critério formal que venha distinguir a contra-ordenação de outros ilícitos, principalmente o crime. No relatório preambular do DL n.º 433/82, o legislador declara o surgimento deste novo tipo de ilícito como alternativo ao recurso ao Direito Penal, fazendo a distinção pela diferente natureza dos bens jurídicos que se protegem e pela sua “desigual ressonância ética”. Ainda assim, no preâmbulo deste decreto-lei, a distinção, “em última instância”, é “necessariamente formal”<sup>265</sup>. O problema coloca-se em o legislador não fornecer este critério formal, dando lugar a especulação.

Com FIGUEIREDO DIAS, poderíamos fazer uma distinção “conceitual-formal” entre crime e contra-ordenação: “se entende que um certo facto deve constituir uma contra-ordenação tem forçosamente de lhe aplicar, como sanção, uma coima”<sup>266</sup>. Este acaba por ser um conceito estrutural que não podemos determinar como errado mas que acarreta todas as limitações inerentes a um conceito que só se prende à estrutura da norma.

Quanto ao critério material, ele pode ser quantitativo ou qualitativo.

Segundo MARIA FERNANDA PALMA, parte da doutrina defende que a distinção entre o Direito Penal e o direito de mera ordenação social será feita a partir de um critério quantitativo, baseado no princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Este critério implica que um comportamento de determinada gravidade seja considerado crime, sendo o ilícito do direito de mera ordenação social de menor gravidade. Para esta autora, este raciocínio levará a que o ilícito de mera ordenação social seja considerado inconstitucional porque não prevê as mesmas garantias que o processo penal tornando inadiável a procura por um critério qualitativo. Esta autora chega à conclusão que, caso

---

<sup>264</sup> JOSÉ FARIA DA COSTA, “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. 140

<sup>265</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, vol. I, 2ª edição, Editorial Verbo, 1986, p.43

<sup>266</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.149 e 150

não se encontre um critério, deve renunciar-se a esta busca ou renunciar ao direito de mera ordenação social por ser inconstitucional<sup>267</sup>.

Com a conversão das contravenções em crimes ou contra-ordenações no direito alemão “Eberhard Schmidt admitiu em 1969 que a «distinção qualitativa entre crimes e contra-ordenações já não [era] reconhecida; apenas se [via] uma distinção quantitativa, cuja fixação em concreto [era] deixada por completo ao critério do legislador»”, pois retirou-se do Direito Penal as infracções administrativas e também as “infracções do âmbito da pequena criminalidade” para as juntar no Direito Contra-ordenacional<sup>268</sup>.

Ainda assim, EBERHARD SCHMIDT propõe dois critérios para a diferenciação qualitativa entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional: o do bem jurídico (os crimes lesam bens jurídicos, enquanto as contra-ordenações correspondem a uma desobediência de interesses específicos das autoridades administrativas) e o da ressonância ético-jurídica (o crime tem ressonância ética, enquanto a contra-ordenação é eticamente neutra)<sup>269</sup>.

Parte da doutrina alemã nega que haja um critério qualitativo para distinguir o crime e a contra-ordenação, porém, na doutrina portuguesa, a maioria tende para a distinção qualitativa<sup>270</sup>.

Apesar da posição já referida que adoptara quanto ao critério quantitativo, FIGUEIREDO DIAS acaba por concluir que o critério material de distinção entre o ilícito penal e o ilícito contra-ordenacional é a sua relevância ética: as condutas contra-ordenacionais são axiológico-socialmente neutras ainda que “divorciadas da proibição legal”, ao contrário das condutas no ilícito penal que são sempre relevantes<sup>271</sup>. Acrescenta ainda que, enquanto o bem jurídico protegido pela lei penal existe sem a proibição da infracção, as contra-ordenações só existem quando a conduta está ligada à lei que a proíbe<sup>272</sup>.

Para MARIA FERNANDA PALMA o Direito Contra-ordenacional é uma “verdadeira manifestação de um Direito Sancionatório Público não penal”<sup>273</sup>. Quando um determinado facto é considerado crime ou, em alternativa, contra-ordenação, tem como consequência a subordinação a diferentes princípios ou os mesmos mas com diferentes

---

<sup>267</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.69-71

<sup>268</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.35

<sup>269</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.98

<sup>270</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.126

<sup>271</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.150

<sup>272</sup> IDEM, p.151

<sup>273</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.66

manifestações de princípios e garantias de Direito Penal, o que, de acordo com esta autora, se explica pelo diferente tipo de sanções e de natureza de ilícito<sup>274</sup>.

Também TAIPA DE CARVALHO defende que a distinção entre os ilícitos é qualitativa, mas recusa a distinção baseada na contraposição de comportamentos axiológico-socialmente ou ético-socialmente relevantes ou indiferentes. Este autor entende que as condutas tipificadas como contra-ordenação não são axiológico-socialmente nem ético-socialmente neutras, estas “são, em si mesmas, socialmente desvaliosas e censuráveis”<sup>275</sup>.

FIGUEIREDO DIAS determina três fundamentos que distinguem o direito de ordenação social do Direito Penal: natureza do ilícito, sanção típica e processo respectivo. Quanto à natureza do ilícito, a distinção é essencialmente material, pois tanto o Direito Penal como o direito de ordenação social tutelam bens jurídicos, mas o Direito Penal tutela bens jurídico-penais. Em segundo lugar, quanto à autonomia da sanção, a coima na sua essência e finalidade distingue-se da pena, pois serve como advertência e tem finalidades preventivas. Quanto ao processo, a sanção é aplicada por autoridades administrativas, não se tratando de uma função materialmente judicial, pois há sempre possibilidade de recurso para tribunais judiciais.<sup>276</sup>

Após observar a variedade de opiniões sobre quais os critérios que devem servir para caracterizar e distinguir o Direito Contra-ordenacional dos outros ramos do direito, temos de chegar à conclusão de que não só é necessário encontrar um critério material como também não bastará um só. O legislador chegou à conclusão de que teria que servir um critério formal, porventura porque não terá encontrado um critério material, mas acabou por não determinar qual era. Resta agora à doutrina continuar a divagar sobre qual será o critério ou critérios materiais.

Na nossa opinião, devemos destacar três critérios, já mencionados anteriormente: o da sanção típica, o dos fins do Direito Contra-ordenacional; e o da entidade competente para aplicar a sanção.

---

<sup>274</sup> IDEM, p.68

<sup>275</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.127

<sup>276</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p.144-153

## 2.2 A sanção

A sanção típica do Direito Contra-ordenacional é a coima. Não só é a sanção característica deste ramo do direito, como também a distancia do Direito Penal e da pena.

Nos próximos pontos, não só faremos referência às características da coima, como também à sua relevância axiológica, sendo que tanto uma como outra vão distanciar a coima da pena. Quanto à finalidade da coima, remete-se para a secção sobre os fins do Direito Contra-ordenacional, pois parece-nos que os fins das coimas estarão profundamente ligados aos fins deste ramo do direito.

Se a natureza da contra-ordenação e, conseqüentemente, do Direito Contra-ordenacional dependessem exclusivamente da natureza da sua sanção, ao determinarmos que esta se distancia por vários motivos do Direito Penal, então teríamos que deixar de incluir o estudo do Direito Contra-ordenacional nas disciplinas da área do Direito Penal. Se a coima não tem natureza penal, também não a tem a contra-ordenação.

### 2.2.1 A coima

No artigo 1º do DL n.º 433/82 consagra-se uma definição de contra-ordenação: “constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”<sup>277</sup>.

A sanção principal do processo contra-ordenacional é a coima, para além das sanções acessórias do artigo 21º do RGCO. Em primeiro lugar, a coima é uma sanção punitiva pois é a consequência da prática de um tipo de ilícito e, em segundo lugar, é uma sanção pecuniária porque se cumpre através do pagamento de quantias em dinheiro.

Estas são duas características que a coima tem em comum com a multa do Direito Penal, por isso cabe distinguir estes dois tipos de sanções<sup>278</sup> começando pelas suas designações: multa é sanção penal, coima é sanção contra-ordenacional. Em segundo e terceiro lugar, a multa tem natureza penal e pode ser convertida em pena de prisão se não for paga (artigo 49º do CP), enquanto a coima não só tem uma natureza diferente

---

<sup>277</sup> Para TAIPA DE CARVALHO esta é uma definição formal, pois “define-se o ilícito pela sanção” in AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.125

<sup>278</sup> LOPES DE AZEVEDO entende que, apesar de na sua origem estar um direito de bagatelas, hoje o ilícito de mera ordenação social afasta-se desta ideia ligada ao Direito penal administrativo, nomeadamente tendo em conta o montante das coimas aplicadas por aquele regime na LQCOA. (TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.64)

como é “absolutamente infungível”<sup>279</sup>, isto é, não pode ser convertida em pena em caso de falta de pagamento, só podendo conduzir a uma execução<sup>280</sup> (artigo 89º do RGCO)<sup>281</sup>. Outro aspecto que diferencia estas sanções pecuniárias é as entidades que as aplicam, sendo as multas aplicadas por um tribunal enquanto as coimas são aplicadas por autoridades administrativas (artigo 33º)<sup>282</sup>.

### 2.2.2 Relevância axiológica

À semelhança da pena, também se pode discutir a relevância ética ou axiológica da coima que está intimamente ligada com a relevância da própria conduta na qual consiste a contra-ordenação.

Apesar de muitos autores não se pronunciarem com profundidade sobre esta questão, reunimos algumas opiniões em três sentidos diferentes: as coimas não têm qualquer relevância ética, são eticamente neutras ou com relevância axiológica.

Em primeiro lugar, somente um autor defende que não há qualquer relevância ética nas condutas do Direito Contra-ordenacional. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA entende que o Direito Contra-ordenacional se refere a um ilícito de natureza diferente do Direito Penal, pois não se fundamenta “num plano ético-jurídico” mas, ainda assim, não descarta completamente a ideia de “censura e advertência social” porque o seu objectivo é a “realização de certos resultados materiais ligados à justiça social e ao bem-estar colectivo” através de normas que prosseguem determinados interesses públicos<sup>283</sup>.

Em segundo lugar, destacam-se dois autores que defendem a neutralidade ou indiferença ética das coimas. Para JOSÉ DE FARIA DA COSTA enquanto a pena tem uma dimensão “ético-jurídica”, a coima terá uma “neutralidade axiológica”.<sup>284</sup> FIGUEIREDO DIAS acrescenta que as condutas contra-ordenacionais são axiológico-social e ético-socialmente irrelevantes, isto é, “não são valoradas negativamente pela sociedade, nem são assumidas como desvaliosas pela consciência ético-social”<sup>285</sup>. FIGUEIREDO DIAS

---

<sup>279</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito penal*, Coimbra Editora, 2007, p.44

<sup>280</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.154 e 155

<sup>281</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.130-132

<sup>282</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.144-45

<sup>283</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol.I, Almedina, Coimbra, 1984, p.80

<sup>284</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito penal*, Coimbra Editora, 2007, p.38

<sup>285</sup> Tal retira às coimas qualquer sentido positivo de prevenção, só podendo ter uma função de “mera advertência ou reprimenda” pela não observância das proibições ou imposições legislativas. O que parece indicar que têm uma finalidade preventiva negativa, geral na medida em que dissuade a violação das normas, e especial na medida em que desencoraja a repetição (AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.130)

utiliza os argumentos de EBERHARD SCHMIDT, penalista alemão, para justificar a autonomia do direito das contra-ordenações face ao Direito Penal: para retirar à competência do Direito Penal várias condutas de conteúdo ético “duvidoso”; para proteger o núcleo essencial do Direito Penal; e ainda para atribuir competência a autoridades administrativas para aplicarem as “medidas sancionatórias de carácter não penal” características deste ramo do direito.<sup>286</sup> Para aquele autor português as condutas do Direito Contra-ordenacional são axiologicamente neutras e, por isso, não podem fazer parte do Direito Penal Administrativo que não só faz parte do Direito Penal como prevê condutas com conteúdo ético<sup>287</sup>.

Em terceiro lugar referimos os autores para os quais as coimas e as contra-ordenações têm relevância no plano ético.

COSTA ANDRADE e FIGUEIREDO DIAS reconhecem às contra-ordenações relevância ética mas não de uma forma plena, ou seja, só lha reconhecem a partir de um determinado momento: quando há proibição.

COSTA ANDRADE não aceita que uma conduta que viola o direito possa ser eticamente neutra, por isso, a distinção entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional reside no facto de as condutas antes de tipificadas no Direito Penal já serem eticamente negativas, ao contrário, no Direito Contra-ordenacional é a proibição normativa que cria a ilicitude<sup>288</sup>.

FIGUEIREDO DIAS defende o conceito formal do artigo 1º, pois considera que é possível delimitar materialmente a fronteira entre os dois ilícitos, mas não com base na ideia de que o ilícito contra-ordenacional é um ilícito eticamente indiferente<sup>289</sup>. Este autor propõe que a “indiferença ética” reside nas condutas e não no tipo de ilícito, isto é, a conduta só se torna axiologicamente relevante quando há proibição legal, pois é a partir daqui que passa a haver um desvalor da conduta<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do Direito penal secundário” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º116, 1983-4, p.331-333

<sup>287</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do Direito penal secundário” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º117, 1984-5, p.12

<sup>288</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.99-102

<sup>289</sup> Na Alemanha predomina a ideia de que a delimitação material dos ilícitos é impossível com base na ideia de que um ilícito é eticamente indiferente.

<sup>290</sup> Mas, ao mesmo tempo, aquela impossibilidade com base naquele raciocínio não leva FIGUEIREDO DIAS a aceitar uma distinção quantitativa. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de estudos judiciais, 1983, p.327 e 328

Outro conjunto de autores defende o valor ético das condutas que constituem as contra-ordenações ainda antes da sua proibição ou tipificação. TAIPA DE CARVALHO não aceita que a distinção entre os dois ilícitos seja feita na medida em que as condutas qualificadas como contra-ordenações sejam axiológico-socialmente neutras, pois seria o mesmo que dizer que o legislador, ao qualificar certos comportamentos como ilícitos de mera ordenação social, está a fazê-lo de forma arbitrária<sup>291</sup>. Esta é a grande crítica que pode ser feita à ideia anteriormente exposta de COSTA ANDRADE e FIGUEIREDO DIAS.

No mesmo sentido, LOPES DE AZEVEDO defende que as condutas contra-ordenacionais não podem ser axiologicamente neutras, afirmando que estas condutas têm relevância axiológica e por isso são censuráveis eticamente. Acrescenta este autor que “as condutas, as atitudes pessoais do agente são censuráveis mesmo antes da proibição legal. Tais censuras são dirigidas à pessoa do agente e à sua atitude interna, não havendo por isso uma pura censura social.”<sup>292</sup>

LOPES DE AZEVEDO conclui que a diferença entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional serão os bens jurídicos protegidos, num caso serão fundamentais e no outro não. No mesmo sentido que JESCHECK<sup>293</sup>, LOPES DE AZEVEDO defende que o Direito Contra-ordenacional protege bens jurídicos “socialmente incorporados como tal”, isto é, são valores sociais com relevância axiológica<sup>294</sup>.

FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO considera que o critério ético (ou qualitativo) é insuficiente para distinguir o ilícito penal e o ilícito contra-ordenacional. Ambos tratam de matérias com “ressonância ética”, por isso será necessário um misto de critérios substantivos com critérios processuais, concluindo que “as contra-ordenações poderiam corresponder a uma ordem técnica de deveres instrumentais, enquanto os crimes ficariam reservados apenas para casos de adequada tutela de bens jurídicos essenciais”<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.119-120

<sup>292</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.281

<sup>293</sup> “Também não é de forma alguma possível considerar as contra-ordenações ético-socialmente indiferentes. O Estado só pode cominar sanções repressivas para uma conduta que, segundo concepções fundamentais da comunidade jurídica, é eticamente reprovável e suscita, por isso, censura” in TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.65

<sup>294</sup> IDEM, p.65 e 66

<sup>295</sup> FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito penal secundário” in *Themis*, ano 3 (2002), n.º5, Almedina, p.94

Ainda num sentido muito distinto, CASTRO E SOUSA entende que as actividades do Estado que têm em vista a promoção do bem-estar social, muitas vezes implicam uma colaboração da parte dos cidadãos e, por isso, são “despidas daquela carga axiológica que caracteriza as normas criminais, por constituírem, tão-só, formas longínquas ou indirectas de realizar os interesses que o Estado social promove”. Assim, é a “negação da actividade colaboradora exigida” que levará a advertências e admoestações por aquela falta que, mesmo que indirectamente, frustrará os objectivos da actividade do Estado, inserindo-se no âmbito de um ilícito administrativo, que é o mesmo que dizer ilícito de mera ordenação social.<sup>296</sup> Assim, CASTRO E SOUSA não nega a existência de carga axiológica, mas simplesmente distingue-a das normas penais.

Na nossa opinião, em primeiro lugar, a relevância ética está relacionada com a sua importância no sistema de valores sociais ou morais de uma sociedade. Foi referido anteriormente que os valores protegidos pelo Direito Penal são bens jurídicos essenciais ou fundamentais de uma comunidade. Ainda que no âmbito do Direito Contra-ordenacional não se possa fazer comparação, parece-nos que na base deste ramo de direito há bens jurídicos que devem ser protegidos ainda que não sejam essenciais e, por isso, a sua violação ou não observância deve acarretar uma desvalorização destes comportamentos, o que implicará, se o legislador o entender, a aplicação de uma sanção.

Tendo em conta que o Direito Penal prevê a pena como sanção mais gravosa para o ilícito, a lei pode prever sanções como a coima para violações de normas que pretendem proteger determinado bem jurídico num grau diferente, isto é, por uma violação menos gravosa. Por exemplo, a proibição de se fazer ruído acima de determinados decibéis, sendo a violação punida com coima, serve para proteger o bem-estar geral, porém não merece ser punido com pena criminal, por isso é objecto de regulamento administrativo. Por outro lado, as condutas na base das contra-ordenações não podem ser consideradas axiologicamente neutras por vários motivos: quer porque quando há ilícito tem que haver desvalor; quer porque não se pode aceitar que haja sanção para algo que não é censurável.

Não aceitamos a tese de que antes da proibição a conduta não tenha um desvalor ético. Essencialmente apoiamo-nos na ideia de TAIPA DE CARVALHO quando defende que tal levaria, na prática, ao arbítrio do legislador quando este determina que condutas devem

---

<sup>296</sup> JOÃO CASTRO E SOUSA, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*, Coimbra Editora, 1985, p.140-141

ser tipificadas como contra-ordenação. É o mesmo problema que persegue o critério formal do crime, pois acabamos por concluir que é necessário determinar qual o critério material que leva o legislador a concluir que uma conduta deve ser criminalizada e outra não.

Concluimos que as condutas contra-ordenacionais têm valor ético e este já existe antes da sua proibição. Se uma determinada conduta que ofende um bem jurídico não tivesse valor ético, não haveria necessidade de a proibir ou sancionar a sua prática.

### **2.3 Fins do Direito Contra-ordenacional**

Tal como se tem discutido no âmbito do Direito Penal os fins das penas, também podemos questionar-nos sobre os fins da sanção do Direito Contra-ordenacional. Começamos por distinguir os fins imediatos dos fins mediatos do Direito Contra-ordenacional, ambos fins das coimas.

Por um lado, os fins imediatos são também referidos como fins-meios porque essencialmente tratam de saber se os fins da sanção são fins retributivos e/ou preventivos. Por outro lado, os fins mediatos são referidos como fins-últimos porque tratam de saber quais são os bens jurídicos a garantir ou a proteger em função dos interesses em causa.

#### **2.3.1 Fins imediatos**

Quanto a saber se a finalidade da coima é retributiva e/ou preventiva, vários autores defendem que não pode ser retributiva. GOLDSCHMIDT retira a finalidade expiatória à coima porque a sua finalidade terá que ser diferente do fim da pena criminal. Este autor defende que a finalidade do Estado é a protecção de determinados bens jurídicos, ao contrário das coimas que serão sanção para a “desobediência” a normas administrativas e que têm na sua base a finalidade da administração, a saber o bem-estar geral<sup>297</sup>.

Também para FIGUEIREDO DIAS esta sanção não tem uma dimensão de retribuição da culpa, pois, ainda que se faça referência à culpa (nomeadamente nos artigos 9º/ 1, 16º/ 2, 18º/ 1 do RGCO), não faz parte da sua definição no artigo 1º n.º 1 mas apenas como “imputação do facto à responsabilidade social” do seu autor<sup>298</sup>, sendo que a coima, ao

---

<sup>297</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.38

<sup>298</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de estudos judiciais, 1983, p.331-333

contrário da pena, não se liga “à personalidade do agente e à sua atitude interna”, mas serve apenas de advertência<sup>299</sup>.

Temos que discordar das teses destes autores. Em primeiro lugar, parece-me que nem sempre devemos estudar a sanção administrativa por oposição à sanção penal e este será um desses casos. GOLDSCHMIDT utiliza o fim mediato para justificar o fim imediato, partindo do princípio de que o fim do Estado é diferente do fim da administração e aquele pressupõe a retribuição, logo, a contrario, a sanção administrativa não poderá ter uma finalidade retributiva. A retribuição não serve, em exclusivo, a protecção de determinados bens jurídicos. A teoria retributiva deverá ir além do Direito Penal e deve-se ponderar a sua aplicação a qualquer ramo de direito sancionatório.

Em segundo lugar, discordamos da doutrina de FIGUEIREDO DIAS que exclui a retribuição da culpa por esta não fazer parte da definição de contra-ordenação. Não podemos ignorar a importância da culpa neste regime jurídico. Podemos não encontrar menção à culpa na definição formal do artigo 1º mas encontramos-a noutros artigos, nomeadamente no artigo 18º n.º 1 que determina a medida da coima em função da culpa, entre outros factores<sup>300</sup>. Aliás, existem limites mínimos e máximos diferentes consoante o ilícito seja praticado com dolo ou negligência, tendo que se provar o elemento subjectivo para que haja sanção.

Concluimos desde já, oferecendo melhor explicação adiante, que não podemos excluir a retribuição. A coima servirá sempre de advertência, no duplo sentido de aviso e de admoestação<sup>301</sup>.

Parece haver consenso sobre a finalidade da coima ser essencialmente preventiva. Segundo ESTEVES DE OLIVEIRA pretende-se que através da ameaça de sanção se obedeça às normas administrativas<sup>302</sup>. Para TIAGO LOPES DE AZEVEDO a sua função será de prevenção negativa, quer de dissuasão geral (prevenção geral negativa), quer dissuasão individual (prevenção especial negativa)<sup>303</sup>. Também FIGUEIREDO DIAS exclui os sentidos positivos de prevenção<sup>304</sup>. TAIPA DE CARVALHO defende tese ligeiramente

---

<sup>299</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.154

<sup>300</sup> Da mesma opinião, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11-03-2009 (Proc. n.º529/08.2TBTMR-C1) relatado pelo Conselheiro Jorge Gonçalves, disponível na íntegra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), determina que o princípio da culpa é um princípio basilar do Direito contra-ordenacional.

<sup>301</sup> Mesmo que se entenda que é só na medida em que exprime “uma censura ou advertência meramente social”, in JOÃO CASTRO E SOUSA, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*, Coimbra Editora, 1985, p.145

<sup>302</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol.I, Almedina, Coimbra, 1984, p.80

<sup>303</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.133

<sup>304</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.154

diferente, começando por excluir a teoria retributiva, afirma que as finalidades das sanções contra-ordenacionais são de prevenção negativa geral e especial, e adicionalmente de aprofundamento destes valores na consciência da comunidade e em particular na do infractor condenado <sup>305</sup>.

Na definição de contravenção que foi adoptada pelo Código Penal de 1852 e pelo de 1886 era bem claro que contravenção era a conduta que violava ou não observava as disposições preventivas das leis e regulamentos. Porém, a definição actual de contra-ordenação afasta-se desta fórmula, não fazendo qualquer menção às “disposições preventivas”. Julgamos que esta diferença de conceitos pode e deve ter impacto na forma como estudamos as finalidades da contra-ordenação.

Para além do distanciamento que deve existir e existe entre o Direito Contra-ordenacional e o Direito Penal Administrativo<sup>306</sup>, o legislador também criou este distanciamento ao criar um conceito formal para a figura da contra-ordenação diferente do conceito da contravenção. Ignoramos se o pensamento do legislador foi criar intencionalmente este distanciamento particular, acabando por não restringir a contra-ordenação somente à protecção de normas preventivas.

Parece-nos defensável que as contra-ordenações e a coima tenham finalidades preventivas e retributivas devido à natureza dos bens jurídicos que protegem. Como explicaremos nos próximos pontos, podemos dizer que o Direito Contra-ordenacional protege dois tipos de interesses ou bens jurídicos: aqueles interesses ou bens jurídicos individuais que não têm dignidade penal e o interesse administrativo em proteger aqueles interesses ou bens jurídicos.

Assim, em primeiro lugar, o Direito Contra-ordenacional terá uma finalidade preventiva, essencialmente negativa, procurando dissuadir o agente e a sociedade em geral da prática da contra-ordenação mas também terá uma finalidade retributiva na medida em que havendo prática do ilícito haverá também a aplicação de uma sanção, pois a conduta praticada feriu o bem que o regime jurídico pretende proteger.

Quando o Direito Contra-ordenacional protege os bens jurídicos individuais (como o bem-estar e a saúde) tem uma função preventiva na medida em que pretende evitar a

---

<sup>305</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, Direito penal – Parte Geral, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.130

<sup>306</sup> O Direito contra-ordenacional não é Direito penal, aquele ramo de direito foi criado precisamente para se distanciar deste, em primeiro lugar, deixando de existir a contravenção que era uma verdadeira sanção penal, para passar a existir uma contra-ordenação que não tem a mesma natureza. Por isso não podemos falar de Direito contra-ordenacional como Direito penal administrativo, pois já não envolve a aplicação de penas. O Direito penal secundário ou o Direito penal administrativo termina onde acabam as contravenções, aquelas sim verdadeiras sanções de Direito penal.

reincidência e uma repetição mais gravosa do mesmo tipo de ilícito ou até uma violação do ilícito penal<sup>307</sup>. Ainda assim, a coima terá uma vertente retributiva como sanção de uma conduta ilícita e que causa danos relevantes a determinado bem jurídico.

Quando o Direito Contra-ordenacional protege o interesse da administração terá uma finalidade essencialmente preventiva na medida em que é do interesse da administração prevenir a violação de outros bens jurídicos. Ainda assim, a coima terá aqui uma finalidade retributiva, não só sancionando numa primeira linha de combate a verdadeira violação que se pretende dissuadir mas também porque consiste numa desobediência a uma autoridade.

### 2.3.2 Fins mediatos

CAVALEIRO DE FERREIRA defende que “os fins administrativos, os interesses da Administração, são sempre interesses mediatos, indirectos, secundários em relação aos interesses imediatos, directos ou primários dos indivíduos ou da colectividade que por meio da função administrativa se pretendem prevenir ou garantir.”<sup>308</sup>

Concordamos com a tese deste autor, pois os interesses ou fins da administração parecem ser sempre “instrumentais” face aos interesses que se pretendem salvaguardar. O grande interesse da administração é o interesse geral.

Ainda com a figura da contra-venção já era possível ter consciência destes dois tipos de interesses. Partindo da análise da definição de contra-venção do artigo 3º do CP de 1886, CAVALEIRO DE FERREIRA conclui que a violação em causa é “a violação do interesse administrativo, quer dizer, do interesse da actividade administrativa na prevenção de outros bens jurídicos ou na prossecução de outros interesses individuais ou colectivos.”<sup>309</sup>

Assim, estaríamos a analisar um ramo do direito cujo objectivo é a protecção dos interesses que vão garantir outros interesses. Até aqui julgamos poder identificar a contra-ordenação com a contra-venção. Desde que relembremos que a função da contra-venção era unicamente preventiva, como está determinado na sua definição, ao contrário da contra-ordenação. Por outro lado, devemos lembrar que há uma diferença

---

<sup>307</sup> Num sentido semelhante, para MARIA FERNANDA PALMA uma conduta que pode ser considerada contra-ordenação, se corresponder à violação de direitos ou interesses de “gravidade menos intensa” e que “não atinjam directamente os bens individuais pertencentes ao núcleo constitucional de bens jurídicos que suportam a dignidade da pessoa humana ou os bens colectivos que fundamentam a conservação e o desenvolvimento da sociedade”. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994, p.72

<sup>308</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, 2ª edição, Lisboa, 1945, p.164

<sup>309</sup> IDEM

entre a lesão do interesse da administração em conservar determinados bens jurídicos e a lesão desses mesmos bens. “Para se verificar uma contravenção basta a violação do interesse administrativo à conservação de outros interesses, sendo indiferente a violação destes: é isso justamente que a nossa lei quer dizer quando declara que a contravenção consiste unicamente na violação das disposições preventivas das leis e regulamentos.”<sup>310</sup>

Mas isto já não se aplicará completamente às contra-ordenações. Em primeiro lugar, as contra-ordenações consistem na violação das disposições que protegem interesses administrativos que, por sua vez, têm interesse em preservar determinados bens jurídicos. Mas, em segundo lugar, há determinadas normas que qualificam como contra-ordenações condutas que violam normas que protegem bens jurídicos.

Para esclarecer esta distinção, oferecemos exemplos dos dois casos.

Um exemplo de uma norma que protege um interesse administrativo em proteger um bem jurídico e, por isso, comina a violação da mesma com uma coima é o caso do artigo 8º do Regulamento Geral do Ruído (Lei n.º 9/2007)<sup>311</sup>. A violação destas disposições é cominada com uma sanção, nos termos do artigo 28º n.º 2 al. a) desta Lei, essencialmente porque é violação de uma norma que garante o interesse administrativo em proteger determinados bens jurídicos. Esta norma estabelece em que situações e condições é necessário elaborar um plano de redução de ruído, não porque sem ele haveria violação de bens jurídicos como a saúde e bem-estar mas porque a entidade administrativa competente entende que é necessário estabelecer determinados limites e condições para que tal violação possa nunca chegar a ocorrer.

Outro exemplo é o do artigo 14º do mesmo Regulamento<sup>312</sup>.

---

<sup>310</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, 2ª edição, Lisboa, 1945, p.166

<sup>311</sup> Artigo 8º (Planos municipais de redução de ruído): “1. As zonas sensíveis ou mistas com ocupação expostas a ruído ambiente exterior que exceda os valores limite fixados no artigo 11.º devem ser objecto de planos municipais de redução de ruído, cuja elaboração é da responsabilidade das câmaras municipais; 2. Os planos municipais de redução de ruído devem ser executados num prazo máximo de dois anos contados a partir da data de entrada em vigor do presente Regulamento, podendo contemplar o faseamento de medidas, considerando prioritárias as referentes a zonas sensíveis ou mistas expostas a ruído ambiente exterior que exceda em mais de 5 dB(A) os valores limite fixados no artigo 11.º; 3. Os planos municipais de redução do ruído vinculam as entidades públicas e os particulares, sendo aprovados pela assembleia municipal, sob proposta da câmara municipal; 4. A gestão dos problemas e efeitos do ruído, incluindo a redução de ruído, em municípios que constituam aglomerações com uma população residente superior a 100000 habitantes e uma densidade populacional superior a 2500 habitantes/km2 é assegurada através de planos de acção, nos termos do Decreto-Lei n.º 146/2006, de 31 de Julho; 5. Na elaboração dos planos municipais de redução de ruído, são consultadas as entidades públicas e privadas que possam vir a ser indicadas como responsáveis pela execução dos planos municipais de redução de ruído.”

<sup>312</sup> Artigo 14º (Actividades ruidosas temporárias): “É proibido o exercício de actividades ruidosas temporárias na proximidade de:

O que está em causa não é propriamente a violação de um interesse administrativo mas a violação de um bem jurídico protegido pelo regime sancionatório das contra-ordenações (e até pela CRP).

Utilizando outros conceitos, podemos referir-nos aos interesses administrativos protegidos pelo Direito Contra-ordenacional como interesses-meio, e aos interesses e bens jurídicos protegidos por estes como interesses-fim, como explicaremos de seguida. A respeito do fim da figura penal de contravenção, CAVALEIRO DE FERREIRA distingue o interesse-meio do interesse-fim: “É a protecção do interesse da função administrativa, como interesse meio, não a protecção dos interesses fins a cuja satisfação esse interesse meio se destina. A ofensa destes ulteriores interesses não importa à noção de contravenção.”<sup>313</sup>

Tal é compreensível relativamente à figura da contravenção, pois consistindo esta numa ofensa exclusivamente a normas preventivas, não lhe interessa a ofensa dos interesses fins que são protegidos pelos interesses da administração ou interesses meio. Porém, o mesmo não acontece com as contra-ordenações.

Assim, de seguida analisaremos ambos os interesses, utilizando as designações de CAVALEIRO DE FERREIRA, mas adaptando-as às particularidades do regime Contra-ordenacional.

#### **a) Interesses-fins**

Partindo daquilo que anteriormente foi referido, cabe explicitar que estes interesses-fins são essencialmente bens jurídicos individuais dignos de protecção, até mesmo, por vezes, constitucional. A título de exemplo, pode mencionar-se a saúde, o ambiente, como também, de uma forma mais genérica, o bem-estar geral da sociedade.

Em geral, estes bens jurídicos são constantes, ou seja, não estão dependentes do contexto económico, social e político porque são fundamentais à sociedade.

Em virtude da sua importância, é plausível sancionar as condutas que os agridem no âmbito do Direito Penal, como ramo do direito que comina com penas as violações mais graves. Porém, há determinadas violações a estes bens jurídicos que não atingem a

---

a) Edifícios de habitação, aos sábados, domingos e feriados e nos dias úteis entre as 20 e as 8 horas;  
b) Escolas, durante o respectivo horário de funcionamento;  
c) Hospitais ou estabelecimentos similares.”

<sup>313</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, 2ª edição, Lisboa, 1945, p.164

gravidade que é exigida pelo Direito Penal, pelo que não devem deixar de ser censuradas pelo ordenamento jurídico<sup>314</sup>.

Por isso, o Direito Contra-ordenacional assume esta função, censurando estas condutas de menor gravidade mas que ofendem bens jurídicos com uma coima, sanção menos gravosa que a pena<sup>315</sup>.

Neste momento, é razoável relembrar que a extinção da figura da contravenção permitiu concluir que há tipos de ilícito que não pertencem ao Direito Penal mas que também devem ser sancionados, ainda que relativamente menos graves. E a figura da contra-ordenação surgiu para suprir esta lacuna, entre outras.

FIGUEIREDO DIAS distinguiu o Direito Penal Administrativo do Direito Penal por aquele “constituir uma linha avançada de defesa deste”, ou seja, enquanto o Direito Penal protege direitos subjectivos determinados, o Direito Penal Administrativo protegia “uma série mais ou menos indeterminada de perigos de violação daqueles direitos”<sup>316</sup>, chegando a afirmar que a contravenção é “o cordão umbilical que liga o direito administrativo ao direito penal”<sup>317</sup>.

Relativamente a esta distinção concordamos com FIGUEIREDO DIAS. Porém, o mesmo não se pode dizer em relação ao Direito Contra-ordenacional. É certo que, mesmo que seja em virtude da Lei n.º 30/2006 (que procede à conversão das contravenções em contra-ordenações), há uma identificação entre as duas figuras. Mas a contravenção penal já suportava demasiadas críticas no momento da sua extinção, pelo que, apesar de não serem figuras idênticas, parece que o legislador considerou que a criação da contra-ordenação seria a solução para todos aqueles problemas. O facto de a contra-ordenação

---

<sup>314</sup> TAIPA DE CARVALHO considera que este direito tutela valores com relevância social e, por isso, faz parte da função do Estado protegê-los, através da aplicação da coima que inculca na consciência dos cidadãos a sua importância. Estes valores sociais não podem ser tutelados pelo Direito penal, pois ao não serem considerados fundamentais e tendo em conta o princípio da subsidiariedade, não alcançam a dignidade penal. In AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.129

<sup>315</sup> De certa forma, no mesmo sentido: No direito italiano, os critérios que distinguem o ilícito penal do ilícito administrativo são essencialmente dois: proporcionalidade, a sanção penal deve estar reservada para o ilícito de maior gravidade; e subsidiariedade, em conformidade com o qual a sanção criminal só pode ser utilizada quando não haja outras mais ou igualmente eficazes, conforme Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 in NICOLA ASSINI, *L'illecito penale amministrativo – verifica di un sistema*, Cedam – Padova, 1987, p.25

<sup>316</sup> Este autor entende que Direito penal administrativo é o ramo de direito “sanciona, com penas, a violação de ordenações da Administração e se apresenta assim como direito administrativo, senão segundo a competência, por certo segundo a matéria”. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do Direito penal secundário” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º116, 1983-4, p.264 e 265

<sup>317</sup> IDEM, p.266

não ser uma figura penal faz-nos crer que se encontra ainda mais distante do Direito Penal do que a contravenção.

Ainda assim, enquanto a contravenção protegia os bens jurídicos de uma série de perigos de violações, a contra-ordenação protege não só os bens jurídicos como também protege os interesses da administração e, nesta medida, de perigos de violações.

Apesar de os interesses-fins terem relevância para o Direito Contra-ordenacional, serão ainda de maior relevância que os interesses-meios, pois em grande parte, este ramo do direito protege os interesses administrativos em garantir a protecção de bens jurídicos.

### **b) Interesses-meios**

A protecção deste tipo de interesses, exclusiva na contravenção, continua a ser de grande importância no regime contra-ordenacional.

Os interesses-meios são o interesse da administração, logo, são o interesse em proteger ou garantir outros interesses ou bens jurídicos valiosos para o indivíduo e para a sociedade.

Por este motivo, CAVALEIRO DE FERREIRA defende que “os interesses que devem ser procurados pela administração são variáveis, e variáveis ao infinito, pois as necessidades sociais não são todas permanentes e antes têm, a maioria das vezes, um carácter transitório e condicionado por necessidades sociais de reduzida duração.”<sup>318</sup>

O interesse geral e o bem-estar da sociedade dependem de necessidades que variam consoante o seu contexto social, económico e até político. Se é do interesse administrativo prosseguir estas necessidades, inclusive a protecção de determinados bens jurídicos, acaba por ser comunicável aos interesses administrativos a instabilidade ou mutabilidade das necessidades da sociedade e aquilo que é necessário para garantir o seu bem-estar geral.

Ainda na vigência da lei penal que incluía a figura da contravenção, CAVALEIRO DE FERREIRA admitia que esta “está sujeita às variações que possa sofrer a filosofia jurídica e a constituição política do Estado.”<sup>319</sup>

No mesmo sentido LOPES DE AZEVEDO defende que “no fundo, o direito das contra-ordenações é exactamente o resultado que cada Estado traduz em cada período ao nível

---

<sup>318</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, 2ª edição, Lisboa, 1945, p.165

<sup>319</sup> IDEM

da política criminal”<sup>320</sup>. O facto de ser um ramo do direito tão sujeito a mudanças dependendo do período histórico e dos contextos político e social, é “a grande dificuldade do Direito contra-ordenacional”. Este autor vai ainda mais longe, afirmando que faz parte das características do direito sancionatório, em geral, e do Direito Contra-ordenacional, em especial, a mutabilidade, “nunca sendo devidamente determinado”<sup>321</sup>. Apesar de também defendermos que a mutabilidade faz parte do regime Contra-ordenacional, como de qualquer ramo do direito, ele contém aquilo que é valioso ou digno de protecção para uma determinada sociedade num determinado contexto. Mas os meios ou a intensidade com que se protege determinados interesses ou bens jurídicos são, mais facilmente, sujeitos ao contexto, em especial, os meios utilizados pela administração na prossecução de uma forma mais eficaz de protecção de outros bens jurídicos.

#### **2.4 Entidade competente**

A entidade competente para aplicar a sanção característica do Direito Contra-ordenacional é também um dos elementos que caracterizam este ramo do direito. A autoridade administrativa é a entidade competente para o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas (artigo 33º do RGCO).

Porém, numa segunda fase, a competência pertence aos tribunais judiciais, em sede de recurso da decisão da autoridade administrativa que aplicou uma coima (artigo 59º n.º 1 e artigo 61º do RGCO).

Estas duas fases (administrativo e judicial) caracterizam o Direito Contra-ordenacional mas também têm suscitado dúvidas e problemas.

Esta dicotomia “revela um compromisso entre essa ideia da total autonomia desse direito de mera ordenação social, mais próximo do direito administrativo, e a outra ideia de que, no fundo, mesmo esse direito de mera ordenação social pode pôr em causa os direitos individuais de uma forma idêntica ao Direito penal.”<sup>322</sup> Isto é, não só se pode discutir a coerência destas duas fases diferentes no âmbito do processo contra-ordenacional, também a competência das entidades que as dirigem, mas ainda a natureza administrativa ou penal das mesmas, visto que a primeira estará mais próxima do Direito Administrativo e a segunda do Direito Penal.

---

<sup>320</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.71

<sup>321</sup> IDEM, p.72

<sup>322</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.135

De várias formas, ao longo desta dissertação, temos tido a preocupação de enfatizar o afastamento do Direito Contra-ordenacional do Direito Penal, tendo chegado agora o momento de o aproximar, ainda mais<sup>323</sup>, do Direito Administrativo.

#### **2.4.1 Entidade administrativa e aplicação do Direito Administrativo**

Como já foi referido, no âmbito deste ramo do direito a sanção é aplicada por uma autoridade administrativa e os tribunais só intervêm no momento em que o “arguido” impugne esta primeira decisão.

Esta dicotomia traz problemas quer quanto à função da entidade administrativa, quer quanto à aplicação da lei.

Em primeiro lugar, devemos relembrar que as coimas e sanções acessórias podem afectar direitos e liberdades fundamentais que devem ser protegidos. Nestes momentos, o direito protege os cidadãos exigindo a intervenção da função judicial (artigo 202º n.º 2 CRP). Mas no processo contra-ordenacional quem aplica as coimas que afectam direitos e liberdades são autoridades administrativas integradas na estrutura orgânica da administração pública e, por isso, carecem da independência característica dos tribunais judiciais<sup>324</sup>.

Alguns autores, incluindo MARCELO REBELO DE SOUSA, chegam a considerar que se trata de uma situação que levanta problemas quanto ao princípio da separação de poderes pois é “uma situação do exercício administrativo da função jurisdicional” mas tal pode ser justificado ao proteger bens jurídicos que correspondem a interesses públicos<sup>325</sup>.

No mesmo sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA defende que a administração não pode aplicar a lei a casos concretos, pelo menos, não da mesma forma que a função jurisdicional. Isto é, quando se aplica a lei a casos concretos não se pode ter como finalidade a observância da lei ou “definir concretamente o direito numa relação jurídica concreta” mas sim realizar os objectivos do Estado dentro dos limites da lei<sup>326</sup>. Por isso, aqui cabe perguntar se “será inconstitucional o julgamento pela administração das contra-ordenações e a equiparação a uma «sentença» numa decisão administrativa à

---

<sup>323</sup> Anteriormente tentei aproximar o Direito contra-ordenacional do direito administrativo na sua origem histórica e também nos seus fins.

<sup>324</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.133

<sup>325</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.74

<sup>326</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, vol. I, 2ª edição, Editorial Verbo, 1986, p.53-54

qual se dão efeitos de «caso julgado» e a redução do processo a um formalismo que parece querer iludir o princípio fundamental do Estado de direito»<sup>327</sup>.

FIGUEIREDO DIAS e LEONES DANTAS são dois autores que defendem que a sanção contra-ordenacional seja aplicada por entidades administrativas, refutando outras opiniões que entendem que esta actividade faz parte da “função materialmente judicial” exclusiva dos tribunais judiciais. FIGUEIREDO DIAS defende que o objectivo das entidades administrativas é incentivar ao cumprimento de certas obrigações e deveres que mantenham “uma certa ordenação social”<sup>328</sup>, enquanto LEONES DANTAS concebe o Direito Contra-ordenacional como “um instrumento de intervenção administrativa de natureza sancionatória no sentido de dar maior eficácia à acção administrativa”, acrescentado que o processo contra-ordenacional atribui poderes sancionatórios à autoridade administrativa, enquanto a intervenção do tribunal é subsidiária, pela via de recurso de impugnação<sup>329</sup>.

Como já referimos, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal não são os mesmos que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Contra-ordenacional. Por isso, não é compreensível que se defenda que estamos perante o exercício administrativo da função jurisdicional, caso contrário, qualquer entidade com fins sancionatórios seria inconstitucional. Isto é, o Direito Penal protege bens jurídicos essenciais e, para tal, aplica as sanções mais gravosas do sistema jurídico, restringindo direitos e liberdades fundamentais, o que exige a intervenção dos tribunais judiciais. Mas o Direito Contra-ordenacional, ainda que restrinja direitos com as suas sanções, não protege os mesmos bens jurídicos nem a sua sanção é tão gravosa como a pena. Ao proteger e garantir as finalidades públicas, o que inclui alguns direitos e bens jurídicos dos cidadãos, pareceu adequado ao legislador atribuir às entidades administrativas a competência para aplicar as coimas.

Ainda que a fase administrativa seja conduzida pelas autoridades administrativas, há quem defenda que esta não pode ter natureza administrativa. Tal é a opinião de VÍTOR SEQUINHO DOS SANTOS, quer por contraposição com a fase judicial, quer por aproximação do procedimento administrativo. Chega mesmo a afirmar que a única semelhança entre a fase administrativa do processo contra-ordenacional e o processo

---

<sup>327</sup> IDEM, p.54

<sup>328</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de estudos judiciários, 1983, p.335

<sup>329</sup> A. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, n.º14, p.296

administrativo é a entidade administrativa que tem competência para praticar actos em ambos os universos, quer como autoridade administrativa, quer como órgão da administração pública. SEQUINHO DOS SANTOS defende que a “actuação dos órgãos da Administração Pública no âmbito do processo contra-ordenacional não se integra na actividade administrativa, antes sendo materialmente jurisdicional”, justificando esta afirmação com o facto de a actuação das autoridades administrativa ser regida pelo RGCO, não pelo CPA, e ainda porque, por remissão do artigo 41º n.º 1 daquele regime, o direito subsidiário é o direito processual penal. O artigo 41º n.º 2 também atribui às autoridades administrativas os mesmos direitos e deveres das entidades competentes para o processo criminal, o que também contribui para o distanciamento do Direito Administrativo e da natureza das entidades administrativas neste tipo de processo<sup>330</sup>.

Alguns autores, nomeadamente SEQUINHO DOS SANTOS, consideram que a actuação da autoridade administrativa é materialmente administrativa, pois não faz parte das funções administrativas. Mas defendemos ser necessário analisar esta questão de outra forma. O legislador, através do RGCO, atribuiu uma nova função às autoridades administrativas que não é materialmente jurisdicional, é simplesmente sancionatória. O que justifica a remissão que o RGCO faz para o Direito Penal. Não porque as entidades que aplicam as sanções, os bens protegidos, ou o tipo de sanção sejam os mesmos, mas essencialmente porque são ramos do direito que prevêm a aplicação de uma sanção. A autoridade administrativa não deixa de ser uma entidade integrada na estrutura orgânica da administração pública e não deixa de obedecer aos princípios e regras do CPA, apesar de este diploma nunca ser mencionado. Não nos parece razoável defender que as autoridades administrativas são entidades administrativas que não estão submetidas ao Direito Administrativo quando aplicam coimas.

Apesar de SEQUINHO DOS SANTOS defender que o legislador nunca pretendeu transformar a decisão administrativa do processo contra-ordenacional numa sentença ou decisão condenatória, a jurisprudência tem-se pronunciado, algumas vezes, neste sentido<sup>331</sup>. Este autor cita alguns excertos de vários acórdãos: “a decisão condenatória em matéria contra-ordenacional, apresentando alguma homologia com a sentença condenatória em processo penal, tem uma estrutura semelhante a esta última, se bem que mais concisa, por menos exigente devido á sua menor incidência na liberdade das

---

<sup>330</sup> VÍTOR SEQUINHO DOS SANTOS, “O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória em processo contra-ordenacional” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, n.º14, p.339

<sup>331</sup> IDEM, p.341

peças”<sup>332</sup>; “embora de forma menos intensa, o conteúdo da decisão sancionatória da autoridade administrativa no processo de contra-ordenação aproxima-se da matriz da decisão condenatória em processo penal”<sup>333</sup>; “dada a natureza (sancionatória) do processo de contra-ordenação, os fundamentos da decisão que aplica uma coima (ou outra sanção prevista na lei para uma contra-ordenação) aproximam-na da decisão condenatória, mais do que da decisão da Administração que contenha um acto administrativo”<sup>334</sup>; e ainda “por isso, a fundamentação da decisão em processo de contra-ordenação deve participar das exigências da fundamentação de uma decisão penal – na especificação dos factos, na enunciação das provas que os suportam e na indicação precisa das normas violadas.”<sup>335</sup>

Mas este mesmo autor aponta para o facto de que os requisitos da decisão administrativa, determinados no artigo 58º do RGCO, não são os mesmos que os do artigo 374º CPP <sup>336</sup>. Nem poderiam ser, pois não se deve exigir os mesmos formalismos à decisão que aplica pena que à decisão que aplica coima.

Parece-nos errado que a jurisprudência tenha vindo a equiparar a decisão administrativa a uma sentença condenatória. Mas esta não é uma tendência unânime. Existe jurisprudência mais recente no sentido de que a decisão administrativa não é uma sentença condenatória, a qual passo a citar: “A decisão administrativa no âmbito de um processo contraordenacional deve conter a identificação do arguido, a descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas, a indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão, a coima e as sanções acessórias, sendo certo que nesta fase não é de exigir o rigor formal como se em processo penal estivéssemos”<sup>337</sup>; “regulando o artigo 58 do Regime Geral da Contraordenações (RGCO), de forma completa, os requisitos a que deve obedecer a decisão da autoridade administrativa que aplica a coima, não é subsidiariamente aplicável ao processo por contraordenação o disposto no artigo 374 do CPP para a sentença penal.”<sup>338</sup>; e “as exigências de fundamentação da Decisão da Autoridade Administrativa, no tocante às contra-ordenações, não-de ser menos profundas que as relativas aos processos criminais.

---

<sup>332</sup> Acórdão do STJ de 21.12.2006 (Proc. n.º06P3201) e Acórdão do STJ de 06.11.2008 (Proc. n.º08P2804)

<sup>333</sup> Acórdão do STJ de 29.01.2007 (Proc. n.º06P3202)

<sup>334</sup> IDEM. Com idêntica formulação, Acórdão do STJ de 10.01.2007 (Proc. n.º06P2829)

<sup>335</sup> IDEM

<sup>336</sup> VÍTOR SEQUINHO DOS SANTOS, “O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória em processo contra-ordenacional” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, n.º14, p.342

<sup>337</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.02.2013 (Proc. n.º 77/12.6TBAVZ.C1).

<sup>338</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06.01.2014 (Proc. n.º 720/13.0TBFLG.G1).

De facto, não se podem transformar as decisões das Autoridades Administrativas em verdadeiras Sentenças Criminais.”<sup>339</sup>

Não só nos referimos a decisões de uma entidade administrativa, ao contrário das decisões de um juiz, como as sanções que aquela entidade aplica têm natureza diferente das penas aplicadas nas sentenças condenatórias.

JOÃO SOARES RIBEIRO coloca uma questão interessante, tratando de saber se não estaremos perante processos com regras e princípios diferentes, consoante estamos na fase administrativa ou judicial do processo contra-ordenacional, pois, no mesmo diploma, encontramos regras diferentes para as entidades administrativas e para os tribunais<sup>340</sup>. Mas, por outro lado, também encontramos remissões para o CP e para o CPP que serão tanto para uma fase como a outra. A este propósito, SOARES RIBEIRO introduz a problemática da faculdade de delegar, ou seja, é frequente que o dirigente de determinado serviço administrativo delegue a sua competência de aplicar coimas a funcionários que não têm esta competência originária. Por isso, este autor chega à conclusão que não é no CPP que se encontra a solução para este problema mas sim no CPA. Ora, também não será de recusar a possibilidade e até a necessidade de aplicação de normas administrativas. Este autor admite que não se teve o CPA em consideração porque, na altura da aprovação do RGCO, aquele diploma ainda não existia<sup>341</sup>. A título de exemplo, SOARES RIBEIRO entende que o RGCO se refere, ainda que não expressamente, ao CPA nos artigos 34º n.º 2 e 3 com a expressão “nos termos gerais”, que entende remeter para os artigos 35º e ss. do CPA Velho<sup>342</sup>.

Ainda que o RGCO tenha normas específicas e o Direito Penal seja considerado regime subsidiário, o Direito Administrativo, e em especial o CPA, não pode deixar de ser aplicado, nem que seja só porque estamos a lidar com uma actividade das entidades administrativas.

Se quisermos levar esta questão mais além, também nos parece legítimo que se pergunte se a decisão administrativa que dá fim à primeira fase não é um verdadeiro acto administrativo, entenda-se “um acto jurídico unilateral, praticado por um órgão da Administração, no exercício da função administrativa, e que visa a produção de efeitos

---

<sup>339</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07.12.2012 (Proc. n.º 1027/12.5TBBJA.E1).

<sup>340</sup> JOÃO SOARES RIBEIRO, “Natureza de decisão administrativa em processo de contra-ordenação”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º63, Coimbra Editora, 2003, p.100

<sup>341</sup> IDEM, p.100-102

<sup>342</sup> Corresponde aos artigos 44º e ss. do CPA Novo.

jurídicos num caso concreto”<sup>343</sup>. O CPA Velho determina no seu artigo 120º que o acto administrativo é uma decisão dos órgãos da Administração que, ao abrigo de normas de direito público, visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta<sup>344</sup>. Porém, a isto obstam duas questões: se estamos perante o exercício da função administrativa, pois estamos a excluir qualquer acto político e jurisdicional, como também actos no âmbito de gestão privada; e se as contra-ordenações são sempre aplicadas por órgãos da administração.

Vejamos exemplos.

A Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) é “um serviço central da administração directa do Estado”, conforme o artigo 1º do Decreto Regulamentar n.º 47/2012, de 31 de Julho do Ministério da Economia e do Emprego<sup>345</sup>, logo não seria discutível que, para além de órgão da administração, estamos perante o exercício da sua actividade administrativa, a qual implica a aplicação de coimas, logo as suas decisões seriam actos administrativos.

Outro exemplo é a Empresa Municipal de Mobilidade e Estacionamento de Lisboa (EMEL), cujos estatutos estão publicados no 2º suplemento ao Boletim Municipal n.º 993, de 28 de Fevereiro de 2013, da Câmara Municipal de Lisboa. No artigo 1º n.º 1 dos seus estatutos, a EMEL é considerada como uma “pessoa colectiva de direito privado sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos”. Formalmente não só é entidade de direito privado como não faz parte da organização administrativa, logo, quaisquer actos executórios que pratique não podem ser considerados actos administrativos. Por outro lado, é uma entidade de direito privado na qual o Município de Lisboa exerce influência dominante já que detém em exclusividade os capitais desta sociedade, faz parte das suas competências a fiscalização e a aplicação de coimas, sendo uma entidade “encarregada da gestão de serviços de interesse geral”. Para além disso, segundo o artigo 5º dos estatutos, a Câmara municipal de Lisboa pode delegar na EMEL uma série de poderes administrativos e de autoridade pública, nomeadamente no que diz respeito à “fiscalização do cumprimento das disposições do Código da Estrada e legislação rodoviária complementar (...), os agentes da EMEL são equiparados a autoridades administrativas”, de acordo com o n.º 5.

---

<sup>343</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. III, Lisboa, 1984, p.43

<sup>344</sup> Corresponde ao artigo 148º do CPA Novo.

<sup>345</sup> Publicado em Diário da República, 1ª série, n.º 147, de 31 de Julho de 2012

Defendemos que, quando não se trata de uma entidade que faz parte da orgânica da administração pública mas que prossegue fins de interesse público e que ainda sofre influência dominante por parte de uma entidade pública que nela delega poderes de autoridade, não pode haver dúvidas de que deverá ser equiparada a uma verdadeira autoridade administrativa, estando sujeita aos mesmos princípios e deveres que qualquer outra entidade administrativa. Logo, os seus actos que aplicam coimas a contra-ordenações deveriam ser também equiparados a actos administrativos.

Porém, os actos praticados por entidades administrativas não são sempre actos administrativos, pelo que será de ponderar se não estaremos perante um novo tipo de acto decisório, com características típicas e diferentes finalidades.

Se estivéssemos perante um acto administrativo praticado por entidades administrativas ou equiparadas, na prossecução de fins públicos e desfrutando de poderes ou prerrogativas de autoridade, o pensamento lógico seria considerar que o recurso de tais actos fosse remetido para os tribunais administrativos. Porém, não foi esse o caminho escolhido pelo legislador.

Com o CPA Novo, foi consagrada uma nova definição para acto administrativo. No seu artigo 148º, actos administrativos consideram-se “as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”. A única diferença dos conceitos do CPA Velho e do CPA Novo encontra-se na substituição da expressão “decisões de órgãos da Administração que ao abrigo das normas de direito público” por “no exercício de poderes jurídico-administrativos”. A redacção do CPA Velho era restricta às decisões dos órgãos da Administração, sendo que tal colocava grandes entraves à inclusão das decisões administrativas no processo contra-ordenacional nesta definição de acto administrativo. Porém, a redacção do CPA Novo permite-nos concluir que estas decisões são verdadeiros actos administrativos, o que é coerente com a lógica do Direito Contra-ordenacional.

#### **2.4.2 Intervenção judicial na 2ª fase**

As contravenções foram consideradas Direito Penal de forma a estarem salvaguardadas pelas mesmas garantias, em especial porque na fase em que surgiram (pós-Revolução Francesa) tal figura era uma “reacção contra o absolutismo real”, logo, qualquer decisão

de aplicação de penas era da competência dos tribunais criminais<sup>346</sup>. Hoje, com o Direito Contra-ordenacional, entende-se que os direitos dos cidadãos podem ser salvaguardados sem ser por este meio, surgindo a possibilidade de recurso contencioso das decisões administrativas como uma garantia.

Na sua aplicação, o Direito Penal e o direito de mera ordenação social diferenciam-se porque o primeiro é aplicado pelos tribunais e o segundo é aplicado por entidades administrativas, ainda que haja possibilidade de recurso para os tribunais<sup>347</sup>. Mas aqui surge a questão de saber que tribunais apreciam, em sede de recurso, a decisão administrativa.

Até hoje, os tribunais competentes para apreciarem a decisão administrativa em sede de recurso têm sido os tribunais criminais<sup>348</sup>, apesar de parte da doutrina defender que a competência devia pertencer aos tribunais administrativos.

Quanto ao recurso da decisão administrativa, EDUARDO CORREIA entende que, por um lado, os tribunais administrativos não terão jurisdição pois estão “impossibilitados de apreciar aspectos discricionários da decisão recorrida”<sup>349</sup>, já que não podem apreciar aquilo que pertence à esfera de livre decisão da administração mas, por outro lado, se a aplicação das sanções fazem parte da actividade das entidades administrativas deveria a mesma pertencer ao âmbito dos tribunais administrativos. Contrariando a única objecção de EDUARDO CORREIA, CASTRO E SOUSA vem defender que seria preferível que fosse determinada a competência dos tribunais administrativos, pois “o carácter eminentemente objectivo de tais reacções permite a apreciação de aspectos discricionários das decisões dos funcionários administrativos, nomeadamente do quantitativo exacto da medida patrimonial imposta como sanção”<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.132-133

<sup>347</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006, p.74

<sup>348</sup> À luz do artigo 130º n.º 1 al. e) e n.º 3 al. b) da Lei da Organização do sistema judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto), grande parte dos recursos de decisões de autoridades administrativas em processo de contra-ordenação serão da competência dos tribunais de competência genérica na secção de competência criminal. Esta matéria também poderá ser da competência dos tribunais da propriedade intelectual (artigo 111º n.º 1 al.e)), da concorrência, regulação e supervisão (artigo 112º n.º 1), marítimo (artigo 113º n.º 1 al. t)), do trabalho (artigo 126º n.º 2).

<sup>349</sup> EDUARDO CORREIA, “Direito penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º 49, 1973, p.276

<sup>350</sup> JOÃO CASTRO E SOUSA, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*, Coimbra Editora, 1985, p.157 e 158, nota de rodapé 12.

De facto, EDUARDO CORREIA não vê qualquer motivo que impeça que os recursos sejam julgados em tribunais administrativos.<sup>351</sup> Afinal, se o artigo 214º n.º 3 da CRP confere aos tribunais administrativos competência para dirimir os litígios resultantes das relações jurídicas administrativas, todos os actos sancionatórios da Administração constituem fonte potencial de um litígio jurídico-administrativo<sup>352</sup>. Este autor adverte que pode parecer que estaríamos a admitir “uma dupla via de recurso” mas que tal não é aceitável pois “sempre representaria uma desconfiança na imparcialidade e isenção dos tribunais administrativos”. Também adverte que o recurso para tribunais comuns “seria, afinal, criminalizar decisões que, justamente, se quer que não tenham o sentido das sentenças que aplicam penas criminais”, o que, por sua vez, voltaria a atolar os tribunais de processos, que foi um dos problemas que se tentou solucionar com a criação das contra-ordenações<sup>353</sup>.

Numa posição mais extrema, CAVALEIRO DE FERREIRA defende que “parece que todo o regime legal se destina a iludir a violação do princípio constitucional de separação de poderes e a atribuição de jurisdição aos órgãos administrativos”, pois até as decisões administrativas transitam em julgado, ainda que só aos tribunais judiciais caiba a função de julgar, ou seja, de garantir a observância das leis<sup>354</sup>. Discordamos desta crítica pois o próprio RGCO faz distinção entre o carácter definitivo da decisão da autoridade administrativa e o trânsito em julgado da decisão judicial (artigos 24º, 29º/ 2, 58º/ 3/ a), 79º, 80º/ 2/ b), 88º/ 5).

LEONES DANTAS refere que “o processo das contra-ordenações não pode ser entendido como uma forma de processo penal”, que era o caso da figura das contravenções. Este autor enquadra o exercício dos “poderes sancionatórios da administração pública de modo pleno”<sup>355</sup> na fase administrativa do processo contra-ordenacional, pelo que entende que “não pode deste modo ser concebida como as fases preliminares de um

---

<sup>351</sup> EDUARDO CORREIA, “Direito penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º 49, 1973, p.276

<sup>352</sup> MARIA FERNANDA PALMA e PAULO OTERO, “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume 37, Edições LEX, 1996, p.557-591

<sup>353</sup> EDUARDO CORREIA, “Direito penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º 49, 1973, p.277

<sup>354</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, vol. I, 2ª edição, Editorial Verbo, 1986, p.51-53

<sup>355</sup> A. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, n.º14, p.298

processo penal, onde o recurso de impugnação ocuparia o espaço que o processo penal atribui à audiência de julgamento.”<sup>356</sup>

O facto de termos uma primeira fase com uma natureza distinta da segunda fase do mesmo processo coloca vários problemas. Mas não é novidade recorrer aos tribunais judiciais para impugnar uma decisão ou um acto que não é sentença<sup>357</sup>. Parece-nos, juntamente com LOPES DE AZEVEDO, que a questão a colocar não deve ser “se deve haver recurso para tribunal judicial”.

Apesar de concluir que o Direito Contra-ordenacional não é nem Direito Penal nem Direito Administrativo, LOPES DE AZEVEDO considera que aquilo que afasta o Direito Contra-ordenacional do Direito Administrativo pode traduzir-se na seguinte questão: “Se fosse direito administrativo, estaria a execução de uma decisão condenatória, em princípio, a cargo de um outro órgão, a cargo de um tribunal? Não nos parece. Se fosse direito administrativo, a Administração deveria ter sempre a possibilidade de se fazer valer por si própria.”<sup>358</sup>

Porventura a questão deverá ser: “porque não há recurso da decisão administrativa para um tribunal administrativo?”. A resposta leva LOPES DE AZEVEDO a defender, de forma definitiva, que o Direito Contra-ordenacional não pode ser Direito Administrativo.

Na nossa opinião, num primeiro momento, o recurso da decisão da autoridade administrativa deveria pertencer à jurisdição dos tribunais administrativos, afinal trata-se do recurso contencioso de uma decisão de uma entidade administrativa. Mas ainda que os tribunais administrativos tenham competência para fiscalizar a legalidade de actos praticados por entidades administrativas, teríamos que perceber se estamos perante uma relação jurídica administrativa, consoante o critério geral do artigo 1º n.º 1 do ETAF ou se não seria exigível que os actos fossem praticados ao abrigo de disposições de Direito Administrativo. Porém, não desejamos ser exaustivos nesta questão.

Concluimos que os recursos das decisões das autoridades administrativas não deveriam ser da competência dos tribunais criminais, nem que fosse só pelo facto de a extinção

---

<sup>356</sup> IDEM, p.297

<sup>357</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA entende que se trata de uma “zona cinzenta”, isto é, do âmbito da reserva relativa de jurisdição dos tribunais, “no âmbito da qual se admite que a lei permita a órgãos administrativos que exerçam em primeiro grau poderes materialmente jurisdicionais, com sujeição a posterior controlo jurisdicional, necessariamente de plena jurisdição.” In MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004, p. 131

<sup>358</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.75 e 76

das contravenções ter sido motivada pela sobrelotação de processos nos tribunais criminais. O problema surge perante a escolha do legislador em atribuir competência aos tribunais judiciais, em especial aos da secção criminal.

Recentemente, a propósito da reforma administrativa em curso, numa proposta de lei de reforma do ETAF, o artigo 4º n.º 1 deste diploma, respeitante ao âmbito da competência dos tribunais administrativos, inclui na alínea n)<sup>359</sup> a competência para julgar as impugnações judiciais de decisões da Administração Pública que apliquem coimas. Esta norma vem inequivocamente retirar do âmbito dos tribunais judiciais a apreciação de decisões da Administração Pública no âmbito do ilícito de mera ordenação social.

Na exposição de motivos desta proposta de lei de reforma do ETAF, existe expressamente uma intenção de atribuir aos tribunais administrativos a competência para julgar “todos os litígios que, pela sua natureza, são verdadeiras relações jurídico-administrativas”, devendo passar a julgar “matérias que, só por razões meramente pragmáticas e já sem fundamento histórico, estavam atribuídas à jurisdição comum”, que é o caso da matéria das contra-ordenações.

Apesar de a solução encontrada nesta proposta de lei nos parecer acertada, continua a ser uma formulação restricta aos actos da Administração Pública, excluindo as demais entidades que aplicam coimas, e ainda à violação de normas de matérias específicas como o ambiente e ordenamento do território.

Porém, parece-nos também possível retirar da competência dos tribunais judiciais a apreciação das impugnações judiciais de decisões de outras entidades que não pertencem à Administração Pública e que aplicam coimas por violação de normas das matérias especificadas na alínea n) e não só. Tal é possível através da alínea d) do n.º 1 do artigo 4º<sup>360</sup> na redacção que lhe é dada por esta proposta de alteração ao ETAF. Se considerarmos, como consideramos, o acto de uma entidade, independentemente da sua natureza, que no exercício de poderes administrativos de autoridade aplica uma coima como um acto administrativo, a fiscalização da sua legalidade também pertence aos tribunais administrativos.

---

<sup>359</sup> Artigo 4º (Âmbito da competência): “1. Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a: n) Impugnações judiciais de decisões da Administração Pública que apliquem coimas, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, por violação de normas de direito administrativo em matéria de ambiente, ordenamento do território, urbanismo, património cultural e bens do Estado;”

<sup>360</sup> Artigo 4º (Âmbito da competência): “1. Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a: d) Fiscalização da legalidade das normas e demais atos jurídicos praticados por quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, no exercício de poderes administrativos de autoridade;”

### 2.4.3 Remissão e direito subsidiário

Alguns autores têm defendido que a remissão do regime Contra-ordenacional para o Direito Penal e direito processual penal é motivo preponderante para concluir que é Direito Penal.

Nos artigos 32º e 41º n.º 1 do RGCO encontramos remissões para o Código Penal e Código do Processo Penal, respectivamente. Neste caso, a remissão é uma técnica legislativa aplicada entre diferentes ramos do direito.

De acordo com LOPES DE AZEVEDO, no mesmo sentido que FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “a finalidade do legislador não foi, parece-nos, evitar repetições, pois não teria lógica essa preocupação no caso de estar em causa ramos de direito, mas razões de «afinidade estrutural e material entre dois ramos de Direito».”<sup>361</sup> Além disso, para aquele autor, esta remissão é intra-sistemática, pois o direito de mera ordenação social e o Direito Penal e processual penal são ambos direito público sancionatório, apesar de serem diferentes ramos de direito<sup>362</sup>.

Até aqui concordamos com estes autores, sendo o Direito Contra-ordenacional um ramo de direito sancionatório, a sua remissão para o Direito Penal é lógica, por questões de “afinidade”, tal como o CPTA remete para o CPC, por serem os dois ramos de direito processual.

De acordo com LOPES DE AZEVEDO, “a interpretação remissiva contra-ordenacional está subordinada a duas condições – condição de aplicabilidade e condição de conteúdo ou material.” Quanto à primeira, o intérprete tem de se certificar de que não há impedimento à aplicação do regime remetido, pois pode haver regra expressa que afaste o regime remetido. Por outro lado, a “natureza axiológica e estrutural” pode ser impedimento à remissão, como também se deve averiguar se a própria omissão não é intencional.<sup>363</sup> Quanto à condição de conteúdo, “as soluções importadas devem passar

---

<sup>361</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.201, com referência a citação de FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Acesso de Particulares a processos de contra-ordenação arquivados: um estudo sobre o sentido e os limites da aplicação subsidiária do Direito Processual Penal ao processo de contra-ordenação*, vol.II, p.617

<sup>362</sup> NO mesmo sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p.153, e “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de estudos judiciais, 1983, p.329

<sup>363</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.206

por um “processo de adaptação aos princípios e soluções processuais próprias.”<sup>364</sup> Só quando estas duas condições estiverem preenchidas, poderá então remeter-se para as normas penais<sup>365</sup>.

Apesar de reconhecer o Direito Penal e Direito Processual Penal como regimes subsidiários do RGCO em virtude dos seus artigos 32º e 41º n.º 1, A. LEONES DANTAS também defende que deve haver sempre uma adaptação das suas soluções aos princípios e regras do RGCO e, assim, salvaguardar a autonomia e princípios próprios do Direito Contra-ordenacional<sup>366</sup>.

Também BAPTISTA MACHADO defende que a remissão é um “expediente técnico-legislativo” utilizado pelo legislador de forma a evitar repetições, seja através de remissões de normas dentro do mesmo diploma legal ou de outro. Ainda assim, não se deverá ignorar as menções “com as necessárias adaptações” ou “com as adaptações devidas”, pois estamos a tratar de casos análogos e não exactamente idênticos<sup>367</sup>. Estas menções são consagradas no artigo 32º<sup>368</sup> e no artigo 41º n.º 1<sup>369</sup>.

Só no caso de os preceitos do Código Penal e Código de Processo Penal não preencherem a omissão em causa é que se está perante uma lacuna que deverá ser preenchida<sup>370</sup>.

Quanto à integração de lacunas, na opinião de FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, aplicam-se: em primeiro lugar, disposições do ramo do direito específico; em segundo, as normas do CPP; depois normas de processo civil; os princípios gerais do processo de contra-ordenação; e, em último recurso, os princípios gerais do processo penal. Mas TIAGO AZEVEDO discorda, “não nos parece defensável por isso a integração de lacunas contra-ordenacionais com base no artigo 41º, n.º 1”, porque esta é uma norma remissiva, sendo a integração de lacunas outro plano. Também entende este autor que os princípios do Direito Contra-ordenacional são fundamentais, não devendo ficar atrás das normas do CPP e até do CPC. Defende que os princípios deste ramo são importantes para se

---

<sup>364</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.207

<sup>365</sup> Ver também ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES e JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas*, 3ª edição, Almedina, 2009, anotação ao artigo 41º, p.112

<sup>366</sup> A. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, n.º14, p.294-295

<sup>367</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999, p.105-107

<sup>368</sup> “em tudo o que não for contrário à presente lei”

<sup>369</sup> “sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados...”

<sup>370</sup> BAPTISTA MACHADO entende que a lacuna consiste numa “incompletude contrária ao plano do Direito vigente” e “existirá uma lacuna quando a lei (...) não contém a resposta a uma questão jurídica.” In J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999, p.194

possa lutar pela independência do mesmo, ainda que considere que não o seja mas apenas “tendencialmente autónomo”. Assim, no caso de lacuna, deverá proceder-se à aplicação analógica de normas do próprio regime contra-ordenacional. Se tal não for possível, passar-se-á à integração através da aplicação dos princípios do Direito Contra-ordenacional. Em terceiro lugar, deverá recorrer-se ao Direito Processual Penal, de seguida aos princípios gerais do direito público sancionatório e, em quinto lugar, aos princípios gerais do direito<sup>371</sup>.

Na nossa opinião, deve ficar bem claro que, apesar de o Direito Penal e Direito Processual Penal ser direito subsidiário do Direito Contra-ordenacional, tal não pode ser argumento para aqueles que defendem que o Direito Contra-ordenacional é Direito Penal. Não podemos negar que existe entre estes ramos do direito uma certa “afinidade” sendo ambos direito sancionatório mas a remissão não serve para determinarmos a natureza deste ramo do direito. As remissões são uma técnica legislativa que acarreta cuidados e atenções. O facto de o Direito Penal ser direito subsidiário não pode levar a conclusões no sentido de que o Direito Contra-ordenacional deve ser interpretado e aplicado como se de Direito Penal se tratasse. Pelo contrário, quando surge um caso análogo que nos leva à aplicação do direito subsidiário, o que prevalece é sempre as normas e princípios do Direito Contra-ordenacional. As normas de Direito Penal aplicáveis terão sempre de ser adaptadas com todo o cuidado.

### **3. Conclusão**

Neste último capítulo, concluiremos a questão da natureza do Direito Contra-ordenacional, não só com uma definição deste ramo de direito mas com a caracterização que fundamenta a conclusão da Parte I desta dissertação.

#### **3.1 Definição de Direito Contra-ordenacional**

Parece-nos importante começar estas conclusões com uma definição própria de Direito Contra-ordenacional. A doutrina não se tem pronunciado muito sobre este aspecto, tendo sido difícil encontrar verdadeiras definições, pelo que decidimos expor algumas antes de terminar com uma própria definição de Direito Contra-ordenacional.

Para ESTEVES DE OLIVEIRA o direito de mera ordenação social é constituído pelos “preceitos administrativos que definem a ilicitude em função da violação dos deveres

---

<sup>371</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.208-212

impostos para satisfação de interesses públicos administrativos, cominam as respectivas sanções e fixam o processo da sua aplicação”<sup>372</sup>.

Quando a doutrina se refere a “preceitos administrativos” está a aludir aos regulamentos administrativos, isto é, a normas gerais e abstractas emitidas no exercício da função administrativa e, neste caso, externas, destinadas à aplicação de leis. Mas as normas que determinam as contra-ordenações e respectivas coimas não se encontram apenas em regulamentos administrativos, como acontecia com as contravenções. Encontramo-las agora em legislação avulsa, sejam leis (como o Regulamento Geral do Ruído consagrado na Lei n.º 9/2007), sejam regulamentos administrativos (como os regulamentos municipais que determinam condutas que configuram contra-ordenações e as coimas respectivas). A ilicitude também já não é determinada pelos deveres impostos para satisfação de interesses públicos. As contra-ordenações actualmente protegem determinados bens jurídicos que não alcançam natureza penal, como também garantem os interesses administrativos em protegê-los.

LOPES DE AZEVEDO define o Direito Contra-ordenacional como “um ramo de direito público sancionatório, que tem como finalidade a tutela de valores sociais não fundamentais para a comunidade, o qual pune as condutas ilícitas e censuráveis que colidem com aqueles valores, realizadas com culpa por sujeitos de cariz tendencialmente privado, através de sanções, de carácter principal e acessório”<sup>373</sup>.

Apesar de, na nossa opinião, não ser o conceito ideal, há algumas noções que são essenciais. Este autor começa por determinar que se trata de um “ramo de direito público sancionatório”, do qual também faz parte o Direito Penal. Também estabelece que a sua finalidade é a tutela de valores não fundamentais mas com relevância social e, por isso, censuráveis. As condutas em causa, para além de ilícitas e censuráveis, são realizadas com culpa porque as suas condutas assentam em responsabilidade subjectiva<sup>374</sup>.

Posto isto, passaremos à análise do conceito proposto.

Na nossa opinião, o Direito Contra-ordenacional é um ramo do direito público que sanciona condutas que ofendem bens jurídicos sem dignidade penal ou interesses administrativos em protegê-los com coimas aplicadas por autoridade administrativas.

---

<sup>372</sup> M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1984, p.80

<sup>373</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.66

<sup>374</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.67

Em primeiro lugar, o Direito Contra-ordenacional pertence ao direito público sancionatório. Tanto no capítulo sobre o Direito Administrativo como no capítulo sobre o Direito Penal, concluímos que estes dois são ramos do direito público essencialmente porque predomina a ideia de interesse geral, isto é, o objectivo prosseguido foca-se na prossecução de fins públicos que justificam os meios utilizados. Acontece o mesmo no caso do Direito Contra-ordenacional, pois a sua finalidade é a tutela de bens e interesses dignos de protecção levada a cabo pelo Estado, o que justifica os meios utilizados, nomeadamente os poderes de autoridade que criam uma relação de desigualdade entre as autoridades administrativas e os particulares. Para além de direito público, também é direito sancionatório, pois as finalidades do Direito Contra-ordenacional são cumpridas através da aplicação da sua sanção particular, a coima. À semelhança do Direito Penal, que não fará sentido sem a aplicação de penas, também o Direito Contra-ordenacional não será eficaz sem a eventual aplicação de coimas a certos comportamentos.

Em segundo lugar, as condutas tuteladas pelo Direito Contra-ordenacional são aquelas que violam bens jurídicos sem dignidade penal ou os interesses administrativos em protegê-los. Como já foi referido, em especial como consequência de um período histórico específico na construção deste ramo do direito, o legislador percebeu que haveria um conjunto de bens jurídicos que eram protegidos pelo Direito Penal (através da figura das contravenções) que não “mereciam” ser protegidos pelas formas mais gravosas de punir – as penas – pois o Direito Penal é um ramo de direito de aplicação subsidiária, isto é, a gravidade das suas penas exige que sejam aplicadas só como último recurso. Logo, ao longo de várias décadas e com muitos avanços e recuos, os comportamentos punidos com contravenções foram convertidos em contra-ordenações ao mesmo tempo que o legislador determinava outras condutas que mereciam a atenção de um ramo de direito sancionatório que não fosse o penal. Porém, muitas vezes, o Direito Contra-ordenacional também tutela os interesses administrativos em proteger aqueles bens jurídicos. Numa primeira frente de combate, com uma dimensão preventiva, são estabelecidas coimas para condutas que não vão afectar directamente bens jurídicos mas afectam o interesse administrativo de determinadas entidades em protegê-los. Por vezes, as entidades administrativas estabelecem limites à actividade dos particulares, sejam proibições ou obrigações, que orientam a suas condutas de modo a não ofenderem ou não correrem o risco de ofender bens jurídicos dignos de protecção. Essas “orientações” administrativas são para ser observadas, sendo que a sua violação

acarretará uma sanção. Por isso compreende-se que haja necessidade de um ramo de direito sancionatório que tutele estes interesses.

Em terceiro lugar, a coima enquanto sanção típica deste ramo de direito não pode ser esquecida na noção de Direito Contra-ordenacional. A coima é exclusiva deste ramo de direito, tal como a pena é do Direito Penal, não podendo ser confundida com a multa. Se a coima sanciona condutas que afectam bens jurídicos e interesses jurídicos, e se estes são dignos de protecção, então a coima é a sanção punitiva de factos ilícitos e censuráveis.

Um dos aspectos que distingue as coimas de qualquer outra sanção é a sua aplicação por autoridades administrativas, elemento que também não pode ser esquecido na noção de Direito Contra-ordenacional. Ao contrário do Direito Penal, a coima é aplicada por entidades administrativas a quem foram dadas competências sancionatórias. Apesar de haver intervenção dos tribunais na fase de recurso, esta é uma fase eventual, que não é necessária ao processo e à aplicação definitiva da coima. Pelo que deve ser dada prevalência à fase administrativa como aquela que melhor caracteriza o ramo de Direito Contra-ordenacional.

Tendo em conta estas características que incluímos na nossa noção de Direito Contra-ordenacional e que foram, ao longo do último capítulo, analisadas mais pormenorizadamente, concluímos que o Direito Contra-ordenacional é um ramo de direito autónomo, não podendo ser considerado nem Direito Penal nem Direito Administrativo, apesar de fortemente influenciado por eles.

É precisamente a influência destes dois ramos de direito público (e até diria o conflito entre eles) que fez do Direito Contra-ordenacional aquilo que ele é hoje. Num primeiro momento, as suas características fazem balançar entre o Direito Administrativo e o Direito Penal sem ser possível determinar se é um ou outro, em virtude de características que impedem inserir o Direito Contra-ordenacional num dos dois ramos do direito de forma definitiva e indiscutível.

Resta, quanto muito, saber qual das duas influências será predominante.

### **3.2 Direito autónomo com fortes influências**

Após todo o estudo e reflexão que foi feito, não há como negar que o Direito Contra-ordenacional é um ramo de direito construído com base em influências. Mas são influências tão fortes que é impossível falarmos dos seus elementos e características sem nos referirmos àquelas.

Por isso, à medida que fomos concluindo sobre a necessária independência ou autonomia do Direito Contra-ordenacional e a sua natureza própria, é inevitável fazer referência ao Direito Administrativo e ao Direito Penal.

Porém, antes de concluirmos com a aproximação e afastamento do Direito Administrativo e Penal que conduzem o Direito Contra-ordenacional à sua autonomia, cabe-nos fazer algumas referências a autores que se têm pronunciado sobre esta questão. MANUEL DA COSTA ANDRADE defende que o Direito Contra-ordenacional é um “novo ramo de direito”, um ramo de direito sancionatório “hoje claramente autonomizado”<sup>375</sup>. TERESA BELEZA também defende a autonomia do direito de ordenação social, pois este surge por motivos de “purificação do direito penal”, isto é, enquanto o Direito Penal só deve existir para proteger as violações directas e graves de bens jurídicos fundamentais, qualquer outro tipo de ilícito que visa proteger de outras formas deve ser autónoma do ilícito penal<sup>376</sup>.

Com a criação do direito de mera ordenação social levantou-se a questão de saber a que ramo do direito ele pertence. TAIPA DE CARVALHO exclui o Direito Contra-ordenacional do âmbito do Direito Administrativo em função dos interesses, pois entende que os interesses protegidos não coincidem com os interesses tradicionais do Direito Administrativo e o tipo de sanções não fazem parte do “quadro sancionatório específico do direito administrativo”. Também não poderíamos incluí-las no Direito Penal pois são normas que carecem de dignidade penal. No entender deste autor, foram estas dificuldades que levaram à criação do direito de ordenação social como um ramo de direito novo<sup>377</sup>.

A propósito da distinção entre crime e contra-ordenação, que entende ser “jurídico-pragmática” de acordo com o relatório preambular do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro, GERMANO MARQUES DA SILVA defende que estas figuras pertencem a “espécies de direito sancionatório distintos”, o crime ao Direito Penal e a contra-ordenação ao direito de mera ordenação social, cada um com formas de processo distintas, determinando a autonomia destes dois ramos de direito sancionatório<sup>378</sup>.

Também FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO defende que o direito das contra-ordenações é direito público sancionatório com autonomia “substantiva, sancionatória e

---

<sup>375</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.75 e 104.

<sup>376</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984, p.136-137

<sup>377</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.123

<sup>378</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 4ª edição, Verbo, 2000, p.137-138

processual” face ao Direito Penal. Ainda assim, este autor considera que face ao seu enquadramento constitucional, nomeadamente o artigo 32º n.º 10 da CRP, e sempre com respeito pela sua autonomia, é uma “matéria para-penal”, ou seja, não é matéria de Direito Administrativo, estando em parte sujeita às garantias do Direito Penal, pois cumpre “importantes funções político-criminais”. Neste sentido refere os artigos 32º e 41º n.º 1 do RGCO que remetem para as normas de Direito Penal e Processo Penal.

Para LOPES DE AZEVEDO, o Direito Contra-ordenacional é “tendencialmente autónomo no domínio científico” mas não tem um método próprio. Isto é, “tem um objecto definido, ocupando-se das condutas que lesam ou ameaçam lesar bens jurídicos não fundamentais para a comunidade, tendo por isso uma função de protecção geral, enquanto o direito criminal protege bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, protecção essa de ultima ratio”, mas sendo o método “composto por conceitos pertencentes especificamente ao ramo de direito em questão, um conjunto de normas sistematicamente concretizadas e por um arsenal próprio de princípios orientadores”, o Direito Contra-ordenacional “tem um leque muito pequeno de conceitos exclusivos”, “não tem um conjunto de normas sistematicamente concretizadas, na medida em que se verifica uma orientação legislativa aleatória”, ainda que lhe reconheça princípios próprios<sup>379</sup>.

LOPES DE AZEVEDO começa por concluir que o Direito Contra-ordenacional tem natureza penal, pois, em primeiro lugar, tem natureza de direito público essencialmente porque as autoridades administrativas não estão na mesma posição que os particulares, sendo dotadas do ius puniendi estatal, determinando que, por um lado, “procuram a justiça (como os órgãos jurisdicionais)”, e por outro, “como um meio para atingir o bem-estar comum, o interesse público (em princípio, ao contrário dos tribunais, que não estão adstritos, tendencialmente, ao interesse público)”<sup>380</sup>. Em segundo lugar, é direito sancionatório, ao ser dotado de ius puniendi está na posição de se impor sobre a vontade individual e, neste ponto para distinguir o Direito Contra-ordenacional do Direito Penal, LOPES DE AZEVEDO utiliza o critério do tipo de bens jurídicos tutelados, isto é, o Direito Penal ao proteger bens jurídicos fundamentais tem maior força e meios à sua

---

<sup>379</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.283 e 284

<sup>380</sup> IDEM, p.72 e 73

disponibilidade, enquanto a força do Direito Contra-ordenacional será correspondente aos bens jurídicos que tutela<sup>381</sup>.

Porém, num segundo momento, LOPES DE AZEVEDO conclui que o Direito Contra-ordenacional não é nem Direito Penal nem Direito Administrativo sancionatório. Este autor considera que aquilo que afasta o Direito Contra-ordenacional do Direito Administrativo pode traduzir-se na seguinte questão: “Se fosse direito administrativo, estaria a execução de uma decisão condenatória, em princípio, a cargo de um outro órgão, a cargo de um tribunal? Não nos parece. Se fosse direito administrativo, a Administração deveria ter sempre a possibilidade de se fazer valer por si própria.”<sup>382</sup> Assim, conclui que o Direito Contra-ordenacional é “tão-só direito público sancionatório”, valendo-se dos princípios de Direito Penal, não porque lhe seja o direito mais chegado, mas porque são ambos direito público sancionatório<sup>383</sup>.

Passamos para os fundamentos nos quais baseamos a nossa opinião.

Quanto à sua origem histórica, a contra-ordenação é uma figura que tenta capturar aquilo que o direito francês e o direito alemão tinham de melhor em matéria de ilícito não penal. Na sequência do direito francês, o sistema jurídico português também conheceu a figura penal da contravenção que durante muito tempo teimou em não desaparecer e tentou acompanhar o direito alemão com a inovação da contra-ordenação. Como é típico de Portugal, tentámos ficar com o melhor que o direito francês e o direito alemão tinham para oferecer mas não nos apercebemos de que isso criaria problemas que perduram até hoje.

A determinada altura, o Estado social sentiu a necessidade de descriminalizar determinados factos mas continuar a sancioná-los de outra forma. Sendo um novo ramo de direito público sancionatório, criado com o objectivo específico de se distanciar do Direito Penal e sancionar violações a bens jurídicos que não têm dignidade penal, deverá reconhecer-se a sua autonomia e distanciamento do Direito Penal. Ao mesmo tempo, também se verifica um afastamento do Direito Administrativo. Não basta a entidade competente para a aplicação da coima ser uma entidade administrativa para que se considere que o RGCO é Direito Administrativo. Porventura existirão vários aspectos do Direito Contra-ordenacional que o aproximam do Direito Penal em prol do

---

<sup>381</sup> IDEM, p.74 e 75

<sup>382</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.75 e 76

<sup>383</sup> IDEM, p.77

Direito Administrativo e tal acaba por impedir a sua inclusão neste ramo, forçando a sua autonomia.

Visto que o Direito Contra-ordenacional é um ramo de direito sancionatório, não podemos deixar de referir a sua sanção específica. Ora, sendo a coima particular a este ramo do direito não se pode deixar de perceber que aqui há um afastamento do Direito Penal. Como já foi referido várias vezes, o Direito Contra-ordenacional foi criado para “fugir” ao Direito Penal. A coima difere da pena, em particular da multa, pois não protegem os mesmos bens, nem são aplicadas pelas mesmas entidades. Por outro lado, há uma aproximação clara do Direito Administrativo com a redacção recente do CPA Novo, a qual nos permite concluir que a decisão administrativa que aplica a coima é acto administrativo.

No processo contra-ordenacional, é indiscutível que a entidade que aplica a coima é uma entidade administrativa, a quem é dada a designação de autoridade administrativa em função da sua competência específica. Não se pode ignorar que tal consubstancia uma aproximação do Direito Administrativo e, na nossa opinião, por se tratar de uma autoridade administrativa ou equiparada existe sujeição a, pelo menos, princípios de Direito Administrativo. Por outro lado, o RGCO remete para o Direito Penal, nomeadamente no artigo 41º n.º 2 que determina que as autoridades administrativas estão submetidas aos mesmos direitos e deveres que as entidades competentes para o processo penal. Compreende-se que exista tal remissão, afinal, trata-se de direito sancionatório pelo que é necessário salvaguardar determinadas garantias. A remissão para o Direito Penal não conduz à equiparação do Direito Contra-ordenacional ao Direito Penal. Precisamente por serem tão diferentes em matéria substantiva e processual esta remissão deve ser levada a cabo com muito cuidado. Em última análise, julgamos que o facto de a autoridade competente se tratar de entidade administrativa acabará por ter bastante influência, nomeadamente com a aplicação de normas e princípios de Direito Administrativo que não podem ser ignorados.

Quanto ao processo e às suas fases, não há outra conclusão a retirar senão que não é procedimento administrativo nem processo penal. Existem demasiados factores que distanciam estes três ramos do direito. Por um lado, se o Direito Contra-ordenacional fosse Direito Penal, não só as remissões para este seriam inúteis, como também todo o processo seria conduzido perante um juiz. Afinal, o Direito Contra-ordenacional surgiu para diminuir a quantidade de trabalho nos tribunais criminais e excluir os bens e interesses tutelados não têm dignidade penal. Por outro lado, se se tratasse de um

procedimento administrativo, este seria regulado pelo CPA e não haveria necessidade de criar um regime autónomo. O facto de se tratar de um direito sancionatório exige que a aplicação da coima seja processada de forma diferente.

Quanto aos fins a prosseguir e os interesses e bens a proteger, o Direito Contra-ordenacional enquanto direito público, à semelhança do Direito Administrativo e do Direito Penal, prossegue fins de interesse geral. Nem poderia ser de outra forma, visto as entidades competentes para aplicar coimas serem, na generalidade, entidades administrativas.

Os bens protegidos pelo Direito Contra-ordenacional são bens jurídicos sem dignidade penal mas que carecem de protecção de um ramo de direito sancionatório. Em virtude da protecção que as entidades administrativas tentam assegurar a estes bens jurídicos, também este interesse administrativo é tutelado pelo Direito Contra-ordenacional. Por um lado, há um afastamento inegável do Direito Penal, pois os bens jurídicos protegidos não são os mesmos, aliás, a história encarregou-se de demarcar esta separação. Por outro lado, também existe uma grande preocupação com os interesses das entidades administrativas, não deixando de se aproximar do Direito Administrativo e das suas finalidades.

Em questões relacionadas com a sua evolução histórica e forma de processo, parece-nos que o Direito Contra-ordenacional tenta distanciar-se tanto do Direito Penal como do Direito Administrativo, apesar de existirem influências inevitáveis. Quanto à coima, há um distanciamento deliberado do Direito Penal mas é difícil separar a singularidade desta sanção e a sua aplicação da competência de autoridades administrativas. O mesmo ocorre com os interesses a prosseguir, é claro o afastamento do Direito Penal mas há uma preocupação com interesses gerais e interesses de entidades administrativas. Em relação à autoridade administrativa, admito que pode haver determinadas especificidades que são remetidas para o Direito Penal mas não nos podemos esquecer que tal acontece porque são ambos direitos sancionatórios e não porque o Direito Contra-ordenacional se deva aproximar do Direito Penal, antes pelo contrário. As entidades competentes para aplicar coimas, não deixam de ser entidades administrativas que devem cumprir normas e princípios de Direito Administrativo. Não aceitamos que esta circunstância não tenha influência no Direito Contra-ordenacional.

Posto isto, o Direito Contra-ordenacional deve ser reconhecido como um ramo de direito público sancionatório autónomo, apesar de, provavelmente, nunca chegar a libertar-se da influência dos dois ramos de direito público que contribuíram para a sua

formação. Na nossa opinião, o Direito Administrativo terá um peso substancialmente maior que o Direito Penal, pelo que a inclusão do estudo do Direito Contra-ordenacional terá sido mal integrado no programa das disciplinas de Direito Penal<sup>384</sup>.

A sua natureza será então distinta e única entre os outros ramos de direito público português. O Direito Contra-ordenacional tem uma natureza própria mas com grande proximidade do Direito Administrativo.

---

<sup>384</sup> No mesmo sentido que MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA quando entende que deve fazer parte das “preocupações” dos administrativistas (in *Direito Administrativo*, vol.I, Almedina, Coimbra, 1984, p.78 e 79) e FIGUEIREDO DIAS quando considera que “é ao culto do direito administrativo que pertence investigar os problemas do direito administrativo sancionatório que em toda esta matéria vão implicados” (in *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p.154).

## PARTE II

# **O Dever de Imparcialidade das Autoridades Administrativas**



# CAPÍTULO I

## A IMPARCIALIDADE ADMINISTRATIVA

### 1. Origem histórica

A noção de imparcialidade tem origem no exercício dos poderes judiciais, exigindo aos juízes que se distanciem das partes e dos interesses por elas defendidos, obedecendo a “critérios materiais de justiça”<sup>385</sup>.

Partindo do princípio da imparcialidade judicial foi criado o princípio da imparcialidade administrativa, tendo se manifestado, em primeiro lugar, em países como a Inglaterra, Estados Unidos da América e Itália.

Os pioneiros na consagração do princípio da imparcialidade da administração pública apresentam o mesmo fundamento para o reconhecimento deste princípio: “eliminar a presença da política ou poder do governo na função administrativa”.<sup>386</sup>

A imparcialidade administrativa nasceu da necessidade de despolitização da administração pública, “como modo de obstar a que as forças políticas que sucessivamente ocupavam o Poder tornassem o aparelho administrativo num instrumento dócil da sua governação, mais predisposto à realização do interesse partidário do que do interesse público.”<sup>387-388</sup>

Em particular nos países anglo-saxões, este princípio veio afirmar-se “como regra da neutralidade política dos funcionários públicos, como meio de eliminar a influência política na função administrativa”<sup>389</sup> e, assim, garantir a neutralidade política da própria administração pública.

---

<sup>385</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p.20 e 21

<sup>386</sup> MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, volume I, 3ª edição, Giuffrè Editore, 1993, p.90

<sup>387</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984, p. 330

<sup>388</sup> “Necessidade que se tornaria ainda mais premente quando começam a aparecer na cena política, com poderes de intervenção e influência cada vez mais vastos, os partidos políticos e os grupos de pressão, que, agora, com a crescente preocupação do indivíduo pelo seu quotidiano, se tornam quase monopolistas na representação perante o Estado das preocupações sentidas no corpo social.” In MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984, p. 330 e 331

<sup>389</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 35 e 36

No sistema jurídico português, “o princípio da imparcialidade só se afirma na sua plenitude no ordenamento jurídico nacional com a Constituição de 1976” como princípio jurídico fundamental da administração pública.<sup>390</sup>

## 2. Sentidos e Vertentes

No seu sentido mais lato “ser imparcial é não tomar o partido de uma das partes em contenda.”<sup>391</sup> Segundo CASSESE “se a parcialidade é preferência, poderá dizer-se que imparcialidade é a proibição de ter preferências”.<sup>392</sup>

Porém, a imparcialidade administrativa é um conceito mais denso, com variadas vertentes e sentidos, tendo em conta as funções das entidades que fazem parte do seu âmbito de aplicação.

É consensual na doutrina portuguesa que a imparcialidade administrativa tem duas vertentes, uma positiva e outra negativa.

A vertente positiva da imparcialidade administrativa impõe que a administração pondere todos os interesses, sejam públicos ou privados, que sejam relevantes para a decisão de um caso concreto.

ESTEVES DE OLIVEIRA, a respeito desta vertente, entende que a administração não pode ponderar apenas o interesse público no processo de tomada de decisão, pois surgem outros interesses tutelados pelo direito, dando como exemplo a situação da expropriação, no qual devem ser considerados os interesses públicos e os interesses privados em conflito.<sup>393</sup>

Como também salvaguarda CAUPERS, esta vertente “determina que a administração pública não deve favorecer nem prejudicar especialmente nenhum interesse privado”<sup>394</sup>, pelo que não se trata só de ponderação de interesses públicos relativamente a interesses privados, como também de vários interesses privados entre si, se os houver.<sup>395</sup>

---

<sup>390</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 88 e 89

<sup>391</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2001, p.139

<sup>392</sup> SABINO CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milão, Giuffrè editore, 1973, p.20

<sup>393</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984, p. 332

<sup>394</sup> JOÃO CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, 6ª edição, Âncora editora, 2001, p.82

<sup>395</sup>No mesmo sentido MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004, p. 204

A vertente negativa da imparcialidade administrativa proíbe que a administração pondere interesses, sejam públicos ou privados, que sejam irrelevantes para a decisão de um caso concreto.

FREITAS DO AMARAL entende que esta vertente traduz a ideia “de que os titulares de órgãos e os agentes da Administração Pública estão impedidos de intervir em procedimentos, actos, ou contratos que digam respeito a questões do seu interesse pessoal ou da sua família, ou de pessoas com quem tenham relações económicas de especial proximidade, a fim de que não possa suspeitar-se da isenção ou rectidão da sua conduta.”<sup>396</sup>

Neste sentido, este princípio “proíbe a Administração de se determinar em função de interesses que não correspondem àquele em vista de cuja prossecução a lei concedeu um poder discricionário”.<sup>397</sup>

Em suma, como conclui MARCELO REBELO DE SOUSA, resulta da combinação das duas vertentes, a administração deve “ponderar todos os interesses públicos e privados relevantes para a decisão e só estes”.<sup>398</sup>

### **3. Na Constituição da República Portuguesa**

O princípio da imparcialidade administrativo foi consagrado expressamente pela CRP no n.º 2 do artigo 267º na sua versão inicial<sup>399</sup>. Posteriormente, com a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, esta disposição foi alterada para o artigo 266º n.º 2, a qual veio incluir, com a Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, os princípios da igualdade e proporcionalidade, redacção que mantém até hoje<sup>400</sup>.

Quanto ao seu âmbito de aplicação, a redacção desta norma, aparentemente restrictiva, determina que a mesma será de aplicar aos “órgãos e agentes administrativos”. Porém, os princípios consagrados no artigo 266º n.º 2 aplicam-se “a toda a Administração

---

<sup>396</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2001, p.141

<sup>397</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984, p. 331

<sup>398</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004, p. 210

<sup>399</sup> Artigo 267º (Princípios fundamentais): “2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar com justiça e imparcialidade no exercício das suas funções.”

<sup>400</sup> Artigo 266º (Princípios fundamentais): “2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

Pública e a todas as formas de actividade administrativa.”<sup>401</sup> Isto é, o legislador utiliza o conceito de administração pública em dois sentidos: “em sentido subjectivo (como estrutura organizatória, autoridades administrativas, órgãos e agentes administrativos) e em sentido objectivo (como função administrativa, actividade administrativa).”<sup>402</sup>

Assim sendo, o legislador incluiu no âmbito de aplicação desta norma e, portanto, no âmbito de aplicação dos seus princípios, “a administração levada a cabo por autoridades administrativas independentes, que não estão sujeitas a direcção, superintendência ou tutela governamental (caso da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, do Provedor de Justiça, da Comissão Nacional de Eleições), etc.”. E ainda estão incluídas entidades privadas “quando disponham de poderes administrativos por delegação das autoridades administrativas competentes”, como também “as autoridades reguladoras independentes no exercício dos seus poderes de regulação e/ou supervisão.”<sup>403</sup>

#### **4. No Código do Procedimento Administrativo**

O CPA Velho foi criado pelo DL n.º 442/91, de 15 de Novembro, quinze anos depois da aprovação da CRP e também veio consagrar o princípio da imparcialidade<sup>404</sup> como princípio fundamental da administração pública.

Na sua vertente negativa, a imparcialidade procura a independência da administração pública face aos interesses políticos, impedindo a ponderação de interesses que não são relevantes para a boa decisão do caso concreto. “A imparcialidade esgota-se, assim, na imposição de uma série de proibições”<sup>405</sup>, concretizada no CPA, diploma que consagra um regime de situações de impedimento e de suspeição<sup>406</sup>. Este regime concretiza a vertente negativa do princípio da imparcialidade e permite também que a sua vertente positiva seja prosseguida com maior eficácia, visto que se trata da “obrigação de

---

<sup>401</sup> Logo, a administração pública está vinculada a estes princípios sempre que aplicar uma taxa, imposto, sanção disciplina e coima. In JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 266º, p.558

<sup>402</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume II, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 266º, p. 794

<sup>403</sup> IDEM, p.793 e 794

<sup>404</sup> Artigo 6º (Princípios da justiça e da imparcialidade): “No exercício da sua actividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação.” Redacção que se manteve inalterável durante a vigência do código.

<sup>405</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 154

<sup>406</sup> Artigos 44º a 51º no CPA Velho e artigos 69º a 76º no CPA Novo.

ponderar de uma forma adequada, e previamente à tomada de decisão, todos os interesses juridicamente relevantes.”<sup>407</sup>

À luz do CPA poder-se-ia questionar o âmbito de aplicação do princípio da imparcialidade. O principal destinatário é a administração pública, “isto é, o conjunto das autoridades, órgãos e agentes administrativos que pertencem à Administração Central do Estado, quer à Administração Regional e à Administração Local, e que têm por finalidade a satisfação regular e contínua das necessidades colectivas.”<sup>408</sup>

Assim, cabe questionar se o CPA consagra um âmbito de aplicação tão amplo como anteriormente observámos no artigo 266º da CRP, estendendo a aplicação de princípios fundamentais como a imparcialidade a entidades que não fazem parte da administração pública e que, por vezes, são de natureza privada.

No CPA Velho, o artigo 6º que consagra o princípio da imparcialidade não determina quais as entidades que estão sujeitas a este princípio, determinando que a administração pública deve tratar de forma imparcial todos os que com ela entrem em acção, no sentido do artigo 2º n.º 2<sup>409</sup>. Tal leva-nos a colocar a questão de saber se outras entidades que não façam parte da estrutura orgânica da administração pública e que, por vezes, nem têm natureza pública mas exercem funções dotadas de poderes de autoridade públicos se também estão sujeitas a este princípio. À luz do artigo 2º n.º 5 do CPA Velho<sup>410</sup> a resposta parece ser negativa, ainda que o artigo 2º n.º 3<sup>411</sup> nos pareça uma excepção. Assim, o CPA Velho não parece alargar o seu âmbito de aplicação a outras entidades que não aquelas que integram a administração pública.

Ainda assim, autores como MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, defendem uma ideia contrária: “Sujeitas ao princípio da imparcialidade administrativa encontram-se, também, todas as entidades privadas que, de alguma forma ou de outra, colaborarem com a Administração Pública na satisfação das necessidades colectivas, mas apenas na

---

<sup>407</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 155

<sup>408</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 122

<sup>409</sup> Artigo 2º (Âmbito de aplicação): “2. São órgãos da Administração Pública, para os efeitos deste Código: a) Os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas; b) Os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas; c) Os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações.”

<sup>410</sup> Artigo 2º (Âmbito de aplicação): “5. Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.”

<sup>411</sup> Artigo 2º (Âmbito de aplicação): “3. O regime instituído pelo presente Código é ainda aplicável aos actos praticados por entidades concessionárias no exercício de poderes de autoridade.”

exacta medida em que exerçam poderes de autoridade.”<sup>412</sup> Para esta autora, o âmbito restricto do CPA Velho não é obstáculo quando este não aplica os princípios a estas entidades privadas que colaboram com a administração pública, invocando a força do texto constitucional do artigo 266º n.º 2.<sup>413</sup>

Com o recente CPA Novo<sup>414</sup>, o princípio da imparcialidade também foi consagrado, agora num artigo autónomo e com uma redacção mais densa. A redacção do artigo 9º<sup>415</sup> especifica que “todos e apenas os interesses relevantes” devem ser considerados no procedimento, referindo a observação de critérios objectivos e preservação da isenção administrativa.

Quaisquer dúvidas que pudessem existir quanto ao âmbito da aplicação deste princípio são dissipadas pelo artigo 2º do CPA Novo<sup>416</sup> que, no sentido da opinião de MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, aplica os princípios gerais da actividade administrativa a quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, no exercício de poderes públicos.

À luz de tudo o que já havia sido referido no capítulo sobre o Direito Administrativo e a aplicação de princípios fundamentais a entidades que não fazem parte da administração pública e independentemente da sua natureza, parece-nos que a redacção do CPA Novo vem proteger os particulares e, com a nova formulação do princípio da imparcialidade, consagra expressamente as vertentes positiva e negativa deste princípio.

## **5. Teses da imparcialidade da administração pública**

Apesar de parecer indiscutível que a administração pública deve ser imparcial, enquanto princípio consagrado no nosso ordenamento jurídico pela CRP e CPA, nem sempre, e ainda hoje, a ideia de que a administração deve ser, em qualquer situação, perante quaisquer interesses, imparcial é unanimemente aceite.

---

<sup>412</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 123

<sup>413</sup> IDEM, p. 124

<sup>414</sup> Aprovado pelo DL n.º 4/2015, de 07 de Janeiro.

<sup>415</sup> Artigo 9º (Princípio da imparcialidade): “A Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objectividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção.”

<sup>416</sup> Artigo 2º (Âmbito de aplicação): “1. As disposições do presente Código respeitantes aos princípios gerais, ao procedimento e à actividade administrativa são aplicáveis à conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito administrativo.”

## 5.1 Parcialidade na prossecução do interesse público

“Durante muito tempo, constituiu entendimento comum entre a doutrina a asserção da existência de uma contradição lógica e de uma impossibilidade prática entre a posição de parte ocupada pela Administração Pública e as exigências da imparcialidade enquanto parâmetro de comportamento e regra de conduta.”<sup>417</sup>

Autores como MARCELLO CAETANO e BAPTISTA MACHADO entendiam que não se podia exigir que a Administração fosse imparcial na prossecução do interesse geral.

Também MARCELO REBELO DE SOUSA entende que “a administração pública é ainda, em certo sentido, parcial.”<sup>418</sup> No entender deste autor, a parcialidade da administração pública decorre da prossecução dos interesses públicos “que a transforma por definição em parte interessada em todas as situações em que deva intervir”<sup>419</sup>.

Também para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA “a Administração não pode conceber-se como neutral em relação à prossecução do interesse público.”<sup>420</sup>

Numa posição isolada, RUI GUERRA DA FONSECA considera que o problema da parcialidade se coloca no momento em que a administração participa activamente na projecção da normatividade jurídica sobre factos por si originados, pelo menos parcialmente.<sup>421</sup>

## 5.2 Imparcialidade na ponderação de interesses

Porém, ainda que MARCELO REBELO DE SOUSA entenda que “a administração é necessariamente parcial na prossecução do interesse público”, noutro plano, a administração pública “é também necessariamente imparcial na ponderação dos interesses públicos e privados sobre os quais a sua actuação se repercute.”<sup>422</sup>.

---

<sup>417</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 113

<sup>418</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004, p. 45

<sup>419</sup> IDEM. No mesmo sentido, MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 113 e 114

<sup>420</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume II, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2010, p. 802

<sup>421</sup> “Tanto a administração como o juiz projectam a normatividade jurídica sobre os factos; mas enquanto a administração o faz sobre factos por si originados, pelo menos parcialmente, o juiz fá-lo apenas sobre factos que, por lhe serem dados, lhe são alheios e, por isso, o não condicionam na intencionalidade.” In RUI GUERRA DA FONSECA, “A imparcialidade como indisponibilidade do facto: ou o critério essencial da distinção entre Administração e Juiz” in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra Editora, 2012, p.814

<sup>422</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004, p. 45 e 210. No mesmo sentido JOSÉ MANUEL SANTOS BOTELHO, AMÉRICO

Neste sentido, a ideia de parcialidade relaciona-se com a ideia de ser parte e, por isso, ter interesse no sentido da decisão. Face à natureza do interesse prosseguido pela administração pública e os poderes de que são dotadas as entidades administrativas no cumprimento das suas funções, é relevante que se encontre na imparcialidade uma garantia de protecção de outros interesses.

### 5.3 Da relevância do interesse público

Como já foi referido anteriormente, a imparcialidade parece incompatibilizar-se com a prossecução exclusiva do interesse público. Afinal como poderia a administração ponderar de forma isenta e imparcial vários interesses em conflito se a sua actividade está restricta a finalidades públicas?

Porém, é o princípio da imparcialidade que “impõe a exclusividade na prossecução do interesse público”<sup>423</sup> porque o seu fundamento encontra-se na natureza dos interesses prosseguidos.

Na redacção primitiva do artigo 270º da CRP<sup>424</sup>, os funcionários e agentes do Estado bem como demais entidades públicas servem exclusivamente o interesse público. O actual artigo 269º da CRP<sup>425</sup> mantém esta exclusividade na função administrativa. É esta exclusividade na prossecução de interesses de natureza pública que exige a imparcialidade e que, no nosso entendimento, se comunica a outras entidades quando estas também prosseguem fins públicos dotadas de poderes de autoridade.

Assim, tem entendido a doutrina<sup>426</sup> que, para que determinado acto administrativo seja considerado parcial, deve demonstrar-se que a administração pública ponderou interesses alheios ou deixou de valorar interesses juridicamente protegidos, o que se concretiza num desvio de poder, isto é, o fim prosseguido não coincide com o fim estabelecido pela lei.

---

PIRES ESTEVES e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo anotado e comentado*, 5ª edição, Almedina, 2002, anotação ao artigo 6º, p. 95

<sup>423</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p.167

<sup>424</sup> Artigo 270º (Regime da função pública): “1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração” na versão do Decreto de 10 de Abril de 1976.

<sup>425</sup> Artigo 269º (Regime da função pública): “1. No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração.” Na versão dada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro.

<sup>426</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984, p. 333; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004, p. 197; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2001, p.144 e 145

DAVID DUARTE identifica quatro vícios susceptíveis de afectar a legalidade de actos administrativos, em virtude de violação do princípio da imparcialidade: a ausência de ponderação consiste no vício da decisão que “traduz a realização de um processo de decisão aleatório, no qual não são ponderados os interesses e, antes disso, não é feita uma selecção dos interesses que devem ser considerados”<sup>427</sup>, o que nos coloca perante uma decisão arbitrária, visto não haver qualquer ponderação; o défice do material de ponderação tem origem no “incumprimento da projecção procedimental do princípio da imparcialidade na sua vertente positiva, ou seja, a não realização procedimental do princípio da aquisição de material para a ponderação”<sup>428</sup>; o desvio negativo da ponderação consiste na falta de ponderação de interesses que deviam ter sido considerados<sup>429</sup>; e, por último, o desvio positivo da ponderação consiste “na ponderação de factos e interesses irrelevantes (...) de modo a que, na ponderação em sentido estrito, vão ser contrapostos interesses relevantes com interesses irrelevantes.”<sup>430</sup>

A violação do princípio da imparcialidade está sempre relacionada com o desrespeito pelo interesse público, ao qual a actividade da administração está afecta.

#### **5.4 Imparcialidade sem interesses próprios**

A parcialidade está ligada à ideia de parte no processo e que, por isso, tem interesses próprios a defender. Porém, alguns autores entendem que “os conceitos de parte e de imparcialidade são intrinsecamente incompatíveis, pelo que não é possível defender a sua coexistência.”<sup>431</sup>

Numa posição isolada, CABRAL DE MONCADA defende que a administração não tem interesses próprios, pelo que se limita a prosseguir os interesses que a lei determina como finalidade da sua actividade, logo a observação do princípio da imparcialidade concretizar-se-á através da ponderação de todos os interesses relevantes.<sup>432</sup>

No mesmo sentido, MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO acrescenta que a administração “não pode ser equiparada a um particular que defende os seus interesses, porque os

---

<sup>427</sup> DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, 1996, p.456

<sup>428</sup> IDEM, p.458

<sup>429</sup> IDEM, p.461

<sup>430</sup> IDEM, p.462

<sup>431</sup> IDEM, p. 117

<sup>432</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, “Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance” in *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, p.700

interesses da Administração são públicos”<sup>433</sup>. Em suma, a administração pública não é parte porque é uma função, não sendo parte não pode ter interesses próprios, por isso a tese da administração pública como parte imparcial, maioritariamente aceite pela doutrina, não pode ser aceite.<sup>434</sup>

Visto a ideia de imparcialidade importar a apreciação dos interesses relevantes em jogo, incluindo o interesse público, a solução apresentada por esta autora é não considerar a administração pública como parte, de modo que já não poderá ser acusada de parcialidade porque o interesse público não é o seu interesse próprio.

Assim, para MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO “o princípio da imparcialidade traduz-se na prossecução objectiva, exclusiva e transparente do interesse público definido por lei, através da ponderação de todos os interesses públicos e privados juridicamente relevantes na situação a conformar.”<sup>435</sup>

Em forma de conclusão, não conseguimos concordar com a doutrina de MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO e CABRAL MONCADA, de acordo com os quais o interesse das entidades administrativas não é um interesse próprio. Concordo que não possamos comparar o interesse próprio de um particular com o interesse público de uma entidade administrativa mas a imparcialidade residirá na ponderação de todos e somente os interesses relevantes para o caso, sejam públicos ou privados.

Por um lado, não é necessário que o interesse público não seja um interesse próprio para garantir a imparcialidade. Aliás, como veremos no próximo capítulo, existem entidades não administrativas que, num primeiro momento, não têm o interesse público como interesse próprio mas que continuam obrigados a observar o princípio da imparcialidade.

Por outro lado, se o interesse público não fosse interesse próprio, a administração pública não seria adequada para representar e defender este interesse, logo só lhe seria exigível a imparcialidade na medida em que pondera vários interesses particulares da mesma forma que um juiz julga interesses que lhe são estranhos. Esta equiparação iria criar inúmeros problemas que têm sido resolvidos ao concluir que uma entidade

---

<sup>433</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 114

<sup>434</sup> “A referência à República e à vontade popular, antes de qualquer referência ao Estado, deve ser interpretado como demonstrando que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado-Administração, ele é o interesse da comunidade política, o interesse geral.” in DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público, Direito administrativo fundacional – enquadramento dogmático*, Almedina, 2014, p. 366

<sup>435</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p.161

administrativa, no âmbito do procedimento administrativo, não tem a mesma função que o juiz.

Quando nos referimos a um interesse próprio, referimos um interesse que é característico, diríamos até exclusivo de alguém e, por isso, só o seu titular é competente para exercer actividades e funções que tenham esse interesse em vista.

Foi precisamente isto que o legislador concretizou quando determinou que o interesse público é o interesse exclusivo da administração pública.

Assim, parece-nos defensável que a administração pública tenha um interesse próprio – o interesse público. E é na medida em que prossegue este interesse que também lhe é exigível que seja imparcial.

## **6. Da aplicação a outras entidades**

É a exclusividade na prossecução de interesses públicos que exige a imparcialidade à administração pública e que, por sua vez, se comunica a outras entidades quando estas também prosseguem fins públicos.

Para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS a função administrativa “é tipicamente exercida por órgãos não apenas estaduais (e nem sequer apenas públicos) normalmente caracterizados pela interdependência, pela iniciativa e pela parcialidade, cujos titulares são amovíveis e responsáveis pela realização, nos termos normativamente definidos, dos interesses públicos cuja prossecução lhes está confiada”<sup>436</sup>.

A outras entidades, que não as estaduais, podem ser atribuídos poderes de autoridade por lhes ser delegada uma função administrativa e, por isso, devem agir tendo em vista interesses públicos. É precisamente estes interesses que fundamentam o princípio da imparcialidade, transformando-o numa exigência.

Também MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO considera que o princípio da imparcialidade deve vincular “todas as entidades privadas que forem chamadas a colaborar com a Administração Pública no exercício da função administrativa e a quem, nessa medida, forem atribuídos poderes administrativos.”<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004, p.38

<sup>437</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 90



## CAPÍTULO II

# EM ESPECIAL, A IMPARCIALIDADE COMO DEVER DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO SANCIONATÓRIO

### **1. Tese da imparcialidade de todas as autoridades administrativas**

Neste capítulo, pretende-se colocar a questão de saber se as autoridades administrativas no âmbito do Direito Contra-ordenacional estão sujeitas ao princípio da imparcialidade.

À luz do que foi estudado no capítulo anterior, a resposta pode parecer óbvia.

Se as autoridades administrativas que aplicam coimas no exercício das suas funções são entidades que pertencem à organização da administração pública a imparcialidade é-lhes exigível, por força da estrutura orgânica a que pertencem, conforme o texto constitucional e das disposições do CPA. Se, porém, as autoridades administrativas que aplicam coimas no exercício das suas funções não são entidades administrativas integradas na estrutura orgânica da administração pública, é defensável à luz do texto constitucional e, em especial mais recentemente com o CPA Novo, que também lhes seja exigível a submissão ao princípio da imparcialidade administrativa.

A submissão de outras entidades, que não pertencem à administração nem sequer são de natureza pública, ao princípio da imparcialidade confirma o critério defendido nesta dissertação para o Direito Administrativo como o do interesse público, pois as outras entidades não estão submetidas ao princípio porque são dotadas de poderes de autoridade mas sim porque estes poderes de autoridade são concedidos com a finalidade de prosseguir interesses públicos, não se podendo aceitar que sejam facultados poderes públicos de autoridade a outras entidades quando estas prossigam interesses que não sejam públicos. Neste caso, estaríamos perante um desvio de poder que enferma de ilegalidade todos os actos que fossem praticados.

O problema coloca-se em saber quais os contornos do princípio da imparcialidade no âmbito do Direito Contra-ordenacional.

A imparcialidade do juiz difere da imparcialidade das entidades administrativas. Logo, se o Direito Contra-ordenacional, para além de ser um ramo autónomo, foi construído com base em influências do Direito Penal e do Direito Administrativo, é legítimo questionarmo-nos sobre as influências destes ramos do direito na imparcialidade exigida

às autoridades administrativas, no exercício dos seus poderes, no âmbito do Direito Contra-ordenacional.

## 2. Em função do carácter sancionatório

Como já concluímos na Parte I desta dissertação, o Direito Penal influencia o Direito Contra-ordenacional principalmente por partilharem carácter sancionatório.

Esta influência acarreta uma problemática relacionada com o princípio da imparcialidade: será de aplicar o princípio da acusação de Direito Penal ao Direito Contra-ordenacional, em virtude da remissão do artigo 32º do RGCO?

O princípio da acusação está consagrado na primeira parte do n.º 5 do artigo 32º da CRP<sup>438</sup> e é uma garantia da imparcialidade do juiz.

No âmbito do Direito Penal, este princípio impõe uma estrutura acusatória do processo, isto é, “no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento; no plano subjectivo, significa a diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador.”<sup>439</sup> Em maior rigor, esta estrutura do processo penal exige: “(a) proibição de acumulações orgânicas a montante do processo, ou seja, que o juiz de instrução seja também o órgão de acusação; (b) proibição de acumulação subjectiva a jusante do processo, isto é, que o órgão de acusação seja também órgão julgador; (c) proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento, isto é, o órgão que faz a instrução não faz a audiência de discussão e julgamento e vice-versa.”<sup>440</sup>

Também como garantia da imparcialidade, o princípio do inquisitório refere-se especificamente à separação entre o órgão encarregue do inquérito e o juiz de julgamento, determinando que “cabe ao tribunal julgar os factos constantes da acusação e não conduzir officiosamente a investigação da responsabilidade penal do arguido.”<sup>441</sup>

Assim, de acordo com DAVID DUARTE, “aparece como um corolário da vertente positiva do princípio da imparcialidade, ao atribuir ao órgão responsável pela instrução a responsabilidade de captar os factos e os interesses relevantes para a decisão.”<sup>442</sup>

---

<sup>438</sup> Artigo 32º (Garantias do processo criminal): “5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

<sup>439</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 32º, p. 522

<sup>440</sup> IDEM

<sup>441</sup> IDEM

<sup>442</sup> DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, 1996, p.500

Estes princípios poderiam ser transportados para o procedimento administrativo e, consequentemente, para a fase administrativa no âmbito do processo contra-ordenacional, traduzindo-se numa “separação institucional e procedimental entre o órgão que conduz a fase instrutória de um procedimento administrativo, ou seja, o órgão competente para proceder à recolha e tratamento da informação juridicamente relevante no caso concreto, e o órgão encarregue de avaliar e ponderar os elementos informativos recolhidos, isto é, o órgão com competência para praticar o acto administrativo final.”<sup>443</sup>

Desta forma, pretende-se controlar a actividade do órgão competente para a instrução pelo órgão com competência para decidir e pretende-se “evitar uma instrumentalização da decisão final, através de uma dupla apreciação dos factos e, consequentemente, uma eventual revisão dos resultados apresentados.”<sup>444</sup>

Cabe questionar-nos sobre a aplicação do princípio da acusação à fase administrativa do processo contra-ordenacional.

O legislador não consagrou uma estrutura acusatória no RGCO mas, por força da remissão dos artigos 32º e 41º n.º 1 deste regime<sup>445</sup>, poderíamos questionar se se aplicarão subsidiariamente as normas de Direito Penal que lhe digam respeito, salvo disposição contrária.

Porém, parece-nos que o RGCO consagra expressamente uma solução incompatível com a aplicação do princípio da acusação. A redacção do artigo 54º n.º 2 do RGCO<sup>446</sup> não nos permite transportar para o Direito Contra-ordenacional aquele princípio de Direito Penal, determinando que é a mesma autoridade que conduz todo o processo.

Para alguns autores, a separação entre a entidade que acusa e julga no processo contra-ordenacional não é possível em virtude da própria natureza do processo.

Para SOARES RIBEIRO a distinção física entre o julgador e o acusador é impossível na fase administrativa, considerando que “a prossecução e prática desses dois momentos processuais pela mesma autoridade é, por isso mesmo, uma fatalidade.”<sup>447</sup>

A. LEONES DANTAS suporta esta posição realçando uma diferença muito importante entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional: “O processo das contra-

---

<sup>443</sup> MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, p.310

<sup>444</sup> IDEM, p.310 e 311

<sup>445</sup> Normas que remetem para os regimes do Código Penal e do Código do Processo Penal.

<sup>446</sup> Artigo 54º (Da iniciativa e da instrução): “2. A autoridade administrativa procederá à sua investigação e instrução, finda a qual arquivará o processo ou aplicará uma coima.”

<sup>447</sup> JOÃO SOARES RIBEIRO, “Natureza de decisão administrativa em processo de contra-ordenação”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, nº63, Coimbra Editora, 2003, p.104

ordenações não conhece, contudo, ao nível da sua estrutura, a diferenciação entre impulso processual e decisão que caracteriza o processo penal, nem conhece a divisão entre fases preliminares e fases subsequentes que se verifica naquela forma de procedimento.” De facto, a autoridade administrativa apresenta competências paralelas às do Ministério Público em processo penal no momento do impulso processual mas, por outro lado, detém o poder de decidir.<sup>448</sup> Este autor interpreta o artigo 62º do RGCO<sup>449</sup>, concluindo que a formulação do n.º1 determina que não há “um acto com a função da acusação em processo penal.”<sup>450</sup>

LOPES DE AZEVEDO também defende que não se aplica o princípio da acusação ao Direito Contra-ordenacional justificando que, em primeiro lugar, o processo contra-ordenacional foi criado para ser célere sem desrespeitar as garantias dos arguidos; e, em segundo lugar, coloca a questão de saber se será possível haver duas autoridades administrativas que dividam entre si as tarefas da instrução e acusação, e decisão da causa.

Este autor defende que não há aplicação subsidiária do Direito Penal nesta matéria, pois o RGCO no seu artigo 54º n.º2 determina que é a mesma autoridade administrativa que instrui, acusa e julga, logo é a natureza do direito das contra-ordenações que impede que este princípio seja transferido do Direito Penal.

Ao contrário do juiz em processo penal e na fase jurisdicional do Direito Contra-ordenacional, “os Tribunais têm como critério único os valores da justiça”, a autoridade administrativa não só observa este critério como também o critério do interesse público. “Ora, a fase administrativa tem como finalidade a prossecução pela autoridade administrativa, como órgão da actividade sancionatória que é, da verdade material relativa a hipotéticas condutas que violaram normas de direito contra-ordenacional”. Assim, conclui que a “imparcialidade que é essência no direito penal, não cabe no direito contra-ordenacional em virtude da própria natureza deste último direito”. O autor entende que o papel da autoridade administrativa não é o de um órgão jurisdicional

---

<sup>448</sup> A. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, n.º14, p.297

<sup>449</sup> Artigo 62º (Envio dos autos ao Ministério Público): “1. Recebido o recurso, e no prazo de cinco dias, deve a autoridade administrativa enviar os autos ao Ministério Público, que os tornará presentes ao juiz, valendo este acto como acusação.”

<sup>450</sup> A. LEONES DANTAS, “O Ministério Público no processo das contra-ordenações”, in *Questões Laborais*, ano VIII, n.º17, p.27

“acusatório ou decisório” mas simplesmente de entidade sancionadora, sendo um papel contrário ao da ideia de imparcialidade no Direito Penal.<sup>451</sup>

Para LOPES DE AZEVEDO, só podemos esperar que a autoridade administrativa seja isenta na medida em que a prossecução do interesse público é feita de “modo justo”<sup>452</sup>. Só recorrendo aos tribunais judiciais é que teremos a garantia de que a questão é decidida de modo imparcial, tendo como único critério a justiça, se a decisão administrativa se demonstrar “juridicamente injusta” ou não tenha respeitado o interesse público.

LOPES DE AZEVEDO conclui que “o princípio da acusação contra-ordenacional é distinto do princípio da acusação no âmbito criminal. O direito das contra-ordenações tem uma natureza jurídica própria que o impede de transplantar o princípio da acusação do direito processual penal para o direito contra-ordenacional. É de rejeitar *prima facie* a aplicação do princípio da acusação, por razões relativas à natureza do direito das contra-ordenações, mas também por motivos de praticabilidade.”<sup>453</sup>

O Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre a questão da aplicação do princípio da acusação ao processo contra-ordenacional. É do entendimento deste tribunal que “não ficam lesadas as garantias de defesa do arguido com o facto de ser a mesma entidade aquela que profere o despacho sancionador: tal intervenção não coloca o autor deste despacho numa situação que condicione ou afecte a sua isenção no acto de «julgamento».”<sup>454</sup>

O Tribunal Constitucional pronuncia-se no sentido de não reconhecer que haja um princípio de acusação no processo contra-ordenacional idêntico ao que existe no processo penal, nem necessita de consagrar tal princípio, basta que sejam sempre garantidos direitos de defesa ao arguido.<sup>455</sup>

---

<sup>451</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.118-121

<sup>452</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, p.122

<sup>453</sup> IDEM, p.281

<sup>454</sup> Acórdão do TC n.º 581/04, Proc. 665/03., no qual decidiu não julgar inconstitucionais os artigos 39º n.º 1 al. c) e 40º do CPP, artigo 2º do RGCO Laborais e artigo 41º do DL n.º 433/82, quando interpretados no sentido da inaplicabilidade dos dois primeiros a casos em que o autor da decisão de um processo de contra-ordenação laboral confirmou, anteriormente, o auto de notícia levantado ao destinatário dessa decisão.

<sup>455</sup> “a garantia constitucional dos direitos de audiência e de defesa em processo contra-ordenacional (...) não pode comportar a consagração de um princípio da estrutura acusatória do processo idêntico ao que a Constituição reserva, no n.º 5 do artigo 32º, para o «processo criminal».” in Acórdão do TC n.º 581/04, Proc. 665/03.

A este respeito, cabe-nos também concluir que não é possível transportar a estrutura acusatória do Direito Penal para o Direito Contra-ordenacional. Em função da sua natureza particular, este ramo do direito distancia-se uma vez mais do Direito Penal.

Sendo a primeira fase do processo contra-ordenacional uma fase administrativa, conduzida por uma autoridade administrativa, com vista à aplicação de uma sanção, faria sentido o inquérito ser dirigido por uma entidade e, num segundo momento, a ponderação e tomada de decisão pertencerem à competência de outra entidade.

Porém, enquanto no Direito Penal a divisão de competências entre o juiz de instrução criminal e o juiz de julgamento é uma garantia de imparcialidade, no Direito Contra-ordenacional esta estrutura não teria o mesmo efeito prático.

Afinal, as autoridades administrativas não têm como fim da sua actividade a justiça, nem a imparcialidade administrativa que se lhes aplica as impede de ter interesse na causa. A estrutura acusatória no processo contra-ordenacional não ia impedir que duas autoridades administrativas não tivessem interesse na causa, pois continuam a prosseguir exclusivamente o interesse público.

O facto de não se aplicar a estrutura acusatória do Direito Penal no Direito Contra-ordenacional também não é obstáculo à imparcialidade das autoridades administrativas. Como se verá melhor na conclusão deste capítulo, a imparcialidade administrativa aplicável às autoridades administrativas não corresponde à imparcialidade judicial exigida aos juízes nos casos de Direito Penal. Enquanto os juízes não podem ser partes na causa e, por isso, não podem ter interesse no sentido da decisão, a imparcialidade administrativa não exige, no nosso entender, que as autoridades administrativas não sejam partes na causa ou, pelo menos, não tenham interesse na decisão.

### **3. Em função da influência dominante do Direito Administrativo**

Como já concluímos na Parte I desta dissertação, o Direito Administrativo tem uma influência predominante no Direito Contra-ordenacional.

Esta influência acarreta uma problemática relacionada com o princípio da imparcialidade: tendo a autoridade administrativa um interesse na decisão da causa, nomeadamente porque beneficia, pelo menos em parte, da coima aplicada, estará a ser imparcial na sua função?

O interesse público das autoridades administrativas no âmbito do Direito Contra-ordenacional tem uma vertente que pode pesar no momento de decidir: o benefício do produto das coimas.

Anteriormente concluímos que o interesse público é o interesse próprio das entidades administrativas mas, no cumprimento do princípio da imparcialidade, estas estão obrigadas a ponderar todos os interesses em causa de acordo com critérios objectivos.

Por um lado, certas autoridades administrativas não pertencem à orgânica da administração pública e não são necessariamente de direito público, pelo que não estão obrigadas a prosseguir, pelo menos de forma exclusiva, o interesse público. Por isso, estas entidades são criadas para prosseguirem objectivos que lhes são delegados com as respectivas faculdades ou poderes.

Por outro lado, o facto de o resultado das coimas reverter para a autoridade que decidiu a sua aplicação pode colocar em risco a imparcialidade das autoridades administrativas, atribuindo um maior peso ao interesse público no momento da ponderação de interesses. O Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre esta questão, defendendo que as coimas não podem “ser utilizadas como meio de financiamento da própria Administração Pública, sob pena de desvio de poder na decisão administrativa que aplica a sanção”.<sup>456</sup> De facto, o fim da decisão da autoridade administrativa deve ser a prossecução do interesse público depois de ponderados todos os interesses relevantes, logo, se a decisão que aplica coima, ou o cálculo do montante da mesma, é fundamentada na obtenção de receitas para si própria, aquela decisão enferma de vício de desvio de poder que torna o acto inválido.

Continua este Tribunal que as autoridades administrativas, “independentemente de beneficiarem – apenas a final – do produto das coimas pagas pelos arguidos, certo é que persistem vinculados aos princípios da imparcialidade e da justiça”.<sup>457</sup>

Mais uma vez, a resposta para a aplicação de sanções não criminais não restrictivas da liberdade por autoridades administrativa reside na possibilidade de recurso para os tribunais e nas garantias de defesa do arguido.

Na fase judicial do processo contra-ordenacional, o arguido terá que demonstrar “que a decisão administrativa condenatória havia sido tomada mediante violação dos deveres de imparcialidade e com o intuito de prosseguir um interesse público distinto do visado pela lei”<sup>458</sup> para que o seu pedido seja julgado procedente.

---

<sup>456</sup> Acórdão do TC n.º 278/2011, Proc. 547/10.

<sup>457</sup> Idem

<sup>458</sup> Acórdão do TC n.º 278/2011, Proc. 547/10.

#### 4. Conclusão

Nesta conclusão cabe-nos resumir quais os contornos da imparcialidade das autoridades administrativas, por contraste com os ramos de Direito Administrativo e Direito Penal.

A imparcialidade administrativa consiste na prossecução exclusiva do interesse público, através da ponderação de todos e somente os interesses relevantes no caso concreto.

Em regra, o princípio da imparcialidade administrativa é de aplicar a todas as entidades que pertencem à administração pública mas também a outras entidades, independentemente da sua natureza, que sejam dotadas de poderes de autoridade pela lei com o fim de prosseguir interesses públicos<sup>459</sup>. Da mesma forma, as autoridades administrativas competentes para aplicar coimas inserem-se, apesar da sua diversidade, no âmbito amplo do artigo 266º n.º 2 da CRP e agora no âmbito do CPA Novo.

O fundamento da imparcialidade reside na natureza dos interesses prosseguidos.

No âmbito do Direito Contra-ordenacional, os interesses prosseguidos pelas autoridades administrativas continuam a ser interesses públicos e, em última análise, são eles que configuram os contornos do princípio da imparcialidade contra-ordenacional.

Defendemos, juntamente com a maioria da doutrina, que a administração pública é parcial na prossecução do interesse público e imparcial na ponderação de interesses, em vez de não ter qualquer interesse próprio. Da mesma forma, as autoridades administrativas também são simultaneamente parciais e imparciais.

Se adoptássemos a posição de que a administração pública não tem interesse próprio, a imparcialidade exigida às entidades administrativas seria a mesma que é exigida ao juiz. A imparcialidade judicial traduz-se na proibição do juiz ser parte no processo, ou seja, de ter qualquer interesse no sentido da decisão, garantindo que pondera os interesses em causa, segundo critérios de justiça. Se a administração pública não tivesse interesse próprio, a imparcialidade só lhe poderia ser exigida nestes termos, pois todos os interesses em causa lhe seriam estranhos.

Enquanto para a função judicial, ser parcial é ser parte, para a função administrativa ser parcial corresponde a vício na ponderação de interesses. O legislador terá percebido que, ao atribuir competência decisória às entidades administrativas e tendo elas um interesse a defender, teria que lhes exigir a imparcialidade na medida em que isso seria

---

<sup>459</sup> A autoridade administrativa ainda continua a orientar a sua actuação em função de normas e princípios de direito administrativo, pelo que é de aplicar o princípio da imparcialidade. ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES e JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas*, 3ª edição, Almedina, 2009, anotação ao artigo 41º, p. 114

uma precaução contra a prevalência do interesse público face a outros interesses em causa.

Não é de admitir as posições que defendem que no âmbito do Direito Contra-ordenacional não existe imparcialidade por não fazer parte da sua natureza. Tendo em conta os interesses públicos protegidos pelo Direito Contra-ordenacional, a exclusão da aplicação do princípio da acusação penal e o artigo 54º n.º 2 do RGCO que determina que é a mesma entidade que instrui, acusa e julga, a exigência de imparcialidade é perfeitamente defensável.

O interesse público é o interesse próprio das autoridades administrativas, independentemente da sua natureza, logo, no âmbito das suas funções que incluem aplicar sanção pecuniária, o princípio da imparcialidade é essencial para garantir que há ponderação de interesses. No seguimento daquilo que foi decidido pelo Tribunal Constitucional a respeito da não aplicação do princípio da acusação de Direito Penal no Direito Contra-ordenacional e a respeito do interesse em decidir pela aplicação de coimas pois o seu produto reverte para as autoridades administrativas, a natureza do Direito Contra-ordenacional coloca novos desafios em matéria de garantias da imparcialidade. Porém, não são sem solução. É de extrema relevância garantir o recurso para os tribunais judiciais e preservar os direitos de defesa dos arguidos, de forma a controlar a actuação das autoridades administrativas. É também de notar que os interesses públicos que são a finalidade da actividade das autoridades administrativas são um limite importante durante todo o processo, em especial na ponderação de todos os interesses.

A imparcialidade do Direito Contra-ordenacional também conhece duas vertentes, a positiva e a negativa, aceites pela maioria da doutrina a respeito da imparcialidade administrativa. Cabe-nos somente perguntar se não é possível que, em certos casos, no momento da ponderação de interesses, o interesse público não tenha maior peso que os interesses privados, já que a autoridade administrativa deve prosseguir em exclusividade este interesse no exercício dos seus poderes. Ora, o Direito Administrativo tem vindo a caminhar no sentido de o interesse público deixar de ser sempre superior aos interesses privados, para colocá-los numa situação de igualdade<sup>460</sup>, apesar de as entidades

---

<sup>460</sup> A título de exemplo refere-se a introdução do critério da ponderação de interesses no contencioso administrativo. Esta ponderação de interesses vem substituir ou abandonar o “requisito negativo” do artigo 76º da LPTA (o “grave prejuízo para o interesse público” como valor absoluto), onde prevalecia o interesse público sobre o interesse dos particulares. Com a redacção actual do artigo 120º do CPTA, o juiz tem que ponderar todos os interesses em presença, de forma paritária e proporcional.

administrativas serem dotadas de poderes que não são alcançáveis pelos particulares. Como já referimos, as autoridades administrativas são dotadas de poderes de autoridade especificamente para prosseguirem um interesse público mas isso não significa que, em determinados casos concretos, os interesses privados não prevaleçam sobre o interesse público. Aliás, se não existisse o princípio da imparcialidade administrativa, também aplicável às autoridades administrativas, o interesse público prevaleceria em todas as situações.

Concluimos que o princípio da imparcialidade é essencial para o Direito Contra-ordenacional, garantindo que as autoridades administrativas no exercício dos seus poderes não tenham somente o seu interesse em consideração, mas sim pondere todos os interesses em causa e não aprecie interesses que não são relevantes, sob pena de ocorrer vício de desvio de poder.

## CONCLUSÕES

1. O Direito Contra-ordenacional é um ramo do direito público que sanciona condutas que ofendem bens jurídicos sem dignidade penal ou interesses administrativos em protegê-los com coimas aplicadas por autoridade administrativas.
2. A sua finalidade é a tutela de bens e interesses dignos de protecção levada a cabo pelo Estado, o que justifica os meios utilizados, nomeadamente os poderes de autoridade que criam uma relação de desigualdade entre as autoridades administrativas e os particulares.
3. O Direito Contra-ordenacional é um ramo de direito autónomo, construído com base nas influências do Direito Administrativo e pelo Direito Penal mas que não pertence ao âmbito de nenhum dos dois.
4. A coima é a sanção exclusiva deste ramo de direito, exclusivamente aplicada por autoridades administrativas e que, actualmente, deve ser considerada acto administrativo. Pelo que há um distanciamento deliberado do Direito Penal.
5. Quanto aos fins a prosseguir e os interesses e bens a proteger, o Direito Contra-ordenacional enquanto direito público, à semelhança do Direito Administrativo e do Direito Penal, prossegue fins de interesse geral. Porém, há uma clara preocupação com interesses gerais e interesses de entidades administrativas.
6. Os bens protegidos pelo Direito Contra-ordenacional são bens jurídicos sem dignidade penal mas que carecem de protecção de um ramo de direito sancionatório.
7. As remissões do RGCO para o Direito Penal são justificadas porque tanto o Direito Contra-ordenacional como o Direito Penal são direitos sancionatórios e não porque o Direito Contra-ordenacional se deva aproximar do Direito Penal, antes pelo contrário.
8. As autoridades administrativas não deixam de ser entidades administrativas, independentemente da sua natureza, logo, no exercício das suas funções continuam subordinadas a regras e princípios de Direito Administrativo.
9. Quanto ao processo e as suas fases, não há outra conclusão a retirar senão que não é procedimento administrativo nem processo penal, em virtude das suas características próprias que o distanciam inevitavelmente de um e de outro.

10. O Direito Contra-ordenacional tem uma natureza própria mas com grande proximidade do Direito Administrativo.
11. A imparcialidade administrativa consiste na prossecução exclusiva do interesse público, através da ponderação de todos e somente os interesses relevantes no caso concreto.
12. As autoridades administrativas são parciais na prossecução do interesse público e imparciais na ponderação de interesses.
13. O interesse público é o interesse próprio das autoridades administrativas, independentemente da sua natureza, logo, no âmbito das suas funções que incluem aplicar sanção pecuniária, o princípio da imparcialidade é essencial para garantir que há ponderação de interesses.
14. Enquanto os juízes não podem ser partes na causa e, por isso, não podem ter interesse no sentido da decisão, a imparcialidade administrativa não exige, no nosso entender, que as autoridades administrativas não sejam partes na causa ou, pelo menos, não tenham interesse na decisão.

## BIBLIOGRAFIA

- A. LEONES DANTAS, “O Ministério Público no processo das contra-ordenações”, in *Questões Laborais*, ano VIII, nº17, p.26-40
- A. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, nº14, p.293-332
- AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Coimbra, 1976
- AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011
- ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES e JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas*, 3ª edição, Almedina, 2009
- BELEZA DOS SANTOS, *Direito penal*, Coimbra, 1920
- CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal português*, vol.I, F. França Amado Editor, Coimbra, 1911
- CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Conceito material de crime”, in *Casos e Materiais de Direito penal*, 3ª edição, Almedina, 2009
- CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, 2ª edição, Lisboa, 1945
- CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte general*, vol. I, Editorial Civitas, 1997
- CLAUS ROXIN, “Fins das Penas - Sentido e limite da pena estatal” in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo II, AAFDL, 1983/84
- DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, 1996
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Código do Procedimento Administrativo anotado*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2001

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª edição, Almedina, 2008

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2001

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. III, Lisboa, 1984

DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e interesse público, Direito administrativo fundacional – enquadramento dogmático*, Almedina, 2014

EDUARDO CORREIA, “As grandes linhas da reforma penal” in *Jornadas de direito criminal – o novo código penal português e legislação complementar*, fase I, 1983, p.19-37

EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, 1975

EDUARDO CORREIA, “Direito penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº 49, 1973, p.257-281

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, 5ª edição, Civitas, Madrid, 1989

FRANCISCO PAES MARQUES, “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábua de salvação no tsunami?” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra editora, 2010

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito penal secundário” in *Themis*, ano 3 (2002), nº5, Almedina, p.87-100

GERMANO MARQUES DA SILVA, “Contravenções” in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. I, 2ª edição, Verbo, 2005

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 4ª edição, Verbo, 2000

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume I, Editorial Verbo, 1997

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume II, Editorial Verbo, 1998

- GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, volume III, Editorial Verbo, 1999
- HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 4ª edição, Arménio Amador – Editor, Coimbra, 1976
- J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999
- J. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001
- J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Almedina
- J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007
- J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume II, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2010
- JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981
- JOÃO CASTRO E SOUSA, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*, Coimbra Editora, 1985
- JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 9ª edição, Âncora editora, 2007
- JOÃO CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora editora, 6ª edição, 2001
- JOÃO SOARES RIBEIRO, “Natureza de decisão administrativa em processo de contra-ordenação”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, nº63, Coimbra Editora, 2003, p.99-112
- JOHANNES WESSELS, *Direito penal – Parte geral (aspectos fundamentais)*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1976
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de estudos judiciários, 1983, p.317-336

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do Direito penal secundário” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº116, 1983-4, p.263-267, p.298-301, p.330-333, p.364.367; nº117, 1984-5, p.7-12, p.46-50, p.72-78

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012

JOSÉ DE FARIA COSTA, “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*, nº17, ano VIII, Coimbra Editora, 2001, p.1-11

JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito penal*, Coimbra Editora, 2007

JOSÉ FARIA DA COSTA, “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. 109-143

JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A lei penal na constituição” in *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Petrony, 1978, p.197-254

JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Lições de Direito penal”, in *Textos de Apoio de Direito penal*, Tomo I, AAFDL, 1983/84, p.127-233

JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in *Problemas Fundamentais de Direito penal. Colóquio Internacional de Direito penal em Homenagem a Claus Roxin*, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, p.155-175

JOSÉ MANUEL SANTOS BOTELHO, AMÉRICO PIRES ESTEVES e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo anotado e comentado*, 5ª edição, Almedina, 2002

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol.I, Editora Danubio, Lisboa, 1982

LOPES DO REGO, “Alguns problemas constitucionais do direito das contra-ordenações”, in *Questões laborais*, ano VIII, n.º17, p.12-25

LUÍS CABRAL DE MONCADA, “Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance” in *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, p.661 - 717

M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1984

M. MAIA GONÇALVES, *Código penal português: na doutrina e na jurisprudência*, 5ª edição, Almedina, 1980

MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português*, vol. I, Editorial Verbo, 1981

MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito penal*, vol. I, 2ª edição, Editorial Verbo, 1986

MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)” in *Direito penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, vol.I, Coimbra Editora, 1998, p.75-107

MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito penal*, Lisboa, 1939

MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, 1973

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 1ª edição, Dom Quixote, 2004

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª edição, Dom Quixote, 2006

- MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol.I, Lisboa, 1994/95
- MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, volume I, Lex, Lisboa, 1999
- MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Direito Público” in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol.II, 2ª edição, Verbo, 2005
- MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Justiça Administrativa” in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1994
- MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1994
- MARIA FERNANDA PALMA, *Direito penal – Parte Geral*, II volume, AAFDL, Lisboa, 2001
- MARIA FERNANDA PALMA e PAULO OTERO, “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume 37, Edições LEX, 1996, p.557-591
- MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, C02-1358
- MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984
- MASSIMO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, volume I, Giuffrè, Milão, 1950
- MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, volume I, 3ª edição, Giuffrè Editore, 1993
- MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações” in *Scientia Iuridica*, 1986, p.59-134
- NICOLA ASSINI, *L'illecito penale amministrativo – verifica di un sistema*, Cedam – Padova, 1987
- PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “A reforma do Direito das Contra-ordenações” in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra Editora, 2012, p.735-754

PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, 2008

PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1977

RENE CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tomo I, 15ª edição, Montchrestien, Paris, 2001

RUI GUERRA DA FONSECA, “A imparcialidade como indisponibilidade do facto: ou o critério essencial da distinção entre Administração e Juiz” in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra Editora, 2012, p.797-817

SABINO CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milão, Giuffrè editore, 1973

TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito penal*, 1º volume, 2ª edição, AAFDL, 1984

TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011

VÍTOR SEQUINHO DOS SANTOS, “O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória em processo contra-ordenacional” in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2010, nº14, p.333-381

## JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/04, de 28 de Setembro de 2004, Proc. n.º 665/03

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/2011, de 7 de Junho de 2011, Proc. n.º 547/10

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção criminal, de 11 de Março de 2009 (Processo n.º529/08.2TBTMR.C1), Relatado pelo Conselheiro Jorge Gonçalves.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06 de Fevereiro de 2013 (Proc. n.º 77/12.6TBAVZ.C1)

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07 de Dezembro de 2012 (Proc. n.º 1027/12.5TBBJA.E1)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06 de Janeiro de 2014 (Proc. n.º 720/13.0TBFLG.G1)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 1ª Secção, de 12 de Setembro de 2007 (Processo n.º0711693), Relatado pelo Conselheiro Joaquim Gomes