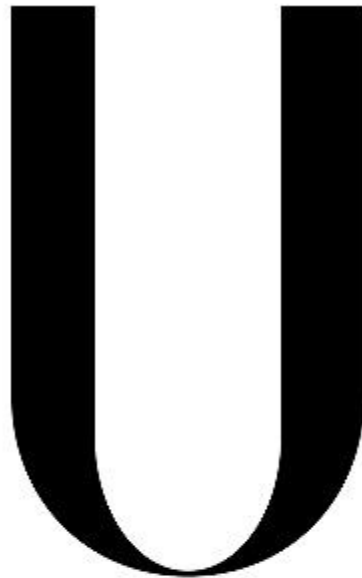


UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Concurso entre crime e contraordenação

A condenação por crime e/ou por contraordenação pela prática do “*mesmo facto*”

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica – especialidade de Direito Penal

Mestrando: Rui Miguel Meirinhos

Orientadora: Professora Doutora Helena Morão

Lisboa

Novembro 2020

Notas de Leitura

As obras referidas no texto estão citadas em nota de rodapé.

A bibliografia final contém referência completa de todas as obras citadas no texto.

As citações realizadas na língua original encontram-se em itálico.

Usamos também itálico nas transcrições ou citações para destacar uma terminologia, expressão ou ideia.

Nas citações em português extraídas de artigos ou acórdãos em língua estrangeira as respetivas traduções são da nossa responsabilidade.

As siglas e abreviaturas utilizadas no texto estão descodificadas na lista constante do início do presente estudo.

Salvo indicação em contrário, toda a jurisprudência do Tribunal Constitucional citada é pesquisável por data ou processo em www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. A restante jurisprudência nacional encontra-se disponível para consulta no *website* da DGSJ, exceto quando expressamente referido no texto.

As decisões jurisprudências do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) referidas no texto podem ser consultadas em <https://hudoc.echr.coe.int/> e as do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) podem ser consultadas em <https://curia.europa.eu>, sendo que são identificadas por referência ao nome do caso, o qual é da nossa responsabilidade. Qualquer legislação da união europeia referida é consultável em <http://eur-lex.europa.eu/>.

As obras e jurisprudência consultada correspondem a material publicado até novembro de 2020.

Optou-se por redigir a tese de acordo com o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa.

Siglas e Abreviaturas

A., AA. – Autor, Autores

Ac. – Acórdão

AdC: Autoridade da Concorrência

Al., als. – Alínea, alíneas

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

Apud. - citado por

AR – Assembleia da República

art., arts. – artigo, artigos

AT – *Allgemeiner Tei*

Bd. – *Band*

BGH – *Bundesgerichtshof*

BGHst – Bundesgerichtshofs in Strafsachen

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BVerfG – Bundesverfassungsgericht

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Código da Estrada

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr./Cf. – Conforme, confira

CMVM – Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários

Consult. – Consultado

Coord. – Coordenador(es)/Coordenação

CP – Código Penal

CPA: Código do Procedimento Administrativo

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DCO – Direito das Contraordenações

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

DUDH Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed., eds. – Edição/edições; editora, editoras

EM – Estado-Membro
ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
EU – Universidade Europeia
FDL – Faculdade de Direito de Lisboa
FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
GA – *Goltdammer's Archiv*
Hrsg. – Herausgeber
i.e. – isto é
ibidem – no mesmo lugar
Idem – o mesmo
in – em
JIC – Juiz de Instrução Criminal
JZ – *Juristische Zeitung*
LCE – Lei das Comunicações Eletrónicas
LdC: Lei da Concorrência
LGT – Lei Geral Tributária
LQCOA: Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais
MP – Ministério Público
N.º, n.º s – número, números
NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*
NSZ – *Neue Zeitschrift für Strafrecht*
NRCJ – Novo Regime Jurídico da Concorrência
Ob. Citada – Obra Citada
Org. – Organizador/Organização
OWiG – *Ordnungswidrigkeiten Gesetz* (lei alemã das contraordenações)
OWiG: *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (Lei das contraordenações alemã)
p. e p. – previsto e punido
P. ex. – por exemplo
p., pp. – Página, páginas
pág., págs. – página, páginas
PG – Parte Geral
proc. – processo
R: – Relator
Reed. – Reedição

reimp. – Reimpressão
rev. – Revista
RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RFDUNL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
RFPDF – Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal
RGCO – Regime Geral das Contraordenações
RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias
RJC – Revista de Jurisprudência Constitucional
RJIFNA – Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras
RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
RMP – Revista do Ministério Público
RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
RSSE – Regime Sancionatório do Sector da Energia
S; ss.- seguinte, seguintes
SK – Systematischer Kommentar zum StGB
STA – Supremo Tribunal Administrativo
StGB – Strafgesetzbuch
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
StPO – Strafprozessordnung
T. – Tomo
TC – Tribunal Constitucional
TCA-Sul: Tribunal Central Administrativo do Sul
TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia
Trad. – tradução, traduzido
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
TRE – Tribunal da Relação de Évora
TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação do Porto
TUE – Tratado da União Europeia

UCP – Universidade Católica Portuguesa

V. – Vide

Vg. – *Vebi gratia* (por exemplo)

Vol., Vols. – Volume, volumes

Vs. – Versus

VV. – vários

WStG: *Gesetz zur Vereinfachung Wirtschaftsstrafrechts* (Lei de Simplificação do Direito Penal Económico Alemão)

ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Palavras-chave: *contraordenação, princípio ne bis in idem, mesmo facto jurídico, concurso aparente e efetivo de infrações; unidade ou pluralidade de infrações; interceção entre o direito penal e o direito das contraordenações*

Keywords: *administrative offense, ne bis in idem principle, the same legal fact, apparent and effective competition of infractions, unit or plurality of offences, interception between criminal law and the law of administrative offenses*

Resumo

O Direito das contraordenações tem-se expandido para novos domínios, estando cada vez mais presente na realidade social, económica e financeira. Uma das razões que mais tem contribuído para isso é a sobreposição ou interceção entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional: o mesmo facto – em sentido jurídico – praticado pelo agente é punido por normas criminais e contraordenacionais, existindo o risco do poder sancionatório do Estado ser exercido em violação de princípios constitucionais fundamentais, tais como o da proporcionalidade (proibição do excesso) – por não existir correspondência entre a gravidade do facto praticado pelo agente e a dupla sanção infligida ao mesmo – e o do *ne bis in idem* – por o agente ser duplamente julgado ou punido.

Nesta dissertação propomo-nos analisar as relações estabelecidas entre normas sancionatórias criminais e contraordenacionais aplicáveis ao mesmo facto praticado pelo agente. Assim, inexistindo qualquer relação de subsidiariedade ou de interferência entre as diversas normas aplicáveis, visando elas tutelar diferentes bens e interesses jurídicos, o problema fica fora do âmbito do princípio *ne bis in idem* e é constitucionalmente aceitável que o mesmo facto jurídico seja objeto de uma dupla condenação em diferentes domínios sancionatórios. Pelo contrário, quando entre duas normas provenientes de diferentes sistemas sancionatórios se constitua uma relação axiológica de subsidiariedade, protegendo ambas os mesmos bens e interesses jurídicos ou pressupondo elas o mesmo desvalor jurídico, a proibição *ne bis in idem* tem aplicação, por via da analogia, estando vedada a dupla responsabilidade do agente pela prática do mesmo facto, na esfera penal e na contraordenacional.

Para além do mais, há situações em que, não obstante numa perspetiva formal se estar perante um concurso entre duas infrações com diferente qualificação jurídica – um crime e uma contraordenação – o que temos, à luz de juízo de materialidade subjacente que apele à essência de cada uma das infrações, são dois ilícitos que substancialmente comportam a mesma natureza jurídica – *máxime*, um crime e uma sanção administrativa de natureza penal. Nestes casos, a

proibição decorrente do *ne bis in idem* poderá atuar, proibindo que o mesmo facto seja duplamente sancionado.

Por fim, terminamos este trabalho com uma análise crítica aos regimes substantivos vigentes na nossa ordem jurídica em matéria de concurso entre crime e contraordenação, chamando a atenção para a circunstância desses regimes tratarem de forma indistinta as situações de unidade de facto, não diferenciando dentro desta os casos de concurso aparente e de concurso efetivo entre as normas sancionatórias aplicáveis.

Abstract

The law of administrative offences has expanded into new areas and is increasingly present in social, economic and financial reality. One of the reasons that has contributed most to this is the overlap or interception between criminal law and the law of administrative offenses: the same legal act committed by the perpetrator is punishable by criminal and misdemeanour rules, there being a risk that the State's power to impose sanctions may be exercised in breach of fundamental constitutional principles, such as proportionality (prohibition of excess) - because there is no correspondence between the seriousness of the act committed by the perpetrator and the double sanction imposed on him - and that of *ne bis in idem* - because the perpetrator is doubly tried or judged.

In this dissertation we propose to analyse the relationships established between criminal and misdemeanour sanctioning rules applicable to the same fact committed by the agent. Thus, in the absence of any relationship of subsidiarity or interference between the various applicable rules, aimed at protecting different legal interests, the problem falls outside the scope of the *ne bis in idem* principle and it is constitutionally acceptable that the same legal fact should be subject to a double conviction in different sanctioning areas. On the contrary, when two rules from different sanctioning systems constitute an axiological relationship of subsidiarity, both protecting the same legal interests or assuming the same legal devaluation, the *ne bis in idem* prohibition is applied - by analogy - prohibiting the double responsibility of the agent for the practice of the same fact: as an administrative offence and as a criminal offense.

Furthermore, there are situations in which, although from a formal point of view there is a competition between two offences with different legal classification - a crime and an administrative offence - what we have, in a criterion that appeals to the essence of each of the offences, are two offences that have substantially the same legal nature - a crime and an administrative sanction of a criminal nature. In such cases, *ne bis in idem* may act, prohibiting the same fact from being doubly sanctioned.

Finally, we will conclude this work with a critical analysis of the regimes in force in our legal system regarding the competition between crime and administrative offense, drawing attention to the fact that these regimes treat situations indistinctly, not differentiating within this the cases of unity of fact the situations of apparent and effective competition.

Índice

Notas de leitura

Siglas e abreviaturas utilizadas

Resumo

Abstract

I. Enquadramento geral do Direito das contraordenações	10
1. Tendência atual do direito das contraordenações: contraordenações “ <i>tradicionais</i> ” e “ <i>modernas</i> ”	10
2. Da sobreposição dos ilícitos penal e contraordenacional – delimitação do problema.....	14
II. Concurso entre crime e contraordenação: da unidade de facto à unidade ou diversidade de fundamento	20
1. Levantamento do problema	20
2. O “ <i>mesmo facto</i> ” – do concurso ideal de infrações.....	21
3. Unidade ou diversidade de fundamento – do concurso efetivo ou aparente de infrações ...	28
III. Da amplitude do princípio <i>ne bis in idem</i> nos diferentes sistemas de natureza sancionatória	47
1. Da dupla dimensão do princípio <i>ne bis in idem</i> – substantiva e processual	47
2. Da aplicabilidade do princípio dentro do mesmo sistema sancionatório (<i>lógica interna</i>) .	49
3. Da aplicabilidade do princípio fora do mesmo sistema sancionatório (<i>lógica externa</i>)	51
4. Crime e contraordenação – Critérios de distinção	56
5. Conceito de “ <i>matéria penal</i> ” – da Constituição à jurisprudência do TEDH	59
6. Cúmulo de sanções penais e administrativas de natureza penal – perspetiva do <i>ne bis in idem</i> na jurisprudência europeia	64
IV. Do concurso entre crime e contraordenação na ordem jurídica portuguesa	71
1. Enquadramento geral	71
2. Regime substantivo do artigo 20.º do RGCO.....	72
3. Regime substantivo do artigo 420.º do CVM	82
4. Regimes processuais.....	83
5. Perspetiva crítica e solução de <i>jure constituendo</i>	86
V. Conclusões	91

I. Enquadramento geral do Direito das contraordenações

1. Tendência atual do direito das contraordenações: contraordenações “tradicionalis” e “modernas”

§1. O direito das contraordenações, tal como o direito penal ou o direito disciplinar, na materialidade das coisas, pertencem a uma unidade ampla a que pode chamar-se direito punitivo ou sancionatório.

Todavia, a tripartição do poder sancionatório público às áreas do Direito Penal, do ilícito disciplinar e do direito de mera ordenação social como únicas categorias do Direito sancionatório público está atualmente ultrapassada¹, tendo-se verificado uma expansão e diversificação dos mecanismos sancionatórios da Administração Pública, encontrando-se manifestações do Direito sancionatório público atípicas, não reconduzíveis de forma plena a nenhuma das categorias tradicionais do direito sancionatório².

Seja como for, o direito contraordenacional é entendido como um direito sancionatório ou punitivo de natureza pública e com carácter externo³, cuja intervenção se concretiza na aplicação de coimas e de sanções acessórias destas, traduzindo-se em restrições – em maior ou menor dimensão – de direitos patrimoniais e de liberdades económicas.

§2. Atualmente, a contraordenação não se confina à infração de trânsito ou à infração de normas regulamentares das relações de consumo, existindo no quadro atual novos tipos de infrações, cuja finalidade visa assegurar a proteção de interesses sistémicos, tutelados pelo Estado regulador, sancionadas com coimas cujos limites máximos atingem largos milhões de euros, podendo falar-se de um direito das contraordenações que corre a “duas velocidades”: a par

¹ Neste sentido, lê-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 635/11, de 20 de dezembro, que “(...) perante a norma constante do artigo 214.º, n.º 1, al. c), da CRP não se vislumbra como se poderá sustentar a tese da recorrente de que a Constituição consagra um princípio da tipicidade dos ilícitos e limita as sanções a três tipos – as de carácter penal, disciplinar e contraordenacional. Ora, sendo assim, a norma sancionatória em análise não tem, por imposição constitucional, de se reconduzir a nenhuma das três categorias acima referidas, fazendo parte de um tipo autónomo de responsabilidade sancionatória – a financeira (...)”. Também os Acórdãos do TC n.ºs 489/89, de 13 de julho, 155/91, de 24 de abril, 160/91, de 24 de abril, e 294/91, de 1 de julho, se pronunciaram no sentido de que nem todo o Direito público sancionatório deverá enquadrar-se formalmente no Direito penal, disciplinar ou de mera ordenação social.

² A este respeito, Miguel Prata Roque apresenta a seguinte tipologia dos poderes sancionatórios públicos: poder sancionatório penal; poder sancionatório contraordenacional; poder sancionatório disciplinar; poder sancionatório financeiro; poder sancionatório administrativo *stricto sensu* – Cfr. *O Direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional*, in *Revista de Concorrência & Regulação*, ano 4 (2013), n.º 14/15, p. 106 e ss. e 113 e ss..

³ É o carácter externo que permite distingui-lo do Direito disciplinar, que é intrínseco à relação hierárquica.

das contraordenações ditas “*tradicionais*” – também apelidadas de comuns ou bagatelares –, herdeiras das antigas contravenções, surgiram nas últimas décadas as contraordenações “*modernas*” – correspondentes às “*grandes contraordenações*” de que fala Achenbach⁴ –, enquanto nova espécie de contraordenações, típicas de uma economia de mercado desenvolvida e do Estado garante, que se reportam a condutas que afetam a normal atividade de subsistemas sociais e económicos complexos⁵, de que são exemplo as que emanam dos sectores bancário, da concorrência, da energia e dos valores mobiliários.

Consequentemente, o atual RGCO não tem hoje em dia robustez suficiente para acolher, do ponto de vista dogmático, a complexidade e tecnicidade das novas áreas importadas para o direito contraordenacional⁶, pelo que múltiplos diplomas setoriais especiais refletem no campo contraordenacional uma realidade pouca sintonizada com o RGCO, introduzindo um vasto conjunto de normas substantivas e processuais que, não raras vezes, derogam o Regime Geral.

Acresce que, a par do RGCO e dos vários regimes especiais de cada setor de atividade, a densa teia legislativa só fica completa se atentarmos aos diplomas que se apresentam como autênticas leis gerais de enquadramento setoriais em matéria sancionatória contraordenacional. Tais leis-quadro funcionam como regimes punitivos gerais para determinados setores de atividade, quebrando a identidade do RGCO e, conseqüentemente, causando desarticulações no direito das contraordenações, descaracterizando-o. Encontramos exemplos de regimes jurídicos setoriais no Regime Sancionatório do sector energético (Lei n.º 9/2012, de 28.01), no Regime aplicável às contraordenações aeronáuticas civis (Decreto-Lei nº 10/2004 de 09.01), na Lei-quadro das contraordenações ambientais (Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto), na Lei-quadro das contraordenações do sector das comunicações (Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro) e no Regime Sancionatório do Setor Energético (Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro).

A coexistência de vários regimes punitivos e a complexidade aumentam se tivermos ainda em conta que, quer o Regime Geral, quer alguns regimes setoriais, apelam ao Código Penal e ao Código de Processo Penal como Direito subsidiário⁷, criando inúmeros problemas ao julgador na hora de decidir que regime ou norma a aplicar e como a aplicar.

⁴ Cfr., *Die “grossen” wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten*, p. 108 e ss.

⁵ Neste sentido, Augusto Silva Dias, *Direito das Contraordenações*, Almedina, p. 35/36.

⁶ A este propósito, José António Veloso fala de um RGCO que “*só tem sentido para pequenas infrações, facilmente investigadas, com implicações sociais limitadas e sujeitas a penas ligeiras*”, apud Paulo de Sousa Mendes, *O procedimento sancionatório especial por infrações às regras da concorrência* in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coordenadores: Maria Fernanda Plama, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, 2009, Coimbra Editora, p. 212.

⁷ Cfr. artigos 32.º e 41.º, n.º 1, ambos do RGCO.

A acentuada propensão para a fragmentação do direito das contraordenações⁸ repercute-se na manifesta perda da função central do RGCO, cujo papel se torna cada vez mais residual, e na multiplicação de regimes punitivos que se afastam em grande medida da matriz contraordenacional clássica. A fragmentação do direito das contraordenações impede que o sentido de unidade que preside ao labor interpretativo e dogmático possa ser encontrado fora da lógica autorreferencial de cada setor das contraordenações, de tal ordem que o aparecimento de regimes jurídicos sem qualquer homogeneidade ou uniformização entre si conduz à aplicação subsidiária de regimes contraordenacionais em cascata, abrindo caminho para um espaço de incerteza e insegura jurídicas na aplicação do Direito.

Seria, por isso, de todo conveniente uma revisão urgente do RGCO, em adequação à tendência evolutiva das contraordenações, no sentido da criação de um regime punitivo e processual a “*duas velocidades*”: o RGCO como sede legal do sistema contraordenacional, enquanto repositório das regras gerais substantivas e das disposições processuais estritamente necessárias, deixando-se os consequentes ajustes para os diplomas sectoriais. Só assim se reabilitaria a função de pivô do RGCO e se conferiria unidade de sentido ao Direito contraordenacional.

§3. Alguns dos sectores “*modernos*” do direito das contraordenações prescrevem sanções cuja gravidade supera em grande escala a das contraordenações “*tradicionais*”. Estamos perante contraordenações que encerram realidades extremamente diversas entre si: uma contraordenação estradal é punível com o pagamento de uma coima fixada entre centenas ou poucos milhares de euros, já uma infração no âmbito do Direito da concorrência ou dos valores mobiliários pode ser punida com uma coima de montantes elevadíssimos⁹. Por exemplo, para as pessoas singulares, as contraordenações do mercado de valores mobiliários estipulam coimas aplicáveis às contraordenações graves e muito graves que ascendem a montantes na ordem dos 2.500.000,00 € e dos 5000.0000,00 € (artigo 388.º, n.º 1, do CVM)¹⁰, ultrapassando em muito os limites máximos que podem alcançar as penas de multa aplicáveis aos crimes de mercado, o que

⁸ Assinalaram esta tendência, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações*, ed. Universidade Católica, 2011, anotações 13 e ss., nota prévia artigo 1.º, e Lopes de Azevedo, *Da subsidiariedade no Direito das Contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, Coimbra Editora, 2011, p. 213 e ss., denunciando, além da fragmentação, a repetição de normas do RGCO e as remissões difusas e concluindo que “*desta forma, pode mesmo colocar-se em causa (...) o princípio constitucional da segurança jurídica*”, p. 217.

⁹ No plano substantivo, há infrações cujos limites máximos das coimas apresentam diferenças colossais em relação ao padrão típico assumido pelo Regime Geral, e que podem atingir milhões de euros, como sucede, por exemplo, com o NRJC (artigo 69.º, n.º 2), com o RGICSF (artigos 210.º, 211.º e 211.º-A) e com a LCE (artigo 113.º), sobretudo no caso de pessoas coletivas.

¹⁰ Já para as pessoas coletivas prevê coimas que podem ascender a 10% ou a 15% do volume de negócios do ano anterior.

não pode deixar de causar estranheza à luz de um critério quantitativo diferenciador do crime e da contraordenação¹¹.

Acresce que as denominadas contraordenações “modernas” determinam, por vezes, a aplicação de determinadas sanções acessórias – de que são exemplo a inibição de exercício de uma atividade, de cargos ou de uma profissão – que atingem num grau significativo a limitação de direitos fundamentais, com consequências práticas muito gravosas para os visados e que, por serem decalcadas do Direito Penal, pouco ou nada diferem das penas acessórias¹².

Esta realidade social e normativa levou já alguns autores¹³ a propor uma diferenciação de regimes jurídicos entre estas contraordenações ditas “modernas” e as contraordenações “tradicionais”, preconizando para as primeiras um regime mais rigoroso, solene e garantista, como contrapeso pela maior rigidez punitiva que evidenciam, aproximando-o dos princípios e regras do Direito Penal e Processual Penal. Em termos gerais, a criação de um regime punitivo e processual a “duas velocidades” tem por base a diferente natureza das contraordenações a que aludimos, sendo o regime mais próximo ou mais distante do Direito Penal consoante a natureza “moderna” ou “tradicional” das contraordenações, numa adequação dos regimes à dualidades dessas contraordenações, repensando aspetos processuais e criando tramitações diferentes¹⁴.

¹¹ Neste caso, das duas uma: ou tais sanções exorbitam por engano o limite que a menor gravidade dos factos praticados lhes imporia, ou essas infrações justificam plenamente a sanção e, nesse caso, o engano estará na qualificação jurídica que o legislador lhes outorga: chama contraordenação ao que, em rigor, deveria reconhecer como crime.

¹² Figueiredo Dias critica algumas das sanções acessórias previstas para os ilícitos contraordenacionais por assumirem natureza penal, imputando ao legislador uma “burla de etiquetas”, cfr. *Direito Penal*, p. 166. A crítica deste autor surgia logo em 1982, no seu *O movimento de descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social*, p. 31.

¹³ Vide Frederico da Costa Pinto, *O Ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, in RPCC, ano 7 (1997) n.º 1, republicado em *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, vol. I, Coimbra Editora (1998), p. 259 e ss.; Paulo de Sousa Mendes, *O procedimento sancionatório especial por infrações às regras da concorrência*, in Palma/Dias/Mendes (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra Editora, 2009, p. 223 e ss.; e Alexandra Vilela, *O Direito de Mera Ordenação Social*, Coimbra Editora, 2013, págs. 212 e ss..

¹⁴ A distinção de regimes jurídicos aplicáveis às contraordenações “modernas” e às “tradicionais” pressupõe critérios delimitadores de ambas, pois só assim será possível sujeitar determinada contraordenação ao regime mais conforme. A este nível, Alexandre Vilela – Cfr., *O Direito de Mera Ordenação Social*, pp. 307 e ss., 311 e 355 e ss. – distingue entre contraordenações dotadas de conteúdo ético-social, reconduzidas às “grandes” contraordenações, e contraordenações “de ordenação social”, destituídas desse conteúdo, qualificadas como contraordenações “bagatelares”. Por seu turno, Augusto Silva Dias – Cfr. *Direito das Contraordenações*, p. 38 e 39 – manifesta preferência pelo uso de um critério formal baseado no limite máximo da coima, preconizando a introdução de um limite quantitativo para distinguir as duas espécies de contraordenações, pelo que consoante o limite máximo se situe acima ou abaixo do *quantum* convencionado como indicador de contraordenação grave, assim a contraordenação seguirá um ou outro regime punitivo e processual. Foi também este último o critério apontado por Achenbach – *Die “grossen” wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten*, p. 108 e ss. – ao definir as “grandes” contraordenações económicas no Direito alemão como aquelas que atingem um limite máximo de coima superior a 1 milhão de euros, por atingirem uma severidade punitiva tal que as torna semelhantes aos crimes anti-económicos.

Como defende Achenbach¹⁵, as contraordenações económicas “modernas” diferenciam-se dos crimes económicos nos planos da consequência jurídica e do processo que conduz à sua punição, “mas não necessária e forçosamente na sua estrutura ou no seu peso”, daí concluindo que tais contraordenações devem ser sujeitas a um teste de legitimidade à luz do princípio da proporcionalidade, assim como a uma integração mais rigorosa no respetivo regime punitivo de exigências de legalidade, de culpa e em geral de garantias de defesa, para além de que nelas se deve reduzir ao máximo a fuga às exigências de imputação objetiva e, no campo processual, é de evitar o recurso a padrões de prova do facto mais flexíveis. A lógica é a de que, assemelhando-se a infração contraordenacional e a sanção correspondente aos pontos nucleares de uma intervenção mais repressiva, então, pela sua natureza e gravidade, as “grandes” contraordenações devem estar sujeitas a um regime jurídico mais próximo do direito criminal.

2. Da sobreposição dos ilícitos penal e contraordenacional – delimitação do problema

§4. Ainda que o ilícito contraordenacional tenha tido o primeiro impulso na década de 70 do século passado, na sequência do processo de descriminalização então levado a cabo, mesmo após a estabilização das tendências de descriminalização no Direito Penal, o âmbito do direito contraordenacional tem vindo a crescer.

Este fenómeno explica-se, em primeiro lugar, pelo recurso cada vez mais frequente aos novos ramos do Direito, férteis em sanções contraordenacionais. Com a evolução da sociedade tem-se verificado uma hiper-regulamentação de vários sectores e domínios sociais, económicos e financeiros, sendo as contraordenações utilizadas para sancionar condutas que abrangem quase todas as áreas do Direito, assistindo-se no atual panorama à expansão das contraordenações como instrumento normal de reação do Direito a comportamentos desviantes dos agentes, sejam pessoas singulares ou coletivas. Na realidade, verifica-se uma utilização generalizada do instrumento contraordenacional para flanquear global e indiferenciadamente deveres legais, não havendo, em muitos casos, a preocupação de averiguar se tais deveres podem ser reforçados por meios de mecanismos alternativos menos gravosos, nem tão-pouco a amplitude com que o seu incumprimento deve ser sancionado com coima¹⁶.

¹⁵ Cfr. *Die “grossen” wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten*, p. 108 e ss.

¹⁶ Neste sentido, Lobo Moutinho, *Direito das Contraordenações*, Universidade Católica, 2008, p. 44, defende que não podem ser punidas como contraordenações “todas as infrações às normas vigentes”.

Este fenómeno provoca uma asfixia da vida social e económica que acaba por tornar as contraordenações um meio disfuncional e por levar a questionar a sua utilização de um ponto de vista de custos e benefícios. A este respeito, Ulrich Weber¹⁷ alertou há muito para estes aspetos quando, adaptando a expressão antiga de Frank, analisou criticamente a *“hipertrofia (Überspannung) do poder de coimar do Estado”*. Weber transcreve aí uma passagem do artigo de Frank, substituindo apenas os termos *“pena”* e *“lei penal”* por *“coima”* e *“lei contraordenacional”*, para concluir que *“a coima transformou-se gradualmente num instrumento de coerção onde haja interesse em que um determinado comportamento seja adotado (...) a conceção da coima como remédio para todos os possíveis males da vida humana anda a par da ideia de que logo que surja uma doença é necessário atacá-la o mais depressa possível com a medicação. A consequência é a precipitada produção legislativa do nosso tempo e a imprecisão a raiar o desleixo na redação das leis contraordenacionais”*.

Um bom exemplo do que acabamos de expor é a proliferação de contraordenações negligentes e na forma tentada.

Em múltiplos diplomas setoriais, é cada vez em maior número a previsão da responsabilidade do agente a título de negligência por ilícitos contraordenacionais, o que se afigura contrário à lógica de excecionalidade da punibilidade da negligencia assumida pelo artigo 8.º, n.º 1, do RGCO. Ainda que tal seja aceitável como decorrência dos princípios gerais da idoneidade e de diligência, não se pretenderia punir neste domínio sancionatório atitudes de mera contrariedade ao Direito, mas antes situações de *“esquecimento do dever” (Pflichtvergessenheit)* desviantes em relação ao padrão funcional e exteriorizadas no facto.

Esse florescer de ilícitos contraordenacionais é também visível na punibilidade da tentativa¹⁸. Não obstante o postulado da excecionalidade da tentativa ter sido acolhida no artigo 13.º do RGCO, verifica-se uma tendência geral para consagrar a responsabilidade por tentativa em muitos diplomas sancionatórios, independentemente da gravidade da infração, o que acaba por conduzir a regimes mais severos do que o do Código Penal em que a punibilidade da tentativa só se verifica, em regra, quando ao crime consumado couber pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos (artigo 23.º, n.º 1, do CP)¹⁹.

¹⁷ Vide, *Die Überspannung der staatlichen Bussgeldgewalt*, p. 34.

¹⁸ É o que sucede, a título meramente exemplificativo, na Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, conhecida por Lei das armas (artigo 104.º), no artigo 402.º, n.º 2, do CVM, e no artigo 30.º do RSSE.

¹⁹ A este respeito, Augusto Silva Dias (Cfr. *Direito das Contraordenações*, p. 131, nota 303) refere que *“a inadequação político-sancionatória da punibilidade da tentativa não impede que reconheçamos a pertinência da sua consagração relativamente a algumas contraordenações ditas “modernas”. Mas tal consagração deve ter carácter pontual e excecional”*. Contra, Alexandra Vilela, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 538, quando pugna pela transposição do regime do artigo 23.º do CP para o âmbito das contraordenações possuidoras de *“conteúdo ético-social”*.

A utilização indiscriminada do instrumento contraordenacional não é acertada, porquanto não se vislumbra facilmente em infrações sistémicas o ponto a partir do qual se pode estabelecer uma diferença no plano da ofensividade ou danosidade entre lesão e perigo para o interesse juridicamente tutelado. Muitas dos ilícitos contraordenacionais são infrações de perigo, pelo que sancionar a tentativa traduzir-se-á em responsabilizar alguém pela criação de um perigo de ocorrência de um perigo de violação de deveres ou, por outras palavras, pela mera possibilidade de violação de um dever. Por isso, sancionar o perigo de violação de um dever poderá representar uma antecipação extrema da punibilidade e, conseqüentemente, atentar contra o princípio da proporcionalidade²⁰.

§5. Há ainda um outro fenómeno que concorre para o estado atual de proliferação de infrações contraordenacionais e respetivas sanções: o da sobreposição ou interceção entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional.

É certo que cada um desses subsistemas jurídicos sancionatórios tenderá a mover-se na sua esfera de proteção de interesses jurídicos, atuando no quadro das suas finalidades específicas e criando a partir do mesmo facto títulos de responsabilidade distintos, sendo comum falar-se da subsidiariedade nas relações entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional²¹. À partida o ilícito contraordenacional deveria cessar onde começasse o ilícito penal, e uma mesma conduta, num caso concreto, apenas poderia ser reconduzida, em alternativa, ao crime ou à contraordenação²².

Contudo, verifica-se uma crescente área de interceção entre os dois ilícitos típicos. Isto é, a mesma conduta – descrita quase ou mesmo exatamente da mesma forma pelo legislador – é punida por normas criminais e por normas contraordenacionais.

Um caso de autêntica e total sobreposição dos ilícitos penal e contraordenacional vislumbra-se nos artigos 34.º, 35.º e 44.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Lei n.º 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida), refletindo-se numa indiferenciação material que mais não

²⁰ Crítica da punibilidade da tentativa em incriminações do Direito Penal secundário, “*que se configuram a partir de bens jurídicos correspondentes ao próprio modo de organização eficaz dos sistemas*” e se revelam “*inexpressivas do ponto de vista da ofensividade*” é Maria Fernanda Palma, *Direito Penal Especial: o vértice do sistema penal*, in Palma/Dias/Mendes (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra Editora, 2012, p. 16 e ss.).

²¹ Neste sentido, entre muitos outros, Figueiredo Dias, *O movimento de descriminalização e o ilícito de Mera Ordenação Social*, *Direito Penal Económico e Europeu* (textos doutrinários), I, Coimbra Editora, 1998, p. 317; Maria Fernanda Palma, *Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente*, Estudos Comemorativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora, Ministério da Justiça, 1995, p. 205; Costa Pinto, *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, *Direito Penal Económico e Europeu* (textos doutrinários), I, Coimbra Editora, 1998, p. 213.

²² Defende esta conceção uma parte considerável de doutrina espanhola, por todos, Mercedes Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 62 e 63.

demonstra do que uma reaproximação de certas contraordenações ao Direito Penal. Outro exemplo desta sobreposição normativa sucede com a relação entre o crime de condução sem carta, previsto no artigo 1.º do DL n.º 123/1990, de 14 de abril, e a contraordenação relativa à condução sem habilitação legal prevista no artigo 123.º do Código da Estrada.

Seguindo os ensinamentos de Inês Ferreira Leite²³, apontamos três razões para explicar a opção legislativa de privilegiar a sobreposição típica entre o ilícito penal e o contraordenacional:

- A tendência que se verificava nos ilícitos de mera ordenação social de construir os tipos contraordenacionais de um modo reflexo invertido ao dos tipos incriminadores, quando esteja em causa a tutela do mesmo interesse jurídico, tem sido aligeirada, pois sucede que, por razões de tipicidade ou outras²⁴, a conduta acabe por ficar excluída do ilícito penal, pretendendo o legislador garantir que pelo menos nessas circunstâncias fica salvaguardada a responsabilidade contraordenacional. Assim, delineando em simultâneo para o mesmo facto tipos criminais e contraordenacionais, o legislador acautela a sanção para certa conduta.

- Até à reforma penal de 2007, a responsabilidade contraordenacional correspondia à única forma de sancionar de modo expressivo a pessoa coletiva, o que justificava ainda a sujeição da mesma conduta típica aos dois modelos de ilícito.

- A flexibilidade das sanções acessórias administrativas cria no legislador a tentação de qualificar a mesma conduta como crime e contraordenação²⁵. Com efeito, existe no domínio contraordenacional um campo profícuo de diversidade sancionatória funcional ao nível das sanções acessórias que pode trazer inegáveis vantagens. Além do mais, é no seio da criminalidade económica, ambiental e financeira – para além das infrações decorrentes do tráfego rodoviário –, por constituírem uma fonte principal de concorrência potencial entre ilícito penal e contraordenacional, que poderá sentir-se uma maior necessidade de aplicação de sanções acessórias, atenta não só a tendencial inaplicabilidade nessas áreas de penas de prisão como a relativa irrelevância das penas pecuniária²⁶.

²³ Cfr. *A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional*, in Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais, Ed. Centro de Estudos Judiciários, Coleção de Formação Contínua, setembro 2015.

²⁴ Por exemplo, por amnistia ou outras formas de extinção da responsabilidade criminal; de resto, o TC - nos seus Acórdãos n.º 145/2000, de 12 de abril, e n.º 383/2001, de 26 de setembro – concluiu que a extinção da responsabilidade criminal não implica necessariamente a extinção da responsabilidade contraordenacional.

²⁵ Notando as crescentes necessidades de diversificação das penas (sanções), ante a natureza do ilícito em questão, Fernanda Palma, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 131.

²⁶ Chegando mesmo a sustentar que as sanções acessórias sejam previstas como penas principais ou alternativas, Vasco Pereira da Silva, *Breve nota sobre o direito sancionatório do ambiente*, *Direito Sancionatório das Entidades Reguladoras*, organização de Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2009, p. 289.

Por seu turno, em desfavor de uma política legislativa que privilegie a aludida sobreposição normativa é possível apresentar sólidas razões.

Em primeiro lugar, inexistente um fundamento de princípio para que se preveja, para o mesmo facto jurídico, e tendo em vista a tutela do mesmo interesse jurídico-social, um enquadramento punitivo simultâneo, no âmbito do Direito penal e do Direito de mera ordenação social. A sobreposição de ilícitos de conteúdo materialmente idênticos, que seguem interesses jurídicos e áreas de proteção semelhantes, ambos com o mesmo objeto e com sanções que prosseguem as mesmas finalidades, é suscetível, *prima facie*, de entrar em rota de colisão com os princípios da proporcionalidade²⁷ e da subsidiariedade do Direito Penal²⁸, permitindo que, em certos casos, não haja correspondência entre a gravidade do facto jurídico praticado pelo agente e a dupla sanção infligida ao mesmo e, noutros casos, uma intervenção penal em situações de menor intensidade da ilicitude do facto, em que o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora não justificaria o recurso ao direito penal, podendo ser eficazmente defendido por outro modo menos gravoso.

Em segundo lugar, a previsão simultânea de infrações criminais e contraordenacionais para a mesma conduta tem em si associado o risco de uma dupla punição ou de um duplo julgamento, com a conseqüente violação do princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição. Pela estrutura formal e material própria dos ilícitos criminais e contraordenacionais, quando esteja em causa a prática do mesmo facto jurídico, existe um grau de proximidade fortemente gerador do *ne bis in idem*.

Apesar dos mecanismos de litispendência e do caso julgado – que contribuem para evitar a dupla punição final –, o mero iniciar dos dois processos acarreta uma duplicação de “sacrifícios”

²⁷ Neste aspeto, tenha-se em linha de conta a jurisprudência do Tribunal Constitucional no sentido de que o tribunal “[...] só deve censurar as soluções legislativas que cominem sanções que sejam desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas, pois tal o proíbe o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição; se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há-de gozar de uma razoável liberdade de conformação [...]” – Acórdão do TC n.º 574/95. Vide, também neste sentido, Acórdãos do TC n.º s 360/2011, n.º 62/2011 e n.º 110/2012.

²⁸ O Acórdão do TC n.º 527/95, de 4 de outubro, sublinha que “[...] é evidente que o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade [...] dado que inexistente na Constituição qualquer proibição de criminalização [...] a limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva ou o legislador atue de forma voluntarista ou arbitrária, ou ainda as sanções se mostrem desproporcionadas ou desadequadas, isto é, não assegurem «a justa medida dos meios (penais) e dos fins (das penas)», não se garantindo uma «adequada proporção» entre as sanções e os factos que elas se destinam a punir [...] a criminalização de condutas deve restringir-se aos comportamentos que violem bem jurídicos essenciais à vida em comunidade [...]”. Também Figueiredo Dias afirma que “[...] a necessidade social torna-se em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos fundamentais, só deve intervir como última ratio da política social [...]” – Cfr. *O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social*, Jornadas de Direito Criminal – O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Centro de Estudos Judiciários, p. 323.

para o arguido, traduzidos num conjunto de ónus significativos, que implica dispêndio de tempo e de dinheiro.

Esta sobreposição normativa por referência ao “*mesmo facto*” é, nos tempos atuais, questão essencial para a compreensão das fronteiras que demarcam o direito penal do direito de mera ordenação social, sendo certo que a densificação da estrutura normativa dos setores regulados permite, aliás, suscitar a hipótese de que à duplicação de procedimentos se suceda, a breve trecho, a sua triplicação, em face da crescente integração e interação entre autoridades administrativas, por um lado, e reguladores e supervisores, por outro, nomeadamente, mas não exclusivamente, nas áreas da banca e das finanças. A multiplicação de sistemas sancionatórios contraordenacionais, a par da correspondente legislação penal aplicável aos mesmos domínios e sectores, conduz a crescentes áreas de interceção material entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional, sem que se atenda em tais casos a um juízo de subsidiariedade que deveria prevalecer nas relações entre ambos os ilícitos típicos.

Estão em causa situações em que da prática pelo agente do “*mesmo facto*” – em sentido jurídico, e não naturalista ou sequer processual – decorre o preenchimento de um tipo de ilícito criminal e de outro contraordenacional, confrontando-se o aplicador do Direito com a questão do concurso entre um crime e uma contraordenação. A solução que se venha a procurar – à luz das relações estabelecidas entre as normas sancionatórias em conflito – tem impacto fulcral na decisão final e por ela passa uma parcela importante da justiça material da condenação do agente.

Partindo do risco de uma dupla punição do agente pela prática do mesmo facto, urge questionar: o princípio *ne bis in idem* é garantia fundamental aplicável ao concurso entre crime e contraordenação? E em que medida proíbe que o agente seja sujeito à dupla condenação nos domínios criminal e contraordenacional?

São questões às quais procuraremos dar respostas.

II. Concurso entre crime e contraordenação: da unidade de facto à unidade ou diversidade de fundamento

1. Levantamento do problema

§1. O concurso entre crime e contraordenação pela prática do “*mesmo facto*” é reconduzido ao concurso ideal de infrações, dele decorrendo o preenchimento, em simultâneo, de tipos de ilícito criminal e contraordenacional. Isto é, do mesmo facto jurídico praticado pelo agente emana uma pluralidade de tipos sancionatórios de natureza jurídica distinta.

Para melhor compreender o alcance do aludido concurso ideal entre crime e contraordenação importará começar por aprofundar, numa perspetiva jurídica, o conceito de “*mesmo facto*”, com vista a distinguir as situações de unidade de facto (concurso ideal) das de diversidade de facto (concurso real), sendo estas últimas aquelas em que o agente pratica uma pluralidade de ações ou comportamentos que preenchem autonomamente vários ilícitos típicos (concurso heterogéneo) ou várias vezes o mesmo tipo de ilícito (concurso homogéneo).

Após, delimitado que esteja o conceito de “*mesmo facto*”, analisar-se-ão os critérios de distinção entre a categoria do concurso efetivo e a do concurso aparente de infrações, buscando nesta sede separar os casos em que do mesmo facto jurídico se retira uma hipótese de unidade de fundamento (concurso aparente) ou de diversidade de fundamento (concurso efetivo). Para o efeito, uma vez ultrapassado o momento da análise lógico-conceptual das relações existentes entre duas normas sancionatórias que o comportamento do agente em abstrato convoca – com a particularidade aqui em questão de tais normas integrarem sistemas sancionatórios diferentes, *máxime* de direito penal e de direito de mera ordenação social –, cumprirá apurar se aquelas normas são concretamente aplicáveis (concurso efetivo de infrações) ou se entre elas alguma assume uma posição de prevalência que exclua a aplicação da outra (concurso aparente de infrações).

A resposta a dar a esta questão é de enorme relevo prático no que diz respeito às consequências jurídicas da punição do agente. Se se optar pelo concurso efetivo ou real de infrações, o agente será em concreto sancionado por cada uma das infrações cometidas, havendo lugar à aplicabilidade simultânea das normas em concurso à mesma realidade de facto. Pelo contrário, se se decidir pelo concurso meramente aparente, o agente será sancionado apenas por uma das infrações praticadas, sendo-lhe eventualmente aplicável a moldura sancionatória da infração dominante, mais grave, que prevalece. Tudo se reconduz a saber se existe um tipo de ilícito que absorve a substância de todo o comportamento do agente.

Neste contexto, o primeiro passo é indagar, por via interpretativa, se entre os tipos legais concorrentes na sua aplicação se verifica uma relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção, ou se nenhuma das infrações configura em relação a outra facto posterior (ou anterior) não sancionável. Ou seja, uma situação em que um ou alguns dos tipos concorrentes esgotam o sentido de ilicitude do comportamento do agente, retirando autonomia sancionatória aos restantes. A inclusão destes na determinação da punibilidade do comportamento, ignorando a lógica das relações entre os tipos legais, representaria uma violação frontal dos princípios jurídico-constitucionais do *ne bis in idem*, na sua dimensão substantiva, e da proporcionalidade, na sua vertente de proibição do excesso, consagrados, respetivamente, nos artigos 29.º, n.º 5, e 18.º, n.º 2, ambos da Constituição.

Aprofundando os conceitos de unidade e de diversidade de fundamento no concurso em que estão em confronto infrações provenientes de diferentes sistemas sancionatórios, Vicente Martinez alude à teoria das “*três identidades*”: a identidade de facto, identidade de fundamento e a identidade do agente²⁹. Não tendo esta última tanto interesse neste trabalho, por estar pressuposta, foquemo-nos nas duas primeiras.

2. O “*mesmo facto*” – do concurso ideal de infrações

§2. O tratamento distinto do concurso ideal e do concurso real é desde há muito contestado. Numa perspetiva politico-criminal, fazendo apelo a um exemplo clássico do direito penal, cumpre perguntar: porque há-de ser punido de modo diferente o atirador profissional que apenas com um tiro consegue matar dois homens que estão juntos do que um outro que para matar dois homens dispara dois tiros? Será que ambos os casos devem estar sujeitos a uma diferente valoração axiológico-jurídica para efeitos de punição? A resposta é, evidentemente, negativa. A ideia de que em caso de pluralidade de ações existirá uma maior “*energia criminosa*” do agente – ou um maior desvalor ético-social – é destituída de sentido.

Do ponto de vista dogmático, está totalmente afastada a conceção naturalista – nos termos da qual a unidade ou pluralidade de infrações deveria ser determinada pelo número de ações praticadas pelo agente – por não conseguir erigir um critério minimamente seguro, já que o mesmo facto jurídico-social uno levado a cabo pelo agente traduzir-se-á quase sempre numa pluralidade de ações.

²⁹ Cfr. Vicente Martinez, *Regimen sancionador en la protección de la salud de los consumidores*, in Garcia Rivas (coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Ed. Univ. Castilla-la-Mancha, 2005, p. 36 e ss. Diga-se que também o Tribunal Constitucional Espanhol tem preconizado a teoria das “*três identidades*”.

Como critério de distinção entre o concurso real e o ideal a doutrina penalista alemã recorre à “**unidade típica de ação**”, em que o mesmo facto jurídico consiste numa pluralidade (naturalística) de ações³⁰: uma unidade típica de ação existirá em todos aqueles casos em que um tipo legal restringe a uma unidade típica uma pluralidade de atos, o que ocorre quando um tipo legal unifica, necessariamente, uma pluralidade de atos³¹ ou quando um tipo legal é enunciado de tal modo que, não exigindo forçosamente para o seu preenchimento uma pluralidade de atos singulares, reconduz tal pluralidade de ações à unidade sempre que aquela tenha lugar no quadro de uma mesma unidade contextual ou espaço-temporal³². Para além do mais, unidade tipicamente fundada de ação existirá também nos ilícitos duradouros ou permanentes: por exemplo, na multiplicidade de atos materiais que integram a ação típica do crime de sequestro³³.

Na jurisprudência alemã, a ideia de uma unidade típica de ação é complementada pelo conceito de “**unidade natural de ação**”, com vista a acentuar que certas condutas puníveis só são suscetíveis de serem adequadamente compreendidas quando avaliadas no seu conjunto, ainda que delas se extraiam diversos atos suscetíveis de isoladamente considerados preencherem o mesmo tipo legal de crime³⁴. Assim, uma tal unidade de facto é assegurada quando vários atos singulares da mesma natureza, ancorados numa vontade criminosa unitária, se encontram, numa perspectiva espacial e temporal, numa tão estreita conexão entre si que, à luz de uma consideração natural, eles se apresentam como formando uma unidade³⁵.

§3. É manifesto que a unidade ou pluralidade de crimes não deve ser a unidade ou pluralidade de atos em si mesmos considerados, mas antes a unidade ou pluralidade de tipos legais de ilícitos violados pela conduta de um mesmo agente, submetidos à cognição do Tribunal.

³⁰ Fundamentalmente neste sentido, Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General*, 2.º Vol. § 33, n.º 19 e ss..

³¹ V.g., o crime de coação sexual comporta, necessariamente, atos de coação e atos sexuais; o mesmo sucede com o crime de roubo que comporta no seu seio atos diversos. Tratam-se de crimes que não podem ser preenchidos na sua forma consumada através da prática um só ato naturalisticamente considerado.

³² V.g., quando o agente inflige à vítima vários maus-tratos físicos ou psíquicos ou vários atos cruéis comete um só crime; quando o agente repete a cópula com a mesma vítima no contexto de uma violação sexual comete um só crime; ou quando o agente desfere três bofetadas à vítima no mesmo circunstancialismo de tempo e espaço, de forma sucessiva, comete um só crime de ofensa à integridade física.

³³ No crime de sequestre há obrigatoriamente uma pluralidade de atos (v.g., o agente do crime pode executar uma atividade tendente a encerrar a vítima em determinado local, ou a mantê-la nesse local e a impedi-la de fugir daí), sendo que a norma incriminadora unifica tipicamente todos esses atos.

³⁴ V.g., Se o agente falha a tentativa de matar outrem com um tiro na cabeça e, de seguida, o estrangula; ou se o agente falha a hipótese de assaltar uma casa devido à proximidade de um polícia mas, mais tarde, na mesma noite, procede a uma segunda tentativa lograda.

³⁵ Sobre os conceitos de “*unidade típica de ação*” e de “*unidade natural de ação*” vejam-se mais desenvolvimentos na obra de Figueiredo Dias (Cfr. *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, p. 982 e ss.*) e de Germano Marques da Silva (Cfr. *Direito Penal Português II, p. 310*).

Seja como for, no âmbito do direito penal, estando em causa um concurso de crimes, a distinção entre o concurso ideal e real não assume hoje em dia particular relevância, já que ambas as formas de concurso são equiparadas para efeitos do artigo 30.º, n.º 1, do CP³⁶.

Não obstante, **a distinção entre concurso ideal e real assume ainda pertinência para efeitos do concurso entre infrações penais e contraordenacionais, na medida em que os regimes substantivos previstos para tais situações de concurso – de que são exemplos os artigos 20.º do RGCO e 420.º do CVM – reportam-se tão-só a situações de concurso ideal, em que o “*mesmo facto*” praticado pelo agente viola concomitantemente bens jurídicos criminais e contraordenacionais.** Ou seja, tais regimes destinam-se a consagrar uma solução legal para os casos em que o “*mesmo facto*” realizado pelo agente constitui, simultaneamente, crime e contraordenação, pelo que se a sequência de atos praticados pelo agente for materializada numa diversidade de factos jurídicos – consubstanciando uns desses factos tipos de crime e outros tipos contraordenacionais – o concurso de infrações seguirá as regras gerais do direito penal. Assim, a noção de “*mesmo facto*” – numa perspetiva jurídica – tem acuidade em sede de concurso entre crime e contraordenação, valendo a pena neste domínio dissecar critérios de distinção entre o concurso ideal e real.

Note-se, porém, que a noção de “*mesmo facto*” em nada interfere com o regime de conexão de processos, visto que a questão substantiva – de saber quantos factos jurídicos foram executados pelo agente, quantas infrações se consideram cometidas e, conseqüentemente, quantas sanções são aplicáveis a ele – em nada se relaciona com a questão processual – de saber como, por quem e segundo que procedimento devem as infrações ser punidas. É que a noção de facto processual não coincide com a de facto típico ilícito, pois enquanto este é o comportamento refletido nos elementos típicos constitutivos de uma determinada espécie de infração, o facto em sentido processual é o acontecimento histórico, a narrativa ou o pedaço de vida que forma o objeto do processo, o qual pode ser integrado por vários factos típicos ilícitos, uns qualificados como crime e outros como contraordenação³⁷. O mesmo facto processual pode ou não ser dividido em processos separados e, por isso, tanto podem ser submetidas à conexão processual situações de unidade como de pluralidade de infrações (*de concurso aparente ou*

³⁶ Consigne-se, no entanto, que a distinção assume ainda relevância para efeitos do n.º 2 do artigo 30.º do CP, que consagra a figura do crime continuado, aplicável, pela sua natureza, às situações de concurso real, mas não às de concurso ideal.

³⁷ Sobre a distinção entre facto processual e facto ilícito típico, *vide* Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28.ª ed. Beck, 2014, 20/§5 e ss; Frederico Isasca, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, 2.ª ed., Almedina, 2003, p. 75 e s.; e Paulo de Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, ed. Almedina, 2013, p. 146 e s..

efetivo, de concurso ideal ou real), uma vez que o que a unidade de facto processual exigirá é apenas a identidade do acontecimento histórico que confere solidez ao objeto processual.

§4. Cumpre questionar: em sentido jurídico, quando é que se pode reconduzir uma pluralidade de atos praticados pelo agente à noção de “*mesmo facto*”?

O critério da “*unidade típica de ação*” pretende ir de encontro às expectativas de tutela de cada tipo legal, abarcando no seu seio os atos sucessivos a ele associados. Por seu turno, a ideia de uma “*unidade natural de ação*” possui uma certa indeterminabilidade, mas permite que o julgador alcance, em cada caso, a solução mais razoável, avaliando de modo global e interligado os vários atos singulares entre si, em ordem a concluir se os mesmos são (ou não) suscetíveis de integrar uma unidade de facto. Nesse sentido, para se chegar a resultados satisfatórios será sempre necessário ter como ponto de partida ambos os critérios expostos, devidamente complementados e articulados, tendo no horizonte o limite jurídico-constitucional imposto pelo princípio *ne bis in idem*.

À luz de tais critérios, é possível concretizar *indícios* de situações em que os atos sucessivos praticados pelo agente manifestem uma tal conexão inexorável entre si que, segundo um juízo de razoabilidade e pela própria natureza dos mesmos, seria incompreensível que os mesmos não fossem agregados e tratados como o “*mesmo facto*” jurídico-social. Para este efeito, identificamos os seguintes *indícios* de tal conexão: *i)* se um dos atos foi praticado pelo agente unicamente como meio ou forma para vir a praticar um outro ato subsequente; *ii)* se um dos atos tem por si só força suficiente para esgotar o desvalor social da conduta do agente; *iii)* se tais atos típicos singulares forem dominados por uma mesma vontade de resolução; *iv)* se os atos em causa ocorrerem no quadro de um contexto temporal e situacional próximos ou, ainda, *v)* se foram realizados de modo homogéneo e sequencial, como que formando um encadeamento lógico entre eles. Avaliados estes *indícios* no caso concreto – em termos integrados, e não isoladamente – poder-se-á concluir se se verifica (ou não) a recondução jurídica do comportamento global do agente à unidade de facto.

A vontade ou resolução criminosa é a decisão de iniciar uma determinada ação típica. Como se sabe, a decisão da prática do ilícito pode ser só uma e o dolo do agente abarcar, *ab initio*, uma variedade de atos singulares que ele se dispôs logo a praticar até ao destino final. A unidade de resolução é, pois, tida como verificada quando a pluralidade dos atos praticados pelo

agente sejam o resultado de um só processo de deliberação, de uma só decisão do agente, sem renovação do processo de motivação ou sem existir uma dupla resolução³⁸.

No entanto, a unidade de resolução não é incompatível com a pluralidade de factos jurídicos, tal como a pluralidade de resoluções criminosas não é incompatível com a unidade de facto, ainda que se reconheça que a multiplicidade de resoluções criminosas assumam função indicativa ou indiciária da pluralidade de factos. Por isso, mais do que falar em unidade ou pluralidade de resoluções criminosas, interessa neste contexto chamar à discussão o conceito de “*unidade resolutive*”³⁹, realidade que não se deve confundir com “*uma única resolução*”. Para concretizar a existência de uma “*unidade resolutive*” é necessário socorrer aos demais *indícios* elencados, porquanto a verificação da resolução do agente – seja de uma única resolução, de uma segunda resolução ou de uma renovação da resolução anterior –, assim como o processo de motivação que lhe está subjacente, pertence à vida interior do agente, sendo de natureza subjetiva e insuscetível de direta apreensão, apenas sendo possível de ser captada através do recurso a elementos materiais dos quais se extrai a forma como o acontecimento exterior decorreu.

Nestes termos, para afirmar a existência de uma “*unidade resolutive*” é, desde logo, necessário uma conexão ou proximidade temporal e situacional entre os diversos atos singulares que, em regra e de harmonia com os dados da experiência psicológica, leve a aceitar que o agente executou a sua atividade no quadro circunstancial de uma “*unicidade criminosa*”. Não se exige aqui uma imediata sequência temporal entre os diversos atos, mas antes que os atos em causa sejam praticados com um intervalo de tempo relativamente próximo e num contexto situacional similar, que permita a respetiva fusão no mesmo facto jurídico. Ainda que uma atividade se possa desenvolver em momentos diferenciados sem que isso tenha de supor uma pluralidade de resoluções, a distância temporal que pode separar tais momentos não é ilimitada.

A experiência normal das coisas ensina-nos que, por princípio, se entre diversos atos medeia um largo período de tempo, a resolução que inicialmente os abrangia a todos esgota-se no intervalo da execução, de tal sorte que os últimos atos não são já a sua simples descarga, mas supõem um novo processo deliberativo. Deste modo, se entre os vários atos praticados pelo agente se verificar um lapso temporal significativo, tudo levará a crer – na falta de outros critérios ou indícios que assegurem a contraprova – que estamos perante uma dupla resolução criminosa

³⁸ Neste sentido, Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Vol. II, p. 198; na jurisprudência, Acórdão do STJ de 15.05.1991, CJ, 1991, Tomo III, p. 16.

³⁹ Neste sentido, Lobo Moutinho, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*, Ed. Universidade Católica, 2005, p. 620, nota 1854.

do agente, a que corresponderá um duplo juízo de censura, que dará lugar a uma autonomização dos factos jurídicos.

Paralelamente, a “*unidade resolutive*” exigirá que os diversos atos levados a cabo pelo agente revistam natureza homogénea e se apresentem realizados de modo sequencial. Quer isto dizer que os vários atos singulares praticados separadamente pelo agente devem – com vista a formarem uma unidade de facto – traduzir, na sua globalidade, uma identidade própria, que permita enquadrar e compreender o facto no seu todo. Além do mais, tais atos materiais – avaliados na sua integralidade – devem revestir um encadeamento lógico e ordenado entre si, que permita retirar que da prática de um ato pelo agente se seguirá a prática de um outro ato subsequente, numa expectativa e previsibilidade razoáveis e adequadas ao circunstancialismo concreto.

Por fim, se um dos atos for praticado pelo agente exclusivamente para vir a praticar um outro ato (ato fim), ou se um dos atos executados assumam um tal ascendente sobre os demais que permita extrair que o mesmo, por si só, tem capacidade para esgotar o desvalor social do comportamento do agente no seu todo, estarão então preenchidos indícios de que o facto é, juridicamente, o mesmo.

Em síntese, a recondução da pluralidade de atos singulares ao mesmo facto jurídico exige que, com base nos assinalados *indícios*, se estabeleçam conexões objetivas e subjetivas entre os mesmos, em ordem a deles retirar um único sentido social: só assim se consegue distinguir com justeza o que se deve (ou não) considerar facto uno, evitando que se trate juridicamente de forma idêntica situações de facto que são materialmente distintas. Concluir-se-á que estamos perante o “*mesmo facto*” se os vários momentos da conduta do agente, analisados na sua globalidade, estiverem ligados entre si, formando um todo articulado, de molde a permitir a unificação dos diversos atos materiais realizados separadamente pelo agente.

Assim, por exemplo, o agente que comete um crime de homicídio negligente ou de ofensa corporal negligente na sequência de conduta contraordenacional estradal age, em regra, em concurso ideal de infrações. Nestes termos, há concurso ideal de infrações quando o arguido pratica várias contraordenações estradais que atingem uma gravidade tal que integram elas próprias um crime de condução perigosa por violação grosseira das regras de trânsito. E também pratica juridicamente o “*mesmo facto*” o condutor de táxi que não aciona o taxímetro ao iniciar o transporte de um cliente e, num segundo momento, cobra pelo percurso efetuado um preço superior ao devido⁴⁰.

⁴⁰ No exemplo dado o agente incorreria no crime de especulação, previsto no artigo 35.º, alínea a), do DL n.º 28/84, de 20.01, e na contraordenação prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), do DL n.º 263/98, de 19.08.

Da mesma maneira, o condutor que não possui o triângulo de sinalização no seu veículo (contraordenação) e se vê obrigado a imobilizar o mesmo numa via rápida para mudar um pneu, provocando de seguida com a sua conduta um acidente do qual resulta a morte de um condutor de outro veículo (crime de homicídio por negligência) pratica, do ponto de vista jurídico, o “*mesmo facto*”, porque os vários atos ocorrem num encadeamento sequencial.

Diferente será a situação em que agente no mesmo dia comete um crime de burla fiscal e conduz sem parar num sinal de paragem obrigatória: estamos aqui perante dois factos jurídicos autónomos. O mesmo se diga da circunstância de um consumidor, logo após apresentar reclamação ao dono do estabelecimento pelo facto dos produtos alimentares postos à venda estarem impróprios para consumo (contraordenação prevista no artigo 11.º do DL n.º 162/99, de 13.05), o agride fisicamente de forma violenta (crime de ofensa á integridade física): existe aqui um concurso real de infrações. É certo que a proximidade temporal e espacial entre as duas ações – apresentação da reclamação e a subsequente agressão física de outrem – e a circunstância da colocação à venda de produto desconforme para consumo constituir o motivo da agressão, fariam supor que estaríamos aqui perante o “*mesmo facto*”. Todavia, existe total falta de identidade entre uma e outra ação, pois que da primeira ação não seria exetável ou previsível a prática da segunda conduta pelo agente, nem tão-pouco uma decorre da outra, havendo um corte drástico entre os dois atos que quebra qualquer homogeneidade entre os mesmos, inexistindo um encadeamento lógico que permita qualificar o facto como uno.

§5. Uma última palavra para as infrações duradouras ou permanentes. Nestas, os atos são praticados num dado contexto sistemático ou funcional, obedecendo à mesma situação motivacional, conseguindo-se aglutinar juridicamente uma série de atos realizados, por ação ou por omissão, por um mesmo agente, de tal modo que esses atos integram objetivamente o tipo de ilícito da infração em causa.

Verificar-se-á, pois, uma infração contraordenacional com natureza permanente se o agente ocupou ilicitamente determinado espaço físico, como por exemplo, se procedeu à ocupação da via pública com um expositor de frutas com um alpendre, sem que para o efeito possuísse a necessária licença municipal, ou se, por outro lado, procedeu à colocação de publicidade num reclame luminoso na fachada principal do estabelecimento por si explorado, sem que tivesse obtido a exigida licença⁴¹. Em tais casos, o que existe é um só facto jurídico, dilatado no tempo, que dá lugar à prática de uma só contraordenação, sendo que a prática do facto típico

⁴¹ Note-se que a distinção entre contraordenações duradouras e contraordenações instantâneas de efeitos duradouros assume relevância, entre o mais, para efeitos do decurso do prazo de prescrição.

decorre, nos exemplos mencionados, desde o momento do início da ocupação ilícita da via pública ou da colocação de publicidade até à cessação da conduta ilícita por parte do agente (*máxime, quando seja obtido a exigida licença ou quando cesse de forma estável a ocupação e utilização ilícitas*) ou até à data do levantamento do eventual auto de notícia pela entidade competente⁴², tratando-se, em qualquer dos casos, da prática pelo agente do “*mesmo facto*” durante todo o período de execução⁴³.

Nos ilícitos permanentes assiste-se à criação voluntária de um estado antijurídico, mantido e querido no tempo pelo próprio agente durante todo o período de execução, até à cessação do facto censurável. As infrações permanentes prolongam-se no tempo e a negação dos bens jurídicos tutelados pela norma violada com a conduta do agente é permanentemente reafirmada. A infração está, por isso, em execução permanente até ao dia em que a situação de facto é reposta no estado em que estava antes da ação ou omissão ilícitas do agente ou até ao dia em que o agente obtém uma licença legal para a modificação da situação de facto⁴⁴. Pelo contrário, nos ilícitos de natureza instantânea, havendo a criação de um estado antijurídico, o agente desprende-se desse estado, sucedendo-se os efeitos à margem de qualquer resolução ou vontade da sua parte.

3. Unidade ou diversidade de fundamento – do concurso efetivo ou aparente de infrações

§6. A distinção entre unidade e diversidade de fundamento transporta-nos, evidentemente, para a questão geral do concurso de crimes.

Tradicionalmente, o direito penal distingue o concurso de normas e o concurso de crimes. O concurso de crimes – também designado concurso efetivo de crimes – consiste na subsunção dos factos a uma pluralidade de “*tipos de crime*” efetivamente cometidos pelo agente, cada um

⁴² Se depois dessa autuação o agente mantém a mesma conduta ilícita, verifica-se uma nova ação e, como tal, renovando-se a violação do interesse jurídico tutelado, nascerá um outro facto jurídico a sancionar.

⁴³ No sentido do texto, *vide* Acórdãos do TRC de 16.04.1997, do TRL de 11.05.1993, do TRP de 27.05.1998, do TRL de 25.03.2003, do TRC de 05.01.2011, do TRG de 17.01.2011 e do TRP de 03.10.2011, todos disponíveis *in* www.dgsi.pt. Já para os Acórdãos do TRL de 02.06.1999 e do TRC de 30.11.2011, ambos disponíveis *in* www.dgsi.pt, os exemplos referidos no texto configuram infrações instantâneas de efeitos duradouros, que se consumam logo no momento da ocupação ilícita de determinado espaço físico ou da afixação do reclamo luminoso. Discordamos desta última jurisprudência, porque os ilícitos de natureza instantânea – ainda que com efeitos duradouros – consumam-se instantaneamente e, independentemente da vontade do agente, os seus efeitos protelam-se no tempo. Parece ser este o entendimento que se retira do princípio da ação consagrada no artigo 5.º do RGCO, nos termos do qual, em sede contraordenacional, o facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido.

⁴⁴ Para um maior aprofundamento do estudo das infrações permanentes em sede contraordenacional, *vide* Augusto Silva Dias, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 80 e ss.

deles com um desvalor jurídico autónomo. De outro modo, o concurso de normas – também designado na doutrina por concurso aparente, legal ou impróprio – consiste na subsunção formal dos factos a uma pluralidade de tipos criminais, sendo a aplicação de um desses tipos incriminadores suficiente para punir o facto⁴⁵: verifica-se quando entre as normas concorrentes haja uma relação de especialidade, de subsidiariedade ou de consunção, pois em todos estes casos haverá lugar à prevalência de uma norma incriminadora sobre outra(s) formal(ais) e aparentemente aplicável(eis), que é(são) excluída(s) pela primeira. As relações de especialidade e subsidiariedade são categorias lógicas, já a relação de consunção é uma categoria teleológica, com natureza dinâmica e que deve aferir-se em concreto. Não se verificando especificamente nenhuma das mencionadas relações, por exclusão de partes haverá um concurso efetivo de crimes.

Na relação de especialidade, *lex specialis derogat legi generali*, a norma especial absorve os elementos essenciais do tipo abstratamente aplicável, distinguindo-se deste por conter elementos adicionais referentes ao facto ou ao próprio agente. Por seu turno, nas hipóteses de subsidiariedade encontramos-nos perante uma relação de sobreposição em que *lex primaria derogat legi subsidiariae* – ou seja, um dos tipos legais de crime apenas deve ser aplicado sempre que não existir outro tipo legal abstratamente aplicável que comine pena mais grave para aquele facto. Por último, a relação de consunção verifica-se quando as normas se encontram numa relação de inclusão material, isto é, quando o conteúdo de um facto ilícito típico inclui o de outro facto típico e a punição do primeiro esgota o desvalor de todo o acontecimento, levando a que o conteúdo material da norma consuntiva (norma dominante) prevaleça sobre a norma consumida (norma dominada)⁴⁶.

Verdadeiramente, o concurso aparente de crimes constitui uma delimitação negativa do próprio concurso; é aparente porque, na realidade, não há concurso de crimes. A locução *concurso de normas* designa em direito penal o problema da limitação da aplicabilidade de uma norma incriminadora como consequência da aplicabilidade de outra norma incriminadora ao mesmo objeto. As normas integram-se num sistema, subordinando-se umas às outras, sobrepondo-se, limitando-se reciprocamente, pelo que, antes de proceder à aplicação concreta da lei, há que determinar a norma ou normas efetivamente aplicáveis ao caso concreto⁴⁷.

⁴⁵ O Código Penal não regula o concurso de normas, mas apenas o concurso de crimes, como resulta da expressão “*tipos de crimes efetivamente cometidos*” consagrada no n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal.

⁴⁶ Uma exposição detalhada da matéria do concurso de crimes encontra-se, por exemplo, em Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, Vol. I, AAFDL, p. 527 e ss..

⁴⁷ O concurso de normas não é uma questão privativa do direito penal, mas sim da teoria geral do Direito, uma vez que diz respeito à aplicabilidade das normas aos casos concretos. Mais desenvolvimentos *vide* Manuel Cavaleiro de

§7. No âmbito do concurso de crimes, a questão tem sido muito discutida pela doutrina e jurisprudência, em particular – mas não só⁴⁸ – a propósito da relação do concurso entre os crimes de burla e de falsificação de documento.

Contextualizando.

Ao nível jurisprudencial, o Supremo Tribunal de Justiça aderiu à tese do concurso efetivo entre os crimes de burla e o de falsificação de documento: primeiro, no Assento n.º 3/92, de 19 de fevereiro⁴⁹; depois, no Assento n.º 8/2000, de 04 de maio⁵⁰. Tanto no primeiro como no segundo aresto sublinhou-se que os bens jurídicos tutelados pelos tipos legais de crime em confronto são distintos e, assim sendo, à pluralidade de bens jurídicos violados corresponderá uma pluralidade de crimes efetivamente cometidos pelo agente. A tese assente na diversidade de interesses e bens jurídicos protegidos pela burla e pela falsificação de documento: no primeiro, o património do burlado; no segundo, a fé pública dos documentos necessária à normalização das relações sociais.

O Tribunal Constitucional teve oportunidade de validar a conformidade constitucional dessa interpretação, atenta a distinta natureza dos bens jurídicos tutelados por cada uma das normas incriminadoras em apreço, concluindo que a violação do *ne bis in idem* ocorre nos casos em que as normas em conflito atuam na mesma esfera de proteção de interesses, porquanto só em tais situações a dupla punição do agente colide frontalmente com aquele princípio jurídico-constitucional⁵¹.

Ferreira, cfr. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, Editorial Verbo, págs. 527 e ss..

⁴⁸ Ainda recentemente o STJ foi chamado a fixar jurisprudência sobre a modalidade de concurso entre o crime de desobediência qualificada e dois crimes de condução de veículo em estado de embriaguez, o que fez no Acórdão n.º 8/2019 no seguinte sentido: “O condutor de um veículo automóvel na via pública que, submetido a exame de pesquisa de álcool no sangue, apresenta uma TAS igual ou superior a 1,20g/l, que é advertido que não pode conduzir nas 12 horas imediatamente seguintes e que, não respeitando tal advertência, vem a fazê-lo com uma TAS igual ou superior a 1,20 g/l, comete, em concurso com o crime de desobediência qualificada, p. e p. pelos artigos 154.º, n.º 2, do Código da Estrada, e 348.º, n.º s 1, alínea a), e 2, do Código Penal, dois crimes de condução de veículo em estado de embriaguez, p. e p. pelo artigo 292.º, n.º 1, do Código Penal” (Acórdão publicado no DR, 1.ª Série, 23.12.2019).

⁴⁹ Cfr. Assento de 19.02.1992, Fernando Sequeira (Relator), publicado no DR, 1.ª Série, 09.04.1991, BMJ 414:73.

⁵⁰ Publicado no DR, Série I – A, n.º 119, Série I-A, de 23.05.2000, Luís Flores Ribeiro (Relator). Lê-se neste acórdão o seguinte trecho: “Ora, nem no Código Penal de 1982 nem de 1995 existe qualquer disposição que ressalve o concurso de burla com a falsificação do regime geral estatuído no artigo 30.º [...] Logo, sendo distintos os bens jurídicos tutelados pelos tipos legais de crime de burla e de falsificação de documento [...] e não se verificando, entre eles, qualquer relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção, nem se configurando nenhum dos crimes em relação ao outro como facto posterior não punível [...] deve continuar a concluir-se que a conduta do agente que falsifica um documento e o usa, astuciosamente, para enganar ou induzir em erro o burlado integra, efetivamente, em concurso real, um crime de falsificação de documento e um crime de burla”.

⁵¹ Neste sentido, vide Acórdãos n.º s 303/2005 (publicado no Diário da República, II Série, n.º 150, de 05.08.2005) e 375/2005 (publicado no Diário da República, II Série, n.º 182, de 21.09.2005), ambos publicados in <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Tanto num como noutro aresto a questão objeto de análise era a de apurar se uma interpretação normativa, ao punir em concurso efetivo por crimes de burla e falsificação de documentos, quando a falsificação tenha sido o artificio concretamente utilizado, está a punir duas vezes pelo mesmo facto e, consequentemente, a incorrer em inconstitucionalidade, por violação do princípio *ne bis in idem*, na sua verdade

A questão ganhou novo interesse com a alteração legislativa operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, nos termos da qual o crime de falsificação de documento, previsto no n.º 1 do artigo 256.º do Código Penal, passou a estar preenchido, para além de outras situações já ali tipificadas, quando o agente tenha agido com intenção de “[...] preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime [...]”. Este segmento legal aditado à norma incriminadora veio renovar a querela, concretamente quando o crime de falsificação é praticado com o intuito de preparar, facilitar ou executar o crime de burla.

Em face da referida alteração legislativa poder-se-ia defender que a nova redação introduzida afastou a jurisprudência uniformizadora, pois ao introduzir a expressão “preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime” o legislador teria pretendido retirar a autonomia ao ato de falsificação, querendo dizer que a conduta destinada a preparar, executar ou encobrir outro crime é absorvida nesse outro crime. Ainda assim, a jurisprudência dos Tribunais Superiores subsequente pronunciou-se de modo esmagador no sentido de que a alteração legal operada não fazia caducar o Assento n.º 8/2000, de 04 de maio⁵².

O tema voltou a merecer a atenção do Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão n.º 10/2013, de 05.06.2013, que, uma vez mais, fixou jurisprudência no sentido do concurso efetivo de crimes⁵³. À semelhança dos anteriores, também este acórdão uniformizador fundamenta a sua jurisprudência essencialmente na diversidade dos bens jurídicos tutelados nas duas incriminações⁵⁴.

material. Independentemente do sentido da decisão, o TC salvaguarda nos referidos acórdãos que o que está em causa é a possibilidade de se aplicar concurso efetivo entre os crimes de falsificação e de burla, já que não cabe ao Tribunal Constitucional aferir a aplicação do direito infraconstitucional.

⁵² Nesse sentido se pronunciaram, entre outros, os Acórdãos dos Tribunais da Relação de Lisboa de 15.12.2009 e de 14.02.2012, da Relação do Porto de 05.03.2008, da Relação de Coimbra de 28.09.2011 e de 09.11.2011, e da Relação de Guimarães de 18.02.2013. Também o Supremo Tribunal de Justiça tomou posição neste sentido, nomeadamente nos Acórdãos de 05.12.2007 e de 26.10.2011 – todos os acórdãos elencados estão disponíveis in <http://www.dgsi.pt>. De um modo geral, nesta jurisprudência ou se apela ao facto de a alteração legal apenas ter pretendido alargar a punibilidade a condutas antes não previstas (*o preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime*) ou se conclui que a alteração confirma a jurisprudência dos acórdãos uniformizadores, afastando a possibilidade de consunção e do concurso aparente de crimes, assentando esta jurisprudência na distinta natureza dos bens jurídicos violados em ambas as normas incriminadoras: se os tipos de crimes tutelam bens jurídicos diferentes, outros tantos crimes haverão de ser contados. Contra a corrente navegou o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.06.2010, publicado in www.dgsi.pt, ao entender que “*uma falsificação de escritos utilizados unicamente como meio de burlar alguém está em concurso aparente (é consumida pelo) com o crime de burla (crime-fim)*”.

⁵³ O acórdão foi publicado no Diário da República, 1.ª série, N.º 131, de 10 de Julho de 2013, nele se fixando a seguinte jurisprudência: “*A alteração introduzida pela Lei n.º 59/2007 no tipo legal do crime de falsificação previsto no artigo 256.º do Código Penal, estabelecendo um elemento subjetivo especial, não afeta a jurisprudência fixada nos acórdãos de fixação de jurisprudência de 19 de Fevereiro de 1992 e 8/2000 de 4 de Maio de 2000 e, nomeadamente, a interpretação nele constante de que, no caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do artigo 256º, nº 1, alínea a), e do artigo 217º, nº 1, do mesmo Código, se verifica um concurso real ou efetivo de crimes*”.

⁵⁴ Ainda assim, diga-se que a questão ficou longe de ser pacífica, conforme comprovam as três declarações de voto de vencido juntas ao Acórdão. A este propósito, lê-se na declaração de voto de vencido do Conselheiro Maia Costa que, após a alteração ocorrida com a Lei n.º 59/2007, de 04.09, quando a “*falsificação é um crime-meio, pré-*

Contudo, a solução jurisprudencial tem merecido críticas por parte da doutrina.

Helena Moniz vem defendendo a ideia de que aquele que utiliza um documento falsificado como instrumento para a prática de um crime de burla deve ser punido pelo comportamento ilícito globalmente analisado e, portanto, deve ser punido pelo crime-fim, que é o crime de burla, pelo menos nos casos em que a falsificação esgota na burla o seu sentido e dano material, havendo nessas circunstâncias um concurso aparente de normas, sob a forma de consunção⁵⁵.

Por seu turno, afirma Figueiredo Dias que “[...] se alguém toma a decisão de fabricar documento falso para se, proporcionando-se a situação, burlar com ele alguém [...] se esta eventualidade se verifica [...] implicando assim uma segunda resolução ou uma renovação da resolução anterior, ainda aí parece deverem ser os princípios do concurso impuro que devem reger a situação. Posto é sempre, naturalmente, que se não verifique um alargamento da atividade criminosa ou não venha a verificar-se uma multiplicação das vítimas [...]”⁵⁶.

§8. A concretização do que é um “*tipo de crime*” deve ser indagada nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal, extraindo-se daí um critério teleológico que faz da unidade ou pluralidade de interesses e bens jurídicos violados o critério básico de distinção entre unidade e pluralidade de crimes, na linha da conceção de Eduardo Correia que serviu de base à construção do mencionado preceito legal.

direcionado à preparação, facilitação, execução ou encobrimento de outro crime, como por exemplo o de burla, a punição pelos dois crimes redundaria na punição da mesma conduta duas vezes, ou seja, seria uma violação frontal do princípio do ne bis in idem”. No mesmo sentido aponta a declaração de voto de vencido do Conselheiro Raul Borges: “a introdução do novo segmento teve em vista realçar a não punição autónoma como crime meio da falsificação [...], desde que não se verifique entre os dois comportamentos desconexão temporal significativa [...] suposta a unicidade da resolução criminosa, o ilícito puramente instrumental (crime-meio) estará contido no crime-fim [...] a valoração autónoma e integral do crime-meio representaria uma violação da proibição constitucional da dupla valoração”.

⁵⁵ Cfr. Anotação ao Assento n.º 8/2000 do STJ, in RPCC, Ano 10, fasc. 3, julho-setembro, p. 461 e ss..

⁵⁶ Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2009, págs. 1018 a 1019. Também Paulo Pinto de Albuquerque, já após a alteração legislativa assinalada, pronunciou-se favoravelmente à tese do concurso aparente, afirmando que “há concurso aparente (consunção) entre o crime de falsificação de documento e o crime de burla ou qualquer outro crime que tenha sido preparado, facilitado, executado ou encoberto por intermédio de documento falso [...] – Cfr. “Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Portuguesa, 2.ª edição, 2010, p. 757. Para uma análise mais detalhada desta concreta problemática, vide Rui Meirinhos, “Falsificação e Burla: ainda em torno do concurso de crimes”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2020-I, Almedina, p. 107-126, aí se concluindo nos seguintes termos: “sempre que pela falsificação se procure obter um benefício ilegítimo, com prejuízo de outra pessoa, o tipo legal protege não só o bem coletivo segurança e confiança do tráfico probatório, mas também o património do concreto prejudicado com ela, protegendo aquele tipo legal, em tal caso, simultaneamente, a segurança e confiança no tráfico probatório, mas também o património da pessoa visada pela burla [...] concluímos, assim, que no crime de falsificação de documento pode vislumbrar-se uma confluência ou concorrência de bens jurídicos diferentes, inclusive os protegidos em parte com a incriminação da burla, pelo que não pode afirmar-se, sem mais, que os bens jurídicos tutelados por aqueles tipos legais sejam completamente autónomos, perfeitamente distintos, sem hipótese de margens de contacto ou interligação, sendo criticável a apontada como inultrapassável diversidade de bens jurídicos protegidos na burla e na falsificação [...] com efeito, a distinção entre unidade e pluralidade de sentidos de ilicitude – e, logo, de crimes – dependerá da real fisionomia do quadro factual em presença do julgador [...]”.

A esse propósito, Eduardo Correia entende que “*pluralidade de crimes significa pluralidade de valores jurídicos negados*”⁵⁷, ou seja, estamos perante uma pluralidade de infrações sempre que sejam diversos os tipos legais de crime violados por serem, nessa hipótese, também diversos os bens ou valores jurídico-criminais lesados. Para além do mais, o conceito de crime não se esgota na sua ilicitude, devendo ainda ser atribuído um papel de destaque à culpa, propugnando Eduardo Correia que a determinação da pluralidade de crimes pode ainda decorrer, necessariamente, da pluralidade de juízos de censura dirigidos ao agente, por se verificar que “*o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a atividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime*”⁵⁸.

É esta teoria, na sua dupla dimensão – tipo de crime e conduta culposa – que hoje se encontra expressa no n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal. Dela decorre que apenas estaremos perante um concurso aparente quando esteja em causa o preenchimento de vários tipos legais – ou do mesmo tipo legal várias vezes – que preservam os mesmos valores jurídicos e, conseqüentemente, o princípio *ne bis in idem* apenas será violado quando, no caso concreto, se apliquem duas normas incriminadoras cujos bens jurídicos protegidos sejam similares.

Noutra perspetiva, Figueiredo Dias propôs um critério fundado no *sentido de ilicitude jurídico-penal do comportamento global do agente* como centro nevrálgico da distinção entre a unidade e pluralidade de crimes⁵⁹. Unidade ou pluralidade não será mais uma unidade ou pluralidade de crimes, mas de factos puníveis. É a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do Tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nessa aceção, de crimes. Por isso, para se concluir pela unidade ou pluralidade de crimes tem de se recorrer a uma compreensão global do sentido social do comportamento do agente refletido nos tipos de ilícitos aplicáveis, em ordem a verificar o seguinte: *i)* se os crimes em concurso se reconduzem a uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos-típicos cometidos e, conseqüentemente, a uma pluralidade de factos puníveis, temos um concurso efetivo, próprio ou puro; *ii)* ao invés, se o comportamento global do agente é dominado por um único sentido social autónomo de ilicitude, que a ele corresponde uma predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos-típicos praticados, temos um concurso aparente, impróprio ou impuro.

Nesta conceção, para que o concurso de crimes seja efetivo, o comportamento do agente globalmente analisado tem de revelar vários sentidos de ilícito, autónomos entre si, que conduzam

⁵⁷ Eduardo Correia, “*Direito Criminal – Tomo II*”, 1993, Almedina, p. 200.

⁵⁸ Eduardo Correia, 1993, p. 201.

⁵⁹ Cfr. *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 988 e ss.

à aplicação de uma pluralidade de normas jurídico-penais típicas, sem que exista, nessa medida, uma violação do princípio *ne bis in idem*. Por sua vez, serão integrados na categoria do concurso aparente, por consunção, aqueles casos em que se verifica uma diversidade de normas concretamente aplicáveis, mas em que “os sentidos singulares de ilicitude típica presentes no comportamento global se connexionam ou parcialmente se cobrem, de forma tal que, em definitivo, se deve concluir que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social”⁶⁰.

Noutro plano, Luís Duarte D’Almeida rejeita liminarmente a existência quer de um verdadeiro concurso de normas, quer de um *ne bis in idem* material, a partir da distinção entre aplicabilidade externa e interna da norma, criticando a conceção tradicional da consunção, por considerar que a esta categoria e aos critérios que lhe são inerentes subjaz uma inaceitável violação da legalidade criminal, visto que a “*arrevesada*” construção da aparência, por punir apenas um dos crimes, é uma solução supostamente mais justa, mas dogmaticamente nada rigorosa.

O autor rejeita a definição do concurso de crimes assente em relações puramente lógicas entre normas. Tomando como ponto de partida as normas tidas como adequadas à regulação do caso concreto, dever-se-á buscar a norma que mais se adequa ao caso através de um juízo material de triagem assente no “*sentido problemático-jurídico da conduta lesiva*”, tornando as relações lógicas entre as normas materialmente indiferentes. Por isso, para o autor não existe nenhum tipo de concurso de normas, porque as normas não vão a concurso algum, nem no campo abstrato ou aparente. Não se está perante uma questão de interpretação das normas, mas sim mediante um problema no campo de aplicação da lei penal. Trata-se de uma operação de aplicabilidade normativa, mais concretamente de aplicabilidade externa. As figuras da subsidiariedade expressa, da consunção e as condutas negligentes com pluralidade de resultados típicos, entre outras situações residuais, por serem relações que se sustentam em critérios teleológicos ou valorativos, em que os tipos se cruzam, protegendo bens jurídicos distintos, são remetidas para outro processo de resolução, no campo da pluralidade criminosa. Para este grupo de casos, o autor constrói um “*lugar punitivo intermédio*”, a que chama concurso ideal. Inspirado no concurso ideal de PUPPE, em que a conexão entre os crimes não tem que ver com a conexão espaço temporal mas com a proximidade dos bens jurídicos e a correlação entre resoluções criminosas, Luís Duarte D’Almeida distancia-se daquele último autor: para ele, há

⁶⁰ Cfr. *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 990.

pluralidade de crimes no concurso ideal, ainda que, carecendo os tipos de autonomia sancionatória, o regime punitivo a aplicar seja o previsto para o crime continuado⁶¹.

Por seu turno, Cristina Líbano Monteiro rejeita a figura do concurso ideal e defende que a resolução da questão do concurso de crimes passa pela análise dos conteúdos de ilícito convocados pela conduta do agente. Criticando uma conceção formalista do tipo de crime como tipo abstrato baseada em juízos lógico-dedutivos entre normas penais, a autora entende que o problema se resolve no campo do facto ilícito penal, pelo que melhor será adotar a expressão “*concurso de ilícitos*” em vez de concurso de crimes. Assim, a destriça entre unidade e pluralidade de crimes radica nos concretos juízos de ilicitude pessoal, procurando-se o sentido de anti normatividade do comportamento do agente, o qual envolve um desvalor do resultado e um desvalor da ação. Em síntese, a autora critica a visão segundo a qual um determinado comportamento é mais desvalioso apenas por ser subsumível e preencher em abstrato mais do que uma norma incriminadora⁶².

Por fim, tecendo duras críticas à admissibilidade de consumpção, em particular nos tipos legais que tutelam bens jurídicos pessoais, Nuno Vinagre sublinha que “*a aceitação sem reservas do princípio da consumpção envolve a ideia de que parte do comportamento delituoso não recebe qualquer reação jurídica*”⁶³.

§9. Quanto a nós, quer-nos parecer que a tese de Eduardo Correia justifica desde logo um reparo: paralelamente à conceção formal de bem jurídico como critério conformador do *ne bis in idem*⁶⁴, dever-se-á ter em conta uma interpretação material de bem jurídico, enquanto reflexo de um interesse jurídico-social colocado em crise numa situação concreta, por forma a evitar que o intérprete faça corresponder o número de crimes com o número de valorações legais⁶⁵. No âmbito do concurso de crimes, cabe ao julgador discernir se ocorreu uma efetiva lesão de bens

⁶¹ Cfr. O “*Concurso de normas*” em direito penal, Almedina, 2004, p. 30 e p. 137.

⁶² Cfr. *Do Concurso de Crimes ao “Concurso de Ilícitos” em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 17. Também Inês Ferreira Leite preconiza a tese que procura um fundamento material para a unicidade do crime no concurso, rejeitando a análise dos tipos legais como ponto de partida e a conceção formal tradicional, esclarecendo que “*o legislador não tem – nem poderia ter – um domínio absoluto sobre a delimitação da unicidade do facto jurídico. O facto criminoso é jurídico, mas faz também parte da realidade natural e social. E é, também, por isso, ontológico*” – Cfr. *Ne (Idem) Bis In Idem*, Vol. 1, p.932.

⁶³ Cfr. *Da reforma dogmática do concurso de crimes. O repensar à luz do complexo sistema dialético entre o crime de coação sexual e o crime de violação*, 2011, Coimbra Editora, pp. 76 e 77.

⁶⁴ A jurisprudência do Tribunal Constitucional, fazendo eco da doutrina preconizada por Eduardo Correia, tem seguido uma conceção formal de bem jurídico, que tende a identificar o bem jurídico com a categoria formalmente identificada pelo legislador. São exemplo disso, os seguintes Acórdãos do TC: acórdãos n.ºs 102/99, 566/2004, 303/2005, 375/2005 e 319/12, todos publicados in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁶⁵ Defendendo uma conceção material e mais abrangente de bem jurídico Inês Ferreira Leite in *Ne (Idem) bis In idem – proibição da dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, vol. 1, Vol. I, Lisboa, 2016, AAFDL, p. 26 e ss..

jurídicos distintos e se algum deles se encontra abrangido pelo sentido normativo-social do tipo de crime aparentemente mais abrangente. Para tal, o julgador necessita de recorrer a um conceito de bem jurídico – ou de interesse jurídico – dotado de maior elasticidade e com independência face à mera designação formal oferecida pelo legislador, que atenda à tipicidade que envolve cada norma incriminadora e ao sentido de ilicitude material do comportamento global do agente na dinâmica factual do caso concreto em apreciação pelo Tribunal⁶⁶.

Nesse sentido, a tese que assenta exclusivamente a identificação do bem jurídico tutelado em cada tipo de crime com aquele que é reconhecido formalmente pela lei deixa de fora uma análise do substrato material e valorativo de cada uma das normas incriminadoras em concurso, pelo que a conceção formal deverá ser complementada por uma conceção material de bem jurídico⁶⁷, ainda que sem perder de vista o princípio da segurança jurídica. Tudo dependerá, afinal, da configuração casuística dos ilícitos singulares concorrentes face ao sentido social do ilícito global e da concreta lesão dos bens jurídicos protegidos por cada uma das normas incriminadoras.

A ser assim, a tese que assenta a distinção entre a unidade e pluralidade de crimes no *sentido de ilicitude jurídico-penal do comportamento global do agente* apresenta o mérito de não considerar imprescindível a identidade formal dos bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras concorrentes. À luz desta tese, ainda que o bem jurídico formalmente tutelado pela norma incriminadora assuma um relevo primacial na consideração global do sentido social do comportamento que integra o tipo, ele deve ser ponderado, enquanto critério para determinar a unidade ou pluralidade de ilícitos típicos, a par de outros critérios de determinação, como sejam o critério da unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final, o do crime-instrumental e do crime-meio, o de um único desígnio criminoso e o da conexão espaço-temporal das realizações típicas praticadas pelo agente. É da apreciação e avaliação conjugada de tais critérios – numa análise substancial do comportamento global do agente – que se irá extrair a existência de uma unidade ou pluralidade de sentidos sociais autónomos de ilicitude e, logo, de uma unidade ou pluralidade de infrações praticadas pelo agente⁶⁸. Esta orientação não se fixa, portanto, num

⁶⁶ A este propósito, lê-se no Acórdão do STJ de 27.04.2011, Processo n.º 456/08.3 GAMMV, disponível in <http://www.dgsi.pt>, que “a identificação do bem jurídico de um crime depende essencialmente da análise rigorosa dos seus elementos típicos, e não da sua inserção sistemática ou do seu nome, elementos que deverão também ser considerados [...] só depois da análise concreta, caso a caso, da tipicidade da incriminação, se pode chegar à identificação do ou dos bens jurídicos protegidos [...]”.

⁶⁷ Nas palavras Jescheck, “[...] o direito penal tem por missão proteger bens jurídicos. Em todas as normas jurídico-penais subjazem juízos de valor positivo sobre bens vitais que são indispensáveis para a convivência humana na comunidade e que, conseqüentemente, devem ser protegidos pelo poder coativo do Estado através da pena pública [...] todos os preceitos penais podem reconduzir-se à proteção de um ou vários bens jurídicos [...] poderá um só tipo legal proteger mais do que um bem jurídico, questão a dilucidar perante cada tipo e cada ação dele violadora”, cfr. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tradução para castelhano de Miguel Cardanete, Editorial Comares, 5.ª edição, 2003, p. 6.

⁶⁸ Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 1015 e ss.

determinado fator ou critério, considerando-o isoladamente, antes convidando o julgador, em cada caso, a tomar em conta o conjunto das circunstâncias de facto concretas, com vista a melhor perceber o comportamento do agente e o juízo de ilicitude (*social*) material que lhe está subjacente.

Por outro lado, a tese ora preconizada tem a virtude conferir tratamento diferenciado a situações da vida que entre si são distintas, possibilitando que se alcancem consequências jurídicas diferenciadas para circunstâncias factuais que, sob o ponto de vista material, não são idênticas. Assim, o concurso aparente tenderá a verificar-se nos casos em que existe entre os sentidos de ilícito coexistentes uma conexão objetiva e/ou subjetiva tal que faz aparecer um daqueles sentidos de ilícito como absolutamente dominante ou principal⁶⁹.

Em síntese, a construção jurídica que funda a distinção entre unidade e pluralidade de crimes no sentido social de ilicitude material do comportamento global do agente corresponde a uma desejável adequação do Direito ao real sentido social da vida, permitindo distinguir o que deve considerar-se uno do que deva qualificar-se múltiplo e, conseqüentemente, reconduzir em termos jurídico-penais o “*comportamento global*” do agente à unidade (ou unificação) de facto. E não se receie que desta orientação resulte uma excessiva indefinição e uma acrescida dificuldade de aplicação do Direito, porque estas não serão por certo superiores às exigências que resultam da procura de uma justiça substantiva mais eficaz para cada caso concreto, almejando-se por essa via os valores da segurança jurídica e da proporcionalidade ínsitos ao Estado de direito.

§10. Recentremo-nos agora na questão do concurso entre crime e contraordenação pela prática do “*mesmo facto*”, procurando distinguir nesta sede as situações de concurso aparente ou efetivo de infrações.

O critério fundado no *sentido de ilicitude jurídico-penal do comportamento global do agente* – que, como vimos, satisfaz na busca da distinção entre a unidade e pluralidade de crimes – não colhe cabalmente neste domínio, atenta a diferente natureza jurídica de cada uma das normas sancionatórias que reclamam em concreto aplicação. Por um lado, temos em confronto normas que integram sistemas sancionatórios distintos, cada uma delas com as suas finalidades e especificidades, o que torna inexequível a tarefa de avaliar o sentido de ilicitude do comportamento global do agente à luz de normas com esferas de ilicitude e de proteção próprias. Por outro lado, o ilícito contraordenacional assenta na antecipação da consumação material dos ilícitos a

⁶⁹ Note-se, de resto, que a relação de consunção – ao contrário das relações de especialidade – tem natureza dinâmica, pelo que não deve ser aferida em abstrato, não bastando invocar uma lógica de identificação dos bens jurídicos protegidos para recusar *in limine* o concurso aparente de crimes.

momentos de perigo ou de simples violação de deveres impostos por lei – como sejam os deveres de informação ou a inexatidão desta –, sendo concebido a partir da noção de *dever jurídico* e da sua violação⁷⁰, o que o distingue em relação ao crime e faz com que o mencionado critério não seja diretamente transposto neste tipo de concurso.

Dito isto, entendemos que **um primeiro critério para distinguir as situações de concurso efetivo ou aparente entre crime e contraordenação é o da identidade/diversidade de bens e interesses jurídicos tutelados por cada uma das normas sancionatórias. Consoante haja ou não a referida identidade de valores jurídicos protegidos o caso será reconduzido à situação de unidade de fundamento (concurso aparente) ou de diversidade de fundamento (concurso efetivo)**⁷¹.

À semelhança do que ficou dito a propósito do concurso de crimes, dever-se-á atender neste âmbito não só a uma conceção formal de bem jurídico, mas também à respetiva interpretação material, num apelo à *ratio* das normas sancionatórias na dinâmica fatural em apreciação. Nesta ótica, compreender-se-ão melhor os reais bens e interesses jurídicos tutelados por cada norma sancionatória à luz de uma interpretação de cada tipo legal, por referência ao facto concreto do agente, que permita, caso a caso, a averiguação dos efetivos e concretos interesses e bens jurídicos violados naquele “pedaço de vida”.

Por isso, não obstante os ilícitos concorrentes – um de natureza criminal e outro de natureza contraordenacional – tutelarem formalmente bens e interesses jurídicos diferentes, pode suceder que, segundo um juízo de materialidade, se venha a descortinar que naquela concreta situação de facto as normas sancionatórias concorrentes protegem o mesmo bem jurídico, atuando elas no mesmo raio de proteção de interesses e fazendo face às mesmas finalidades.

Neste enquadramento, dois cenários podem ser equacionados:

A – Por um lado, podem identificar-se situações de ausência de relação entre a infração contraordenacional e a infração criminal, aceitando-se pacificamente o concurso efetivo entre o crime e a contraordenação. Assim será quando entre as diferentes normas sancionatórias em conflito não exista qualquer relação lógica ou axiológica de subsidiariedade. Nestes casos, reconduzidos às hipóteses de diversidade de fundamento ou de substância, temos em confronto normas provenientes de diferentes sistemas sancionatórios que protegem diferentes bens e interesses jurídicos, atuando cada uma delas em âmbitos diferentes de proteção e com escopos

⁷⁰ Cfr. Frederico da Costa Pinto, *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, in RPCC, ano 7, 1997, n.º 1, p. 23.

⁷¹ Sobre os conceitos de unidade e diversidade de fundamento, vide Augusto Silva Dias, *Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no Anteprojecto do Código do Consumidor*, in Menezes Leitão (Coord.), Estudos do IDC, vol. III, ed. Almedina, 2006 p. 110. (93 a 118).

diversos, pelo que cada uma das normas prevê sanções principais que visam realizar diferentes fins. Por isso, correspondendo à unidade de facto uma diversidade de fundamento entre os ilícitos típicos em causa, a sanção do agente far-se-á a título criminal e a título contraordenacional, mantendo a contraordenação a sua autonomia punitiva, por aplicação das regras gerais do concurso efetivo de infrações⁷².

Por exemplo, o condutor de táxi que não aciona o taxímetro ao iniciar o transporte de um cliente e, após isso, no fim da viagem, cobra pelo percurso efetuado um preço superior ao devido, pratica, em concurso efetivo ideal, um crime de especulação, previsto no artigo 35.º, alínea a), do DL n.º 28/84, de 20.01, e uma contraordenação, prevista pelo artigo 11.º, n.º 1, alínea a), do DL n.º 263/98, de 19.08⁷³. Na verdade, tanto o crime como a contraordenação destinam-se a proteger interesses jurídicos diferentes: o regular funcionamento da economia no crime e os deveres inerentes à profissão de taxista no caso da contraordenação. O desvalor da ação no crime é de ordem pública, ao passo que o dever jurídico violado em que assenta o ilícito contraordenacional é respeitante à conduta exigida aos motoristas de táxi na relação com os seus clientes. Neste exemplo, da prática do crime não decorre, necessariamente, a prática da contraordenação, havendo, pois, uma autonomia valorativa entre as duas infrações.

Do mesmo modo, se um comerciante tem à venda um produto alimentício desconforme para consumo (crime do artigo 24.º, n.º 1, DL n.º 28/84, de 20 de janeiro) e as embalagens onde esse produto se encontra não contêm a indicação do preço de venda (contraordenação prevista no artigo 11.º do DL n.º 162/99, de 13 de maio) existe um concurso efetivo de infrações, uma vez que não existe identidade entre os interesses jurídicos tutelados por ambas as infrações: o crime protege a qualidade dos produtos alimentares para consumo e a contraordenação procurar garantir a informação dos preços aos consumidores, pelo que os respetivos ilícitos não apresentam entre si uma área de interseção que permita a um deles absorver o outro.

B – Por outro lado, noutras situações é de admitir que se possam identificar entre as referidas normas sancionatórias abstratamente aplicáveis ao caso relações lógicas que caracterizam o concurso aparente, nomeadamente a relação de subordinação (especialidade e subsidiariedade), de identidade ou de interferência (consunção). Em tais casos, visando os ilícitos criminal e contraordenacional tutelar os mesmos bens e interesses jurídicos, haverá uma situação

⁷² Só assim não será se, por força da lei, for imposta solução diferente para o concurso de infrações, *cfr.* artigo 20.º do RGCO, que melhor veremos no Capítulo IV, Ponto 2.

⁷³ No sentido do texto, *vide* Acórdãos do TRL de 28.09.2000, in CJ, XXV, 4, 138, e de 25.09.2002, in CJ, t. XXVII (2002), n.º 4, p. 129. Contra, Augusto Silva Dias, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 157, que considera que nesse caso o condutor deverá ser punido apenas pelo crime.

de unidade de fundamento, que se traduz num concurso meramente aparente entre o crime e a contraordenação. No concurso aparente, o campo de aplicação das normas em causa assemelha-se a dois círculos concêntricos, de forma que todos os elementos que cabem numa e noutras não podem ser apreciados duas vezes.

Em termos gerais, as regras do concurso aparente estão previstas em função das regras axiológicas entre as normas de sanção: quando uma norma sancionatória em situações de concurso se aplica em detrimento de outra norma isso significa que a valoração do facto pode ser integralmente feita pela norma a aplicar efetivamente, não só porque a valoração feita por esta norma de ilicitude comporta a valoração da norma preterida, mas também porque ela possui uma norma de sanção que “*absorve*” as sanções das normas afastadas pela relação de concurso aparente. Assim, se razões de ilicitude justificarem entre os tipos penais e contraordenacionais concorrentes uma sobreposição ou identidade no que concerne aos bens e interesses jurídicos protegidos por cada uma das infrações, a aplicação do tipo de ilícito penal esgotará – por via da regra, enquanto infração mais grave – a totalidade do desvalor do facto, devendo o agente ser punido unicamente pelo crime⁷⁴.

Vejamos os seguintes exemplos:

- Se um comerciante tem à venda um produto alimentício impróprio para consumo em razão de estar condicionado com violação de prescrições legais ele realiza, em concurso aparente, um crime do artigo 24.º, n.º 1, e a contraordenação do artigo 58.º, n.º 1, alínea c), ambos do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, visto que se verifica aqui uma área de complementaridade entre os dois ilícitos típicos geradora de uma relação de subsidiariedade.

- Se o arguido foi condenado pela prática de um crime de violação de proibições, previsto no artigo 353.º do CP, por ter sido intercetado a conduzir um veículo quando tinha a carta de condução apreendida em cumprimento de uma pena acessória de proibição de conduzir, não pratica a contraordenação prevista no artigo 85.º, n.º 1, alínea b), e nº 4, do CE, porque neste caso há concurso aparente, na modalidade de consunção ou exclusão, pois o conteúdo do facto ilícito criminal engloba ou exclui o facto ilícito contraordenacional e a punição pelo crime esgota o desvalor de todo o acontecimento⁷⁵.

- Para alguém desenvolver uma estratégia de manipulação de cotações de um ativo (crime de manipulação de mercado, previsto no artigo 379.º, n.º 1, do CVM) realiza um conjunto de

⁷⁴ Pode-se admitir a possibilidade de prevalência da coima quando a contraordenação regule a situação de um modo mais especial do que o crime, ou seja, quando a norma contraordenacional foi criada com a finalidade de punir o comportamento apenas como contraordenação. A este respeito, *vide* Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2&123, considerando que excecionalmente o tipo contraordenacional pode ser especial relativamente ao tipo penal.

⁷⁵ Neste sentido, Acórdão do TRG de 10.03.2008, in CJ, XXXIII, 2, 297.

“operações a descoberto” (violação dos procedimentos sobre vendas), incorrendo em contraordenações graves resultantes do artigo 389.º do CVM. Segundo as regras gerais do concurso aparente, as ditas “operações” podem considerar-se como atos instrumentais em relação ao crime de manipulação, o que permitiria invocar o concurso aparente por consunção, prevalecendo o crime (infração-fim).

- No caso da prática do crime de caça ilegal por pessoa sem carta de caçador, previsto no artigo 31.º, n.º 1, da Lei n.º 30/86, de 27.08, e da contraordenação de falta de licença de caça, prevista pelo artigo 116.º, n.º 1, alínea a), n.º 2, alínea c), do DL n.º 251/92, de 12.11, existe uma relação de exclusão entre o crime e a contraordenação, que consubstancia um concurso aparente de infrações, prevalecendo o crime, pois que que “*quem não for titular de carta de caçador não pode obter a respetiva licença de caça*”⁷⁶

Conclui-se, assim, que haverá concurso aparente entre o crime e a contraordenação quando as respetivas normas sancionatórias provenientes de diferentes sistemas visem – numa perspetiva material – proteger valores jurídicos similares e prosseguir idênticas finalidades. Em tais casos, a punição pelas duas infrações – crime e contraordenação – redundaria numa dupla punição da mesma conduta, consubstanciando uma violação dos princípios jurídico-constitucionais da proporcionalidade (proibição do excesso) e do *ne bis in idem* material, pois que a valoração autónoma e integral de cada uma das infrações representaria uma dupla valoração dos factos respetivos: ora como integradores do crime, ora como integradores da contraordenação.

§11. Foi esta a posição expressa pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 244/99, de 29 de abril⁷⁷. Aí se decidiu que o princípio *ne bis in idem* pode ter aplicação, por analogia, em hipóteses de concurso entre crime e contraordenação, quando “*os bens jurídicos tutelados pelas respetivas normas sejam idênticos*”, o que leva a concluir que nas situações de concurso aparente – aquelas em que as normas sancionatórias em confronto protegem bens jurídicos idênticos – a dupla sanção do agente – a título criminal e contraordenacional – conduziria à violação do *ne bis in idem*. No fundo, o Tribunal reconhece que podem ser atingidos os mesmos interesses e bens jurídicos quando a prática do “*mesmo facto*” pelo agente constitua, paralelamente, crime e contraordenação.

⁷⁶ Neste sentido, vide Acórdãos do TRP de 23.04.1997 e de 11.03.1998, in www.dgsi.pt.

⁷⁷ Disponível para consulta in www.tribunalconstitucional.pt.

No acórdão em questão tratava-se de apreciar a constitucionalidade da interpretação extraída do artigo 14.º do RJIFNA (Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras), no sentido de apurar se a mesma factualidade comportava, simultaneamente, uma punição a título de crime e a título de contraordenação (*dispunha o artigo 14.º do RJIFNA que “se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação previstos neste Regime Jurídico, será o agente punido apenas pelo crime”*). O que importava determinar era se o *ne bis in idem* tem cabimento nas situações de concurso entre crime e contraordenação. Ora, o mencionado Acórdão decide inequivocamente que “[...] a violação do *ne bis in idem* pressupõe que as normas em causa sancionem – de modo duplo ou múltiplo – substancialmente a mesma infração [...] a contrariedade ao princípio do *ne bis in idem* depende assim da identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes, ou do desvalor pressuposto por cada uma delas [...]”, acrescentando que “[...] no crime previsto nos artigos 23.º e 7.º do RJIFNA (fraude fiscal) está em causa um desvalor fundamentalmente idêntico ao que se encontra subjacente às contraordenações fiscais em causa [...]”.

Face a esta argumentação, o Tribunal Constitucional concluiu por uma situação no caso vertente de concurso aparente de infrações, visto que tanto o crime em análise como as contraordenações fiscais tutelavam essencialmente os mesmos bens jurídicos e tinham subjacente um desvalor jurídico idêntico, daí que tenha decidido “[...] interpretar a norma constante do artigo 14º do RJIFNA como apenas permitindo a pronúncia, em alternativa, pelo crime de fraude fiscal ou pelas contraordenações referidas no despacho respetivo, previstas e punidas pelos artigos do RJIFNA, na medida em que correspondam aos mesmos factos [...]”.

Por seu turno, no Acórdão n.º 303/2005, de 8 de junho – não obstante estar em causa uma situação de concurso de crimes e não de concurso entre crime e contraordenação – o Tribunal Constitucional reafirmou aquela orientação, sublinhando que “[...] a contrariedade ao princípio do *ne bis in idem* depende da identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes, ou do desvalor pressuposto por cada uma delas [...]”. Ainda assim, **desta jurisprudência constitucional parece resultar um alargamento do leque das situações reconduzidas ao concurso aparente entre crime e contraordenação, na medida em que ao critério da identidade ou diversidade do bem ou interesse jurídico tutelado por cada norma sancionatória se acrescenta um outro, alternativo, constituído pelo desvalor jurídico pressuposto por cada uma das normas sancionatórias concorrentes.**

Configuram-se aqui hipóteses em que o “*mesmo facto*” praticado pelo agente se apresenta, à luz de uma consideração normal, com um desvalor jurídico substancialmente homogêneo, de tal forma que não se retira do conteúdo material de cada uma das normas

concorrentes uma autonomização valorativa que a diferencie das restantes (unidade de fundamento). Tal ocorrerá, em concreto, quando as normas sancionatórias em confronto tenham subjacente o mesmo desvalor jurídico e, conseqüentemente, a aplicabilidade de uma delas afigurar-se-á suficiente para assegurar a sanção daquele “*mesmo facto*”, já que a aplicação em simultâneo das respetivas sanções colidiria com o princípio *ne bis in idem*. Sempre que uma das normas sancionatórias aplicáveis assumia um desvalor jurídico capaz de absorver aquele que era pressuposto pelas demais normas sancionatórias em confronto, seremos levados a concluir pela existência de uma relação de consunção, em que a norma sancionatória mais abrangente – por pressupor um desvalor jurídico suscetível de abarcar aquele que está inerente às demais normas concorrentes – prevalece. Ao invés, haverá concurso efetivo (diversidade de fundamento) quando as normas concorrentes que reclamam aplicação à situação concreta tenham pressuposto um desvalor jurídico próprio, verificando-se uma autonomização valorativa entre as várias normas sancionatórias em confronto.

Por exemplo, o caso de o agente ter cometido, por omissão, um crime de ofensa simples à integridade física por negligência, previsto e punido pelo artigo 148.º, n.º 1, do CP, causado por um cão potencialmente perigoso, devido à violação dos deveres de cuidado e de vigilância do mesmo enquanto seu proprietário⁷⁸ (contraordenação prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea r), do DL n.º 315/2009, de 29 de outubro), consubstancia um concurso aparente, por consunção, entre o crime e a contraordenação, devendo o arguido ser punido pela prática do crime⁷⁹, porquanto o ilícito penal esgota o desvalor pressuposto pelo acontecimento, consumindo a contraordenação⁸⁰, ganhando aqui relevo o segundo critério indicado.

Vejamos ainda um outro exemplo em que o segundo critério mencionado assume destaque:

A conduzia um veículo automóvel de forma desatenta e descuidada e não parou numa passadeira de peões, acabando por atropelar **B** que naquele momento efetuava a travessia da passadeira; em consequência da gravidade de tal embate, **B** veio a falecer. Neste caso, **A** praticou

⁷⁸ A falta de cuidado do arguido na vigilância do seu cão não pode deixar de configurar a prática do crime por omissão, sendo o resultado típico imputado ao arguido enquanto garante que não evitou a sua produção.

⁷⁹ Naturalmente que tal sucede se for apresentada queixa, por se tratar de um crime semipúblico (artigo 148.º, n.º 4, do CP); se o ofendido não apresentar queixa, estamos perante a prática da mencionada contraordenação, conseguindo-se por essa via evitar que a conduta ficasse descoberta de proteção apenas porque o ofendido optou por abdicar do procedimento criminal, apresentando a contraordenação natureza subsidiária face ao crime.

⁸⁰ No sentido do texto, vide Acórdão do TRG de 10.02.2020, processo n.º 114/17.8GAVRM.G1, disponível in www.dgsi.pt: “No caso de ofensa à integridade física por negligência causada por um cão potencialmente perigoso devido ao descuido do seu proprietário [...] o facto é punível exclusivamente como crime pelo artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal, ficando excluída a punição pela contraordenação prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea r), do DL n.º 315/2009, de 29 de outubro”. Ainda neste sentido, vide Acórdãos do TRP de 10.10.2007, processo n.º 0743233, e do TRE de 05.06.2012, processo n.º 193/10.9 GACTX.E1, ambos também disponíveis in www.dgsi.pt.

através do “*mesmo facto*” um crime de homicídio negligente (artigo 137.º, n.º 1, do Código Penal) e, paralelamente, a contraordenação do artigo 103.º, n.º s 2 e 4 do Código da Estrada.

Segundo o critério formal da identidade do bem ou interesse jurídico, seríamos levados a pensar que neste exemplo existiria um concurso efetivo entre o crime e a contraordenação, porquanto os interesses jurídicos tutelados por cada uma das infrações são distintos: a vida das pessoas no crime de homicídio por negligência e a segurança rodoviária na contraordenação assinalada. Porém, ambas as normas sancionadoras têm pressuposto um desvalor jurídico-social em tudo idêntico, pelo que a sanção por uma delas é suficiente para esgotar o sentido de ilicitude da conduta do agente. A prática da referida contraordenação é causa direta do embate que veio a provocar a morte de **B**, assumindo-se aquela como fator determinante para fundamentar a negligência do crime.

Neste exemplo, a situação de perigo que se visava tutelar pela infração contraordenacional é materialmente consumada pela prática do crime, pelo que se torna impossível dissociar as duas infrações, havendo concurso aparente – na modalidade de consunção – entre o crime e a contraordenação, esgotando o crime o significado, efeito ou ilicitude da contraordenação, absorvendo-a e consumindo-a. Estamos, por isso, perante uma situação de unidade de fundamento entre ambas as infrações e, logo, o agente será punido apenas pelo crime (penas principal e acessória), sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*, dado que aplicação concomitante da pena e da coima se traduziria numa *dupla sanção* pela mesma conduta.

§12. Uma última palavra para o concurso entre os crimes negligentes e as contraordenações de natureza estradal.

O arguido que pratica um crime de homicídio negligente ou ofensa corporal negligente em resultado de uma conduta contraordenacional estradal incorre, à luz do primeiro critério enunciado, num concurso efetivo ideal, pelo que segundo as regras gerais do concurso efetivo ser-lhe-ia aplicada uma pena e uma coima. Todavia, por efeito do artigo 134.º, n.º 1, do Código da Estrada⁸¹ – que tem a mesma redação do artigo 20.º do RGCO – haverá lugar à punição do agente meramente a título de crime, sem prejuízo da aplicação da sanção acessória prevista para a contraordenação⁸².

Tratar-se-á, *prima facie*, de um concurso efetivo porque o crime negligente e a respetiva contraordenação tutelam diferentes interesses jurídicos. No exemplo já referido do condutor que

⁸¹ Dispõe o referido artigo que “*Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o agente é punido sempre a título de crime, sem prejuízo da aplicação da sanção acessória prevista para a contraordenação*”.

⁸² Neste sentido, entre outros, Acórdão do TRC de 19.05.1999, *in* CJ, XXIV, 3, 51.

não possui o triângulo de sinalização (contraordenação) e que se vê obrigado a parar o veículo numa via rápida para mudar um pneu, provocando com isso um acidente do qual resulta a morte do condutor do outro veículo (crime negligente), entendemos que o condutor pratica as duas infrações em concurso ideal efetivo, já que os bens jurídicos protegidos pela contraordenação e pelo crime são distintos (diversidade de fundamento), não se verificando entre ambas as infrações qualquer relação de subsidiariedade ou de consunção, pois a primeira ação (contraordenação) não é causa direta e necessária da segunda ação (crime), pressupondo cada uma das duas autonomia e desvalor jurídico próprio.

No entanto, nem sempre será assim.

Com efeito, o segundo critério enunciado permite estender as situações de concurso aparente e, por isso, muitas situações ocorrem em que a contraordenação praticada pelo agente é consumida e englobada pelo crime negligente, porque – independentemente de cada uma das infrações tutelar bens jurídicos próprios – ambas as infrações apresentam um desvalor jurídico comum, sendo a contraordenação que fundamenta a negligência do crime, materializando-a.

Vejamos: o arguido que, por exemplo, pratica várias contraordenações estradais que atingem uma gravidade tal que integram a condução perigosa por violação grosseira das regras de trânsito comete o crime de condução perigosa, mas não as contraordenações subjacentes, por haver um concurso aparente, na modalidade de consunção. Neste caso, o agente deve ser apenas punido a título criminal, não sendo sequer aplicável a sanção acessória da inibição do direito de conduzir⁸³.

Um outro exemplo: o agente que conduz um veículo automóvel em excesso de velocidade e em termos desadequados e que, a dada altura, vem a perder o controlo da viatura que conduzia, acabando por embater noutra veículo, daí resultando, como consequência necessária e direta do despiste do veículo conduzido pelo arguido, a morte do condutor da viatura embatida. Está em causa a prática pelo arguido, em concurso aparente, de um crime de homicídio por negligência e da contraordenação prevista no artigo 25.º do Código da Estrada. Com a norma de trânsito pretende-se afastar o eminente perigo pela circulação em excesso de velocidade, quer para quem circula no veículo ou fora dele. O preenchimento da indicada contraordenação basta-se com a mera colocação em perigo dos bens protegidos no trânsito rodoviário, designadamente contra a vida de outrem. Para que o Tribunal possa concluir pela existência de negligência – sob a forma de violação de dever de cuidado no cumprimento das regras estradais no que à velocidade

⁸³ Neste sentido, Acórdão do TRC de 21.01.2009, in CJ, XXXIV, 1, 54.

concerne – tem de valorar os factos causais da morte da pessoa e, portanto, os relativos ao excesso de velocidade.

Assim, o excesso de velocidade (contraordenação) é causal do acidente de que resulta a morte da vítima (crime de homicídio negligente), concluindo-se que as infrações estão numa relação de consunção entre si, pelo que o arguido – por aplicação das regras do concurso aparente – deverá ser apenas punido pelo crime (pena) e já não pela contraordenação (coima ou sanção acessória). A sanção pela contraordenação em tais casos conduziria a uma dupla valoração do excesso de velocidade violadora do *ne bis in idem*: tanto para fundamentar a negligência do condutor quanto ao crime, como para preenchimento do tipo objetivo no que à contraordenação diz respeito⁸⁴.

⁸⁴ Num caso como este, o Acórdão do TRC de 16.05.2012, processo n.º 1895/10.5T3AVR.C1, disponível *in* www.dgsi.pt, decidiu que o arguido deveria ser condenado pelo crime, que constitui a infração mais grave, e também pela sanção acessória de inibição de conduzir prevista no Código da Estrada, não obstante concluir que o caso *sub judice* trata de um concurso aparente de infrações, por o crime consumir a contraordenação. Tal conclusão é alcançada por aplicação do artigo 134.º, n.º 1, do Código da Estrada, que tem redação idêntica ao artigo 20.º do RGCO. Ora, como veremos melhor *infra*, no Capítulo IV, Ponto 2, §2, entendemos que tal dispositivo legal não seria nesta sede aplicável, uma vez que apenas tem campo de aplicação nas situações de concurso efetivo. Discordamos que em casos como o do exemplo dado o agente seja condenado na sanção acessória, porquanto – sob pena de uma interpretação *in malam partem* – a punição do agente deverá ser procurada de acordo com as regras gerais do concurso aparente.

III. Da amplitude do princípio *ne bis in idem* nos diferentes sistemas de natureza sancionatória

1. Da dupla dimensão do princípio *ne bis in idem* – substantiva e processual

§1. Dispõe o artigo 29.º, n.º 5, da Lei Fundamental, que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”, dando-se, assim, dignidade constitucional expressa ao clássico princípio *ne bis in idem*.

Trata-se de um princípio constitucional que encontra a sua essência no Estado de Direito democrático e nos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da culpa, materializando-se num limite intransponível ao exercício da ação penal por força do caso julgado. Acima de tudo, configura uma garantia da racionalidade de tal exercício, em ordem a evitar que a cumulação punitiva se revele ilógica e excessiva sempre que esteja em causa o exercício do poder punitivo público sobre um mesmo facto, em sentido jurídico.

Nas palavras de Vânia Costa Ramos o *ne bis in idem* protege a segurança jurídica individual por duas vias: “Por um lado, garante ao indivíduo estabilidade da sua situação jurídica em relação a uma determinada infração que foi definitivamente fixada e que não será alterada por decisão posterior [...] o *ne bis in idem* impede a realização de uma qualquer segunda ação punitiva pelos mesmos factos [...] Por outro lado, o *ne bis in idem* garante ao indivíduo a proteção da sua pessoa contra os incómodos, as agressões à sua esfera jurídica decorrentes da repetição de uma ação punitiva. Uma ação punitiva não é algo de meramente formal, burocrático. Pelo contrário, numa ação de natureza punitiva não há qualquer momento livre de agressão aos direitos fundamentais do indivíduo visado. O complexo processual consubstancia uma violação prolongada ao direito à liberdade [...]”⁸⁵

Numa primeira concretização, tanto a doutrina⁸⁶ como a jurisprudência constitucional⁸⁷ têm assinalado que o princípio tem uma dupla vertente: substantiva e processual. Do ponto de

⁸⁵ Cfr. *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra Ed., 2009, p. 84.

⁸⁶ Sobre as dimensões substantiva e processual do *ne bis in idem* vide Inês Ferreira Leite in *Ne (idem) Bis In Idem – Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, Vol. I, AAFDL, 2016, p. 294 e ss. Afirma a Autora que o termo “ *julgado*” referido no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, tanto possui o sentido formal de fase de um processo instaurado para apurar a responsabilidade penal, como tem o sentido material de alusão ao próprio juízo sobre a responsabilidade do agente. Também sublinhando a dupla vertente do princípio, Ramón García Albero, *Non Bis In Idem Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, p. 24, e Henrique Salinas, *Os limites objetivos do “ne bis in idem” e a estrutura acusatória no processo penal português*, Lisboa, Universidade Católica, 2014, pp. 93 a 201.

⁸⁷ Acentuando a diferença entre a dimensão material e a dimensão processual do *ne bis in idem* vejam-se, a título meramente exemplificativo, os acórdãos do TC n.º s 303/2005, 387/2005 e 237/2007 – disponíveis no endereço <http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm>.

vista substantivo, pode dizer-se que o princípio proíbe a múltipla imposição de consequências jurídicas punitivas sobre a “*mesma infração*”, encontrando esta dimensão do princípio o seu fundamento nos princípios da necessidade e da proporcionalidade das penas e das medidas de segurança⁸⁸, pelo que, sendo as sanções penais aquelas que por via da regra maiores sacrifícios impõem aos direitos fundamentais, devem ser evitadas – na existência e na medida – sempre que não se mostre a sua necessidade.

Numa perspetiva processual, o *ne bis in idem* determina a impossibilidade de repetir, contra o mesmo sujeito, um novo julgamento (ou processo) por uma infração penal sobre a qual se tenha já firmado uma decisão de mérito definitiva (absolutória ou condenatória)⁸⁹, encontrando o seu fundamento na tutela da segurança ou da paz jurídica, que não permite, mesmo com eventual sacrifício da justiça material, que o agente, já condenado ou absolvido, viva permanentemente sob a ideia de uma nova perseguição penal e de uma hipotética imposição de pena.

Nestes termos, aceita-se uma interpretação ampla da proibição constitucional do *ne bis in idem* como abrangendo, a par da proibição do duplo julgamento, a proibição da dupla punição ou condenação pela prática do mesmo crime. A *proibição do duplo julgamento pelo mesmo crime*, a que corresponde o núcleo originário do princípio do *ne bis in idem*, proíbe literalmente apenas o duplo julgamento pelo mesmo crime; mas este não é o seu sentido material: a proibição constitucional estende-se à *proibição de dupla penalização pelo mesmo crime*, projetando a regra constitucional em matérias diversas como no regime da comparticipação ou do concurso de crimes⁹⁰. A este respeito, ensinam-nos Jorge Miranda e Rui Medeiros que “[...] a proibição de ‘duplo julgamento’ pela prática do mesmo crime constitui e continua a constituir uma garantia do cidadão frente a possíveis arbitrariedades do ‘jus puniendi’ estadual. Assim, a ratio e o alcance

⁸⁸ O TC tem reiteradamente reconhecido na sua jurisprudência que a Constituição acolhe, designadamente no seu artigo 18.º, n.º 2, os princípios da necessidade e da proporcionalidade das penas e das medidas de segurança, de que são exemplos os Acórdãos n.º s 59/85, 634/93, 108/99, 99/2002, 337/2002, 22/2003 e 295/2003 – todos disponíveis no endereço <http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm>.

⁸⁹ Quanto ao momento em que o arguido deverá considerar-se definitivamente julgado, ficando esgotado o poder punitivo público no que respeita à pretensão punitiva em causa, dá-nos nota Inês Ferreira Leite, *Ne (Idem) Bis In Idem*, p. 602, do seguinte: “[...] Se a proteção do *ne bis in idem* tem o seu início a partir do momento em que é formalizado o objeto e manifestada a potestas punitiva do Estado, num plano jurisdicional, a exaustão desse poder punitivo deverá ocorrer após a prolação de uma decisão (jurisdicional) que implique a realização de um juízo sobre essa mesma pretensão punitiva [...]”.

⁹⁰ Veja-se Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa, Anotada e Revista*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2014, anotação VI ao artigo 29.º, p. 467, onde se lê que o “[...] princípio *non bis in idem* [...] comporta duas dimensões: (a) como direito subjetivo fundamental, garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, a possibilidade de se defender contra atos estaduais violadores deste direito (direito de defesa negativo); (b) como princípio constitucional objetivo (dimensão objetiva do direito fundamental), obriga fundamentalmente o legislador à conformação do direito processual e à definição do caso julgado material, de modo a impedir a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto”.

deste princípio é o da proibição de um duplo julgamento de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido e o da proibição de dupla punição pela prática do mesmo crime”⁹¹.

2. Da aplicabilidade do princípio dentro do mesmo sistema sancionatório (*lógica interna*)

§2. Não obstante decorrer da letra do artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, que o *ne bis in idem* se refere ao “mesmo crime”, tem sido pacífico o entendimento de que aquele princípio se estende aos demais ramos do direito sancionatório (*máxime*, ao direito de mera ordenação social e ao direito disciplinar), numa lógica interna, proibindo que dentro do mesmo sistema sancionatório se puna ou se julgue duplamente a mesma infração praticada pelo agente⁹². Constituindo o *ne bis in idem* uma garantia fundamental de defesa do arguido, deve tal princípio vigorar na sua plenitude, numa lógica interna, de cumulação de sanções formalmente idênticas, no seio de cada um dos ramos do direito sancionatório, por duas razões:

- Ainda que a formulação do preceito constitucional se refira ao “mesmo crime”, nada obriga a uma interpretação literal desse termo, que nos leve a pensar que o princípio em questão só tem aplicação na esfera do direito penal. Pelo contrário, a interpretação dos preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias rege-se pelo princípio da máxima efetividade, pelo que o “mesmo crime” tem nessa perspetiva o sentido material de a “mesma infração”, seja ela um crime, uma contraordenação ou um ilícito disciplinar.

- No seio dos ramos de direito sancionatório está sempre em causa a aplicação ao agente infrator de sanções que, em maior ou em menor medida, são restritivas de direitos e de liberdades fundamentais; nesse enquadramento, não será constitucionalmente tolerável que tais restrições fiquem à margem da garantia do *ne bis in idem* – artigos 18.º, n.º 2, e 32.º, n.º 1, ambos da Constituição.

A *ratio* do preceito constitucional não permite seguramente que o mesmo facto seja valorado duas vezes da mesma forma dentro do mesmo quadro sancionatório. E, de igual modo, à luz dos valores subjacentes ao Estado de Direito e ao princípio da confiança, o princípio *ne bis in idem* proíbe que o mesmo facto jurídico praticado pelo agente seja duplamente punido, numa

⁹¹ Cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 676.

⁹² Seguindo esta orientação, Teresa Beza, *Direito Penal*, I, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 1985, p. 105. Ainda a favor da vigência do *ne bis in idem* no campo sancionador público, vide Parecer n.º 113/2005 do Conselho Consultivo da PGR, publicado no DR, II Série, n.º 128, de 25.07.2006, pág. 9946 e seguintes.

perspetiva interna, em matéria criminal, contraordenacional⁹³ ou disciplinar⁹⁴, concluindo-se pela aplicação do mencionado princípio, por analogia, aos “*demais domínios sancionatórios, designadamente ao ilícito de mera ordenação social e ao ilícito disciplinar*”⁹⁵. Com inteira pertinência, afirma o Acórdão do TC n.º 263/94, de 23 de março, que “[...] é evidente que a problemática do princípio de *non bis in idem* se põe relativamente a cada direito sancionatório, sendo certo que só no plano do direito criminal o princípio tem expressa consagração constitucional. Poder-se-á sustentar, é claro, que o princípio é aplicável também por analogia nos outros direitos sancionatórios públicos, no âmbito interno respetivo [...]”⁹⁶.

§3. No campo interno do direito das contraordenações suscitar-se-á, ainda, a questão de saber se o *ne bis in idem* tem alcance para proibir a dupla punição quando esteja em causa o concurso entre contraordenações – reportadas “*ao mesmo facto*” – localizadas em diferentes sectores de atividade.

Quanto a nós, parece-nos que a aplicabilidade do princípio a tais casos não será de afastar, desde logo porque continuamos numa lógica interna, de sanções provenientes do mesmo sistema sancionatório. A unidade do sistema jurídico contraordenacional exige que as normas contraordenacionais em concurso – ainda que pertencentes a diversos setores de atividade – atuem entre si na mesma esfera de proteção de interesses jurídicos, não sendo em tese concebível que para o “*mesmo facto*” praticado pelo agente existam normas contraordenacionais que tutelem diferentes valores jurídicos. Acresce que as coimas correspondentemente aplicáveis por cada uma das normas contraordenacionais em concurso terão finalidades em tudo semelhantes, pelo que sujeitar a prática de determinado facto a uma dupla condenação contraordenacional conduziria a que – direta ou indiretamente – fossem duplamente tutelados os

⁹³ Sobre efetiva vigência do *ne bis in idem* no seio do Direito contraordenacional, vide Damião da Cunha, *Ne bis in idem e exercício de ação penal*, In: Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, p. 573.

⁹⁴ Sobre a vigência do *ne bis in idem* no Direito disciplinar, vide Ana Neves, *O Direito Disciplinar na Função Pública*, I, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, p. 68. Na jurisprudência, sustentando a aplicabilidade do *ne bis in idem* no direito disciplinar e, conseqüentemente, proibindo que o mesmo facto seja objeto de dois processos disciplinares e de dois ilícitos disciplinares vide Acórdão do STA de 30.10.2014 e Acórdão do STJ de 23.06.2016, ambos disponíveis in www.dgsi.pt. Na lei, dando corpo a tal proibição, o Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), aprovado pela Lei n.º 155/2009, de 12 de outubro, proíbe expressamente a dupla punição pela mesma infração disciplinar no seu artigo 98.º, n.º 6. Da aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* ao direito disciplinar decorre que, tendo sido instaurado mais do que um processo ao mesmo agente relativo à mesma infração, um deles tenha de ser obrigatoriamente arquivado – seja por via de litispendência, força do caso decidido ou, mesmo, pelos efeitos do caso julgado –, ainda que os elementos recolhidos no processo arquivado com esse fundamento (por inadmissibilidade de duplo procedimento pela mesma infração) possam vir a ser transmitidos ao outro processo.

⁹⁵ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, anotação VIII ao artigo 29.º, p. 195.

⁹⁶ Com idêntica posição vide os Acórdãos do TC n.ºs 730/95 (ponto 11) e 306/2003, Ponto13 – ambos disponíveis in <http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm>.

mesmos interesses jurídicos e atingidas os mesmos fins sancionatórios, o que é desconforme à ideia constitucional do *ne bis in idem*.

A ser assim, estaríamos perante uma dupla resposta do aparelho sancionatório contraordenacional ao mesmo facto jurídico, verificando-se que os fins das sanções contraordenacionais – o restabelecimento das expectativas normativas defraudadas com a prática da infração e o não benefício pelo agente das vantagens patrimoniais ou económicas que almejava alcançar, evitando que repita a conduta infratora⁹⁷ – seriam prosseguidos reiteradamente por duas vias. Por isso, sempre que estejam em confronto ilícitos contraordenacionais que integrem diferentes sectores da atividade a proibição do *ne bis in idem* é aplicável e, conseqüentemente, será proibida a dupla sanção contraordenacional do agente pela prática da mesma infração⁹⁸.

3. Da aplicabilidade do princípio fora do mesmo sistema sancionatório (*lógica externa*)

§4. Questão diferente é a de saber se o *ne bis in idem* tem aplicação quando estejam em confronto normas sancionatórias provenientes de diferentes ramos do direito sancionatório.

Quanto a este aspeto, a distinção primeira é a de compreender a relação estabelecida entre tais normas, por forma a apurar se as mesmas são efetivamente aplicáveis em concreto ou se entre as mesmas se forma uma relação de concurso meramente aparente. Se entre as normas sancionatórias abstratamente aplicáveis ao caso – provenientes de sistemas sancionatórios distintos – não se identificar a existência de qualquer relação lógica que tipicamente caracterize o concurso aparente de normas, concluir-se-á que as mesmas formam entre si um concurso efetivo de infrações, atuando elas em diferentes esferas de proteção de bens e interesses jurídicos e com finalidades sancionatórias distintas (diversidade de fundamento).

Nestas situações de concurso efetivo, não existindo qualquer interferência entre as normas sancionatórias aplicáveis ao “*mesmo facto*” praticado pelo agente, o problema fica fora do âmbito do princípio *ne bis in idem*⁹⁹ e, logo, é constitucionalmente aceitável que o mesmo facto jurídico – formalmente qualificado pela lei como crime, contraordenação ou ilícito disciplinar – seja objeto de uma dupla condenação. Só assim se garante a autonomia dos diversos sistemas

⁹⁷ Resumindo as finalidades das sanções contraordenacionais numa ideia de prevenção geral positiva ou integradora vide Alexandra Vilela, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 365 e ss.

⁹⁸ Contra, admitindo que o *ne bis in idem* não tem aplicação nesses casos, vide Frederico Costa Pinto, *As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de Mera Ordenação Social*, in *Scientia Iuridica*, tomo LXVI (2017), n.º 344, p. 256 e ss.

⁹⁹ Uma análise da relevância do princípio constitucional do *ne bis in idem* encontra-se em Maria Fernanda Palma, *Direito Penal, Parte Geral (fascículos em curso de publicação)*, AAFDL, Lisboa, 1994, pp. 155 e ss.

sancionatórios¹⁰⁰, cada um cumprindo a sua função e cada um dando a sua resposta sancionatória a determinada infração praticada pelo agente, salvaguardando-se a diferente valoração jurídica do “*mesmo facto*” fora do mesmo sistema sancionatório.

Não se pode, pois, confundir a proibição da dupla condenação pelo mesmo crime – vedada pelo artigo 29.º, n.º 5, da Lei Fundamental – com a possibilidade de se retirarem consequências jurídicas diferentes do mesmo facto em distintos domínios sancionatórios, criando na esfera do agente infrator a partir da prática de determinado facto jurídico títulos de responsabilidade distintos¹⁰¹, como seja, por exemplo, responsabilidade criminal, contraordenacional, disciplinar ou civil. Os eventuais inconvenientes desta solução – de excessividade e desadequação das sanções concretas aplicáveis ao caso – apenas podem ser limitados pelo princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de proibição do excesso.

Em conformidade, não se inclui no âmbito da proibição constitucional a hipótese de o mesmo facto gerar efeitos jurídicos diferentes, repercutindo-se em diferentes sistemas ou subsistemas, desde que a relação das normas sancionatórias em concurso seja de aplicação efetiva. É o que acontece, por exemplo, se um determinado jogador, no recinto do jogo, desfere uma agressão à integridade física ao treinador da equipa adversária. Este “*mesmo facto*” praticado pelo agente pode, naturalmente, ser valorado como ilícito criminal, admitindo-se a responsabilidade penal dele decorrente, assim como a responsabilidade disciplinar em relação ao clube que representa e, ainda, a respetiva responsabilidade perante um organismo nacional, com funções de organização e disciplina nesse desporto, e com um possível alargamento das sanções feito por um organismo internacional de natureza equivalente. Tratam-se de formas autónomas de ilicitude, cada uma reclamando um quadro jurídico sancionatório próprio e diferentes tipos de processo.

Essencial – para que a proibição *ne bis in idem* não seja afetada – é que o conteúdo material de cada uma das normas sancionatórias seja único, de tal modo que a aplicabilidade de cada uma das normas em confronto resulte de pressupostos de natureza distinta e as respetivas sanções aplicadas ao agente prossigam objetivos próprios, havendo como que uma repartição de tarefas prosseguidas por cada um dos sistemas sancionatórios.

¹⁰⁰ A este respeito, enquanto reflexo da autonomia do direito contraordenacional e do direito disciplinar, registe-se que no âmbito do regime geral de punição das infrações disciplinares, bem como do regime geral dos atos ilícitos de mera ordenação social e do respetivo processo, estabelece-se uma reserva relativa de competência da Assembleia da República no artigo 165.º, n.º 1, alínea d), da Constituição. Quer isto dizer que só a Assembleia da República ou o Governo, mediante lei de autorização legislativa, têm competência legislativa em tais matérias.

¹⁰¹ O Acórdão do STJ n.º 4/2017, publicado no DR n.º 115/2017, Série I de 16.06.2017, afirma na sua fundamentação que o *ne bis in idem* “[...] apenas proíbe a dupla condenação penal, sendo compatível com a condenação simultânea numa pena criminal e numa contraordenação ou sanção disciplinar, pelos mesmos factos [...]”.

À luz deste raciocínio, a cumulação de normas sancionatórias de diferente natureza que sancionem o mesmo facto jurídico, provenientes de distintos direitos sancionatórios, não gera qualquer ofensa ao conteúdo do *ne bis in idem*, desde que se retire da estrutura comportamental do agente e do seu significado valorativo uma verdadeira autonomia entre os fundamentos de cada uma das responsabilidades. Ou seja, desde que se estabeleça entre as normas sancionatórias que aplicáveis ao caso concreto uma relação de concurso efetivo, decorrente das mesmas terem subjacente a tutela de diferentes interesses e bens jurídicos.

De resto, tem sido reafirmada pelo TC que o *ne bis in idem* não obsta ao duplo sancionamento do mesmo facto a título de diferentes responsabilidades. A propósito de uma questão de concurso entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade disciplinar, o Acórdão do TC n.º 253/94 consignou que “[...] *tratando-se de atos ilícitos de diferente natureza, sancionados com penas diferentes, apreciados em processos diversos por autoridades diferentes (num caso, um funcionário público; no outro, um juiz penal) não pode falar-se de um duplo julgamento, não havendo o risco de se conseguir nem uma condenação penal de quem já haja sido definitivamente absolvido pela prática do ato ilícito, nem uma nova aplicação de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo ato ilícito [...]* De facto, trata-se de responsabilidades diversas e autónomas que tutelam bens jurídicos perfeitamente distintos, podendo o agente ser censurado pelo seu comportamento em dois planos diversos, o penal e o disciplinar, sem ofensa de qualquer princípio constitucional [...]”¹⁰². Relativamente às hipóteses de concurso entre a responsabilidade criminal e a contraordenação, o TC descartou a aplicabilidade da proibição do *ne bis in idem* no já citado Acórdão n.º 244/99, de 29 de abril, desde que os bens jurídicos protegidos pelas respetivas normas sejam de diferente natureza.

¹⁰² Ainda referente ao concurso entre a responsabilidade criminal e a disciplinar, vide Acórdãos do TC n.º s 263/94, de 23 de março, 161/95, de 23 de março, e, mais recentemente, 745/15 – todos *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm>. Tem sido também esse o entendimento seguido pelo TEDH, de que é exemplo o recente Acórdão *Güç c. Turquia*, n.º 15374/11, de 23.01.2018: estava em causa um despedimento por justa causa de um auxiliar de ação educativa na pendência de processo crime pelos mesmos factos (suspeitas de abuso sexual de criança). Na pendência do processo crime, o agente foi despedido por justa causa na sequência de um processo disciplinar. Ainda que tenha alegado a violação do princípio da presunção da inocência no que ao processo disciplinar diz respeito, o TEDH entendeu que a investigação disciplinar estabeleceu factos de forma independente e reiterou que um único ato pode dar origem a processos de natureza distinta (penal e disciplinar), podendo cada um deles prosseguir paralelamente.

§5. Do que fica dito não se exclui que o *ne bis in idem* possa funcionar fora do mesmo domínio sancionatório¹⁰³, proibindo que o “*mesmo facto*” praticado pelo agente seja duplamente punido, por exemplo, como crime e como contraordenação¹⁰⁴.

Entendemos que tal poderá acontecer em dois cenários possíveis:

A - Quando entre as duas normas em concurso provenientes de diferentes sistemas sancionatórios se estabeleça uma relação de unidade de fundamento, protegendo ambas os mesmos bens e interesses jurídicos ou pressupondo elas o mesmo desvalor jurídico¹⁰⁵. Tal ocorrerá quando, partindo da dinâmica factual concreta refletida na conduta do agente, não se extraia da substância e alcance de cada uma das normas sancionatórias em conflito uma autonomia valorativa em relação aos fundamentos e às finalidades de cada um dos títulos de responsabilidade, pelo que uma dessas normas absorve, por consunção ou subsidiariedade, o conteúdo material das outras.

Destarte, sempre que esteja em confronto a aplicação de normas de direito sancionatório que constituam entre elas uma relação axiológica de subsidiariedade, atuando as mesmas no quadro de uma idêntica esfera de proteção interesses, prosseguindo as respetivas sanções finalidades em tudo semelhantes, a proibição *ne bis in idem* tem aplicação – por via da analogia – entre diferentes sistemas sancionatórios, nomeadamente no concurso entre crime e contraordenação¹⁰⁶.

As situações em que o “*mesmo facto*” praticado pelo agente constitua crime e contraordenação, mas em que a relação entre ambas as normas sancionatórias seja marcada por uma unidade de fundamento, sucedem em grande parte num grupo de ilícitos de mera ordenação social que, apesar de violarem bens jurídicos com dignidade penal e em tudo semelhantes àqueles que são protegidos pelo crime, não são necessitados de pena, mas tão-só de sanção contraordenacional e que, por isso mesmo, muito se aproximam do ilícito penal, apresentando nesses casos ambas as infrações um desvalor ético-social comum.

¹⁰³ Neste sentido, Augusto Silva Dias, afirmando que o *ne bis in idem* é aplicável, por analogia, ao concurso entre crime e contraordenação; Cfr. *Direito das Contraordenações*, Almedina, p. 156, notas 375 e 376. Contra, refutando a possibilidade de chamar à colação o *ne bis in idem* quando não se esteja dentro do mesmo sistema sancionatório, como no caso do concurso entre crime e contraordenação, vide Frederico da Costa Pinto, *A tutela dos mercados de valores mobiliários e o ilícito de mera ordenação social*, in IVM (ed.), *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. I, Coimbra Editora, 1999, p. 308.

¹⁰⁴ Para que sobre o “*mesmo facto*” praticado pelo agente se possa cumular processos e sanções provenientes de diferentes direitos sancionatórios será exigível um especial dever de fundamentação, já que o perigo de esbarrar na proibição constitucional do *ne bis in idem* é real e as fronteiras são, por vezes, ténues. Neste sentido também se pronuncia Inês Ferreira Leite, *Ne (Idem) Bis In Idem*, Volume I p. 26.

¹⁰⁵ Remetemos aqui para o que ficou dito *supra*, no Capítulo II, Ponto 3, §10, §11 e §12.

¹⁰⁶ De resto, o já citado Acórdão do TC n.º 244/99, de 29 de abril, esclarece que o *ne bis in idem* tem aplicabilidade, por analogia, em hipóteses de concurso de crimes e contraordenações, quando “[...] os bens jurídicos tutelados pelas respetivas normas sejam idênticos [...]”.

Exemplo disso verifica-se no crime do artigo 278.º do CP e na contraordenação ambiental prevista no artigo 86.º, n.º 3, alínea c), do Código Florestal, pois ambas as infrações tutelam o mesmo elemento do bem jurídico ambiental: a flora. Todavia, não obstante o interesse jurídico tutelado na contraordenação ser dotado de dignidade penal, a pena não se revelou a sanção necessária e o legislador optou por não elevar a contraordenação ao patamar do direito penal.

B – Outras situações existem em que, não obstante numa perspetiva formal se estar perante um concurso entre duas infrações com diferente natureza jurídica (*máxime, um crime e uma contraordenação*), o que temos, na realidade, na ordem jurídica – num critério substantivo, que apele à natureza e essência de cada uma das infrações – são dois ilícitos da mesma natureza jurídica (*vg., dois crimes ou duas contraordenações*), pelo que por esta via material se abre caminho à aplicabilidade da proibição do *ne bis in idem* no quadro de diferentes sistemas sancionatórios, evitando que o “*mesmo facto*” seja sujeito à aplicação de duas *sanções* (*vg., pena e coima*) que, embora formalmente apresentem diferente qualificação jurídica, são materialmente idênticas entre si¹⁰⁷. Estamos aqui perante casos em que inexiste correspondência entre a qualificação jurídica formal decorrente da lei para determinada infração e a materialidade subjacente à mesma.

O princípio *ne bis in idem* tem a amplitude e a força jurídica para, por analogia, proibir situações em que através da prática do “*mesmo facto*” o agente realiza, paralelamente, um crime e uma contraordenação, com a correspondente aplicação de uma sanção criminal e de uma sanção administrativa de natureza penal. Nesta hipótese, pode acontecer que o ilícito administrativo aplicável (*máxime contraordenacional*) seja desconstruído e, à luz de critérios substantivos e de um juízo de ponderação, nasça em seu lugar um ilícito de natureza penal e uma sanção por ele cominada com natureza criminal. Assim, o que verdadeiramente existe já não é a cumulação entre um crime e um ilícito administrativo, ou entre uma sanção penal e uma sanção administrativa, mas sim um concurso enquadrável entre normas que, na sua substância e essência, integram o mesmo sistema sancionatório, movendo-se numa mesma esfera de proteção de interesses e finalidades.

Refira-se que o artigo 29.º, n.º 5, do texto constitucional, não exige, para a sua aplicação, idêntica qualificação formal entre os ilícitos, pois que a interpretação de direitos e garantias deve

¹⁰⁷ A propósito do conceito material de infração disciplinar, tome-se em conta, por exemplo, a situação reproduzida no Acórdão do TC n.º 263/94, de 23 de março, em que se discutiu se o internamento do recluso em cela disciplinar é sanção materialmente penal: o TC entendeu negativamente, concluindo tratar-se de uma típica sanção disciplinar, “[...] que se traduz num carácter mais gravoso da forma de execução de uma pena criminal privativa da liberdade do recluso [...]”. A mesma questão havia de voltar a ser apreciada pelo TC no Acórdão n.º 745/15 e, novamente, decidiu o Tribunal que a sanção disciplinar de internamento em cela disciplinar não se reconduz, na substância, a uma sanção de natureza criminal.

reger-se pelo princípio da máxima efetividade¹⁰⁸. Com efeito, abandonando-se uma interpretação literal da expressão “o mesmo crime”, tal expressão tem, na aceção do preceito constitucional, o sentido de a “mesma infração”, conceito que deve ser determinado segundo critérios materiais.

Esta interpretação material do *ne bis in idem*, mais abrangente, é preconizada, com apreciável clareza, por Vânia Costa Ramos. Uma vez superado o exclusivo conceptualismo legal (positivo ou negativo) na valoração normativa das condutas proibidas e respetivas consequências jurídicas, a autora refere que “[...] a necessidade de assegurar as funções exercidas pelo *ne bis in idem* faz-se sentir na totalidade do domínio punitivo. Necessidade que justifica a vigência do princípio para lá do sistema de justiça penal clássico [...]. A expansividade do *ne bis in idem* como princípio tem o seu limite material nas fronteiras do direito punitivo, que tomamos como aquelas definidas pelo TEDH [...] a necessidade de delimitação do campo material de aplicação do *ne bis in idem* de acordo com os critérios definidos pelo TEDH, segundo os quais os limites são os do direito punitivo, do direito penal material e não do direito penal formal [...], a vigência do princípio não pode ser limitada por motivos meramente formais, devendo averiguar-se a natureza penal material das infrações, das sanções, e dos procedimentos em análise, que, verificada, sustentará a aplicação do princípio *ne bis in idem* [...]”¹⁰⁹. Assim, libertando-se das amarras estritamente formalistas, a proibição constitucional do *ne bis in idem* deve funcionar independentemente da qualificação jurídica de cada infração.

Cumpra, pois, detalhar as situações deste último grupo e, à luz dos critérios assentes pela jurisprudência europeia, delimitar materialmente os conceitos de crime e de contraordenação.

4. Crime e contraordenação – Critérios de distinção

§6. A questão da diferenciação entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal¹¹⁰ procura determinar, com base em critérios de ordem substantiva, um conceito material de crime ou de contraordenação, por forma a que se forneça uma orientação ao legislador no momento de decidir como qualificar juridicamente uma dada conduta. É através da definição do conceito material de cada uma dessas infrações – ou seja, da definição das características que um

¹⁰⁸ Acompanhamos a posição de Augusto Silva Dias, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 153, anotação 366, Almedina, 2018; em sentido contrário, defendendo que o preceito constitucional exige idêntica qualificação formal dos ilícitos, Frederico da Costa Pinto, *A tutela dos mercados de valores mobiliários*, p. 308.

¹⁰⁹ Cfr. Vânia Costa Ramos, *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra Ed., 2009, pp. 84-85. Também Inês Ferreira Leite adota uma conceção ampla do *ne bis in idem*, estendendo a proibição constitucional a várias manifestações da cumulação punitiva, enquanto fator de legitimação do poder punitivo público, cfr. *Ne (Idem) Bis In Idem*, p. 820.

¹¹⁰ Na doutrina nacional, sobre as diferentes teorias (qualitativa, quantitativa ou qualitativo-quantitativas), vide Nuno Brandão, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra Editora, 2016, sobretudo os Cap. I, II e III da Parte II, p. 229 e ss.

comportamento deve ter para que o legislador possa, de um ponto de vista constitucionalmente lícito, tipificá-lo como crime ou como contraordenação e, conseqüentemente, puni-lo com uma pena ou com uma coima – que se poderão identificar os princípios dogmáticos que deverão nortear cada um dos ramos de direito que elas integram.

Para uns, o crime e a contraordenação são apenas quantitativamente diferentes, havendo uma diferenciação de gravidade dos respetivos ilícitos. Portanto, uma diferença quantitativa de desvalor das condutas¹¹¹, pelo que havendo diferenciados graus de dignidade e de tutela é em função dessa escala que deve escolher-se entre crime e contraordenação. Mas a diferença entre o ilícito penal e o contraordenacional não reside apenas na gravidade das condutas abrangidas pelo primeiro, mas também na gravidade intrínseca da sanção penal, que comporta sempre uma elevada censura ética. Nesta perspetiva, a coima apresentar-se-á sempre menos gravosa do que a pena, daí o afastamento de qualquer sanção privativa da liberdade do domínio contraordenacional, causando também estranheza encontrar em tipos contraordenacionais coimas cujo limite máximo ultrapassa significativamente o máximo permitido para uma pena de multa. A autonomia do direito criminal encontra o seu fundamento na sanção e, por seu turno, é a natureza não privativa da liberdade do direito contraordenacional que dá razão de ser ao tratamento constitucional diferenciado que lhe é dispensado, com a previsão de regimes legais, substantivos e processuais, manifestamente distintos entre um e outro ramos do direito¹¹²

Para outros, existe uma diferença material ou qualitativa entre ambos os ilícitos, pelo que a ausência ou menor carga da relevância ético-social das condutas que integram os ilícitos contraordenacionais, por contraposição ao desvalor das condutas que integram o ilícito penal, e a diferente natureza dos respetivos bens jurídicos, são autênticos critérios materiais distintivos dos dois tipos de ilícito¹¹³. Nesta tese, há aqueles que tendem a defender que o ilícito típico contraordenacional é desmaterializado, sendo o sentido valorativo da ação do agente axiologicamente neutro¹¹⁴, e outros que rejeitam a pretensa neutralidade ética das infrações

¹¹¹ Neste sentido, Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, PG, I, ed. Verbo, 1992, p. 112 e ss., e Lobo Moutinho, *Direito das Contra-ordenações*, p. 47 e ss..

¹¹² Neste sentido, Nuno Brandão, *Crime e contraordenações*, p. 942

¹¹³ Neste sentido, Eduardo Correia, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, p. 267 e ss.; Figueiredo Dias, *O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, p. 328, defendendo aí que “o que no direito das contra-ordenações é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexcionada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social”; Frederico da Costa Pinto, *O ilícito de mera ordenação social*, p. 236, afirmando que “os ilícitos de mera ordenação social não são socialmente reconhecíveis se não forem vistos na perspetiva do dever a que o agente está adstrito e que violou”.

¹¹⁴ Tentando um critério diferenciador, o STJ tem sublinhado que o Direito Penal, ainda quando secundário, se centra sobre condutas ético-socialmente relevantes, enquanto o Direito contraordenacional se refere a condutas ético-socialmente indiferentes (neste sentido, Acórdão do STJ de 12.10.2006, processo n.º 05P4118).

contraordenacionais¹¹⁵. Seja como for, para esta tese são os critérios materiais que devem nortear o que deve subsistir como matéria penal e o que deve constituir uma forma de ilícito diferente¹¹⁶.

A par destas duas teses, tem ganho terreno uma teoria mista, que assenta a sua resposta consoante esteja em causa o Direito Penal clássico ou o Direito Penal secundário¹¹⁷.

§7. Aos dias de hoje o direito das contraordenações comporta condutas com natureza muito diferenciadas, o que conduz a uma inevitável complexidade interna. Não obstante a ponderação levada a cabo pelas teses quantitativas e qualitativas, independentemente dos critérios materiais da relevância ética-social dos comportamentos e da gravidade dos respetivos ilícitos, a diferença entre a reprovação ética da conduta e a mera censurabilidade social de uma outra conduta decorre em grande medida da relação de proximidade que tais condutas assumem perante os bens jurídicos fundamentais que, mediata ou imediatamente, pretendem tutelar.

Partindo das condutas que manifestamente exigem a proteção pela via do direito penal e daquelas outras que flagrantemente se satisfazem com a tutela do direito de mera ordenação social, existe a meio caminho entre o crime e a contraordenação uma zona cinzenta, cuja delimitação deve ser deslindada com recurso aos princípios da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade da pena – artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Será servindo-se de tais princípios que o legislador melhor poderá qualificar determinada conduta como crime ou como contraordenação: não obstante a dignidade penal (ou falta dela) dos bens ou interesses jurídicos que se pretende tutelar em determinada situação concreta, a questão é a de apurar se aquele comportamento social se basta ou não com a intervenção protetora do direito de mera ordenação social.

Nesta ótica, Alexandra Vilela entende que o direito das contraordenações inclui, para além de condutas destituídas de relevância axiológica, outras que violam efetivamente bens jurídicos portadores de dignidade penal e que, apesar de tudo, são subtraídas ao direito penal porque “o

¹¹⁵ Nesta linha, Inês Ferreira Leite, *Ne (idem) bis in idem – proibição da dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, vol. I, 2016, ed. AAFDL, p. , defende que o desvalor social e ético das condutas proibidas pelos ilícitos contraordenacionais – por oposição àquelas que têm legítimo cabimento no Direito Penal – não decorre imediatamente da sua mera descrição, sendo necessária uma contextualização organizacional, mediada pelo conjunto compreendido pelas normas impositivas de regulação da atividade e pela proibição da norma sancionatória.

¹¹⁶ O TC tem-se pronunciado no sentido de um critério material de distinção baseado na relevância ético-social dos ilícitos e na carga ética das sanções – v.g., Acórdão do TC n.º s 158/92, de 23 de abril; 244/99, de 29 de abril; 245/2000, de 12 de abril; 383/2001, de 26 de setembro; 336/2008, de 18 de junho; 461/2011, de 11 de outubro; 78/2013, de 31 de janeiro.

¹¹⁷ Neste sentido, Taipa de Carvalho, *Direito Penal*, PG, p. 129 e ss.; e Nuno Brandão, *Crimes e contra-ordenações*, p. 384 e ss. e 940 e ss., ainda que este último com algumas particularidades.

*legislador não deu por verificada a necessidade da pena*¹¹⁸, ou seja, a pena não se revelou o meio necessário de reação. É o que sucede em muitas das denominadas “*contraordenações modernas*”, que refletem uma danosidade social e uma severidade punitiva tais que as tornam semelhantes aos crimes.

Ainda que os critérios formais e materiais de distinção entre o crime e a contraordenação desempenhem um papel orientador da atividade do legislador, subsiste invariavelmente uma margem de discricionariedade nas suas mãos que, de acordo com critérios de eficiência e de política criminal, permita decidir em que plano de ilicitude pretende proteger determinados interesses ou valores jurídicos. Uma vez assente a ideia de que tanto o direito penal como o contraordenacional estão constitucionalmente habilitados a proteger bens jurídicos constitucionalmente relevantes, a delimitação daquela margem far-se-á com apelo aos referidos princípios de ordem constitucional¹¹⁹, que assumem feição excludente e que levam a crer que o conceito material de contraordenação seja tratado como uma categoria negativa, por *exclusão de partes*.

O primeiro passo consiste, pois, em submeter determinada conduta ou valoração social ao “*teste material do crime*”.

5. Conceito de “*matéria penal*” – da Constituição à jurisprudência do TEDH

§8. A par de um conceito formal, o conceito de crime comporta um conteúdo material que se encontra plasmado na Constituição, reconduzindo-se à lesão de bens jurídicos. Estipula-se no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, que o *jus puniendi* do Estado só é admissível quando necessário para salvaguardar “*direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*” (que o mesmo é dizer “*bens jurídicos*”). De todo o modo, todos os bens jurídicos protegidos pelo direito penal encontram-se elencados na Constituição, constituindo esta a matriz de onde emana o quadro de valores fundamentais tutelado pelo direito criminal, sejam eles de carácter intersubjetivo ou de carácter social. Por outro lado, tendo como referência quantificadora a medida da culpa, exigir-se-á uma razão de proporcionalidade entre o bem jurídico ofendido com a imposição da pena e o bem jurídico protegido através dela. No fundo, pretende-se saber se a conduta do arguido terá

¹¹⁸ Cfr. Alexandre Vilela, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Editora, 2013, p. 356, aí sublinhando que, embora determinadas contraordenações tutelem bens jurídicos penais, as mesmas não necessitam da aplicação de pena.

¹¹⁹ Roxin, *Strafrecht, AT, I, 2&133*, afirma que “*a distinção entre crimes e contraordenações – como acontece sempre que se aplica o princípio da subsidiariedade – está sujeita à discricionariedade do legislador e não segue quaisquer regularidades materialmente vinculantes, mas no caso dos crimes graves do núcleo da delinquência, a punição é prefigurada por critérios materiais*”.

efetivamente violado ou posto em perigo direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e bem assim a de saber se tal conduta do arguido justifica e necessita da reação pela via do direito penal¹²⁰.

Independentemente disso, não há uma obrigação de criminalizar com referências a todos os bens jurídicos constitucionalmente elencados; ou de outra forma, a nível constitucional há obrigações de criminalizar – correspondendo a este núcleo os direitos fundamentais, de carácter eminentemente individual e projeção social unanimemente reconhecida, pois onde o juízo de censura social é de molde a exigir a aplicação de uma pena o direito penal tem de atuar –, mas nem todos os bens jurídicos com consagração na Constituição devem ser protegidos pelo direito penal.

É que fora da esfera dos valores com indiscutível dignidade penal há uma relativa margem de manobra do legislador¹²¹, pelo que este deve ponderar se a intervenção do direito penal é necessária, ou seja, se a conduta censurada requer uma resposta tão gravosa, sendo que onde ao julgamento da comunidade repugne o tratamento do facto como crime, o legislador deve reagir por outras vias. Num segundo momento, deve o legislador ponderar se o bem jurídico em causa pode ser eficazmente defendido por outro modo, já que, sendo tal possível, e de acordo com o princípio da intervenção mínima, deve abster-se de recorrer ao direito penal, dado o carácter subsidiário que este reveste¹²². Entre os bens jurídicos que exigem proteção penal e os que não a permitem – aqueles que, por natureza, pertencem à esfera de outros ramos do direito sancionatório, que configurarão a via adequada para garantir a sua defesa – sobra ainda um espaço dentro do qual o legislador opta de acordo com razões exclusivas de política criminal¹²³.

¹²⁰ No acórdão do TC n.º 527/95, de 4 de outubro, reconhece-se que o direito penal é inquestionavelmente um “(...) direito de proteção de bens jurídicos, e o recorte do respetivo âmbito material, isto é, a delimitação dos comportamentos sociais que devem ter-se por merecedores de uma reação criminal, há-de assentar no princípio da necessidade (...)”. Ainda a este respeito, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano reconhece que haverá que pesar os diversos bens e valores em causa para efetuar uma “[...] ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto (...)”, para averiguar “[...] se o sacrifício dos interesses individuais que a ingerência comporta mantém uma relação razoável ou proporcionada com a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar (...)”, já que “(...) se o sacrifício resulta excessivo a medida deverá ser considerada inadmissível, ainda que satisfaça os restantes pressupostos e requisitos decorrentes do princípio de proporcionalidade (...)” - Cfr. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex, p. 225.

¹²¹ A jurisprudência do TC tem preconizado a liberdade de conformação legislativa na tipificação dos crimes e na fixação e determinação das correspondentes penas abstratas aplicáveis – vide, entre outros, acórdãos n.º s 547/2001, de 7 de dezembro, 41/2004, de 14 de janeiro, e 344/2007, de 6 de junho.

¹²² No Acórdão do TC n.º 211/95 entendeu-se que as condutas para serem consideradas criminosas devem, por um lado, atingir uma determinada qualidade de “reprovação ética geral” e, por outro, que “não é função do direito penal tutelar bens jurídicos funcionais”, mas apenas bens jurídicos que “exprimem os fins essenciais da sociedade”.

¹²³ Neste sentido, Carlota Pizarro de Almeida, *Casos e Materiais de Direito Penal, Almedina, Algumas Considerações a propósito do Acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional, Conceito material do crime*, Almedina, p. 208.

Por último, na delimitação do conceito material de crime sublinhe-se que é vedado ao legislador criminalizar condutas arbitrariamente, sem respeitar uma lógica de necessidade e de subsidiariedade exigida pelos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição.

Em síntese, a ideia fundamental é a de que o Direito penal é de *ultima ratio*, sendo de entre todos os ramos do Direito sancionatório aquele que protege bens com um aparelho coercivo mais forte, desde logo por ter sempre o foco apontado para a privação da liberdade. Deve, pois, ser deixado para a proteção dos bens jurídicos mais importantes e para as condutas mais ameaçadoras desses bens, e apenas se outros ramos do Direito não puderem, por si só, assegurar uma proteção suficiente. A intervenção do Direito Penal só é legítima se houver dignidade e necessidade de tutela penal e, como tal, visando ele salvaguardar a liberdade, não pode a sua aplicação, porque desproporcional ou desequilibrada, tornar-se instrumento de erosão dessa mesma liberdade.

§9. Também à luz da jurisprudência do TEDH¹²⁴ o conceito de Direito penal e de crime, para efeitos de aplicação das normas da Convenção Europeia, é um conceito material, que não está dependente da classificação e qualificação legal da infração, sendo antes analisado do ponto de vista das consequências que gera na esfera do visado. O TEDH tem atendido não ao *nomen* no direito nacional, mas ao grau, amplitude e gravidade das sanções: se a sanção tem um carácter gravoso – por exemplo, a inibição de exercer uma atividade ou uma coima muito elevada – é tida, em regra, como materialmente penal, com sujeição do procedimento sancionatório às exigências do processo justo e equitativo consagradas no artigo 6.º da CEDH.

A este título, o acórdão *Engel e Outros c. Países Baixos*¹²⁵, de 08.06.1976, lançou os pilares para a construção de uma noção penal europeia, definindo critérios para qualificar determinada infração como materialmente criminal para efeitos da Convenção: estava em causa uma infração disciplinar militar imposta a um cidadão e colocou-se ao Tribunal a questão de saber se tal infração tinha natureza penal, em ordem a beneficiar da esfera de proteção da CEDH. Com os fundamentos de que não basta qualificar legalmente uma infração como disciplinar no sentido do direito interno de cada Estado para a subtrair aos princípios e garantias fundamentais da Convenção, o Tribunal concluiu por atribuir “*natureza criminal*” a um ilícito disciplinar, com vista a submetê-lo à tutela do artigo 6.º da CEDH. Ou seja, os direitos estabelecidos na Convenção –

¹²⁴ Por simplicidade de exposição referir-se-á genericamente como TEDH tanto o Tribunal como a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, abolida com a entrada em vigor em 1 de novembro de 1998 do Protocolo n.º 11 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH”).

¹²⁵ Todos os Acórdãos do TEDH identificados no texto estão disponíveis para consulta in <http://hudoc.echr.coe.int/>.

nomeadamente, o *ne bis in idem* consagrado no artigo 4.º do Protocolo n.º 7¹²⁶, – valem para o arguido de um processo disciplinar ou administrativo, desde que a infração em causa possa ser qualificada como “*matéria criminal*” à luz dos critérios da jurisprudência *Engel*.

Nestes termos, os critérios *Engel* para determinar se uma dada infração consubstancia “*matéria criminal*” são os seguintes:

- Qualificação legal da infração no direito interno do Estado: este critério tem natureza meramente formal e é um ponto de partida, apenas sendo determinante – no que à aplicabilidade do *ne bis in idem* diz respeito – se o próprio direito nacional qualificar ambas as sanções em confronto como penais; se, pelo contrário, o ordenamento interno qualifica uma sanção como administrativa, é necessário socorrer aos outros dois critérios;

- Natureza intrínseca da infração: na perspetiva deste critério o crime e a pena devem ter como objetivo dissuadir uma conduta fraudulenta, negligente, dolosa ou genericamente ilícita, não sendo a norma particularmente dirigida a uma situação em particular; assim, para determinar se uma infração tem natureza penal, recorre-se a diversos fatores, tais como *i)* os destinatários da norma sancionatória, sendo que se esta se destinar ao público em geral, e não a um grupo de destinatários delimitado, terá, por regra, “*caráter penal*”¹²⁷ *ii)* o objetivo da referida norma, porquanto a infração não terá natureza penal se a sanção prevista pretender reparar apenas os danos patrimoniais¹²⁸ e tê-la-á quando a sua tipificação sirva finalidades de repressão e de prevenção¹²⁹; e *iii)* a disposição nacional sancionatória com carácter penal protege e salvaguarda bens jurídicos cuja proteção é garantida normalmente por regras de direito penal¹³⁰;

- O grau de severidade da penalidade sofrida pela pessoa envolvida: nesta perspetiva, o TEDH tem entendido que a sanção penal se basta com a possibilidade abstrata de ser severa, ainda que em concreto seja aplicada uma sanção ligeira; neste sentido, as penas privativas de liberdade revestem, por si próprias, carácter penal¹³¹ e o mesmo se verifica com as sanções

¹²⁶ O princípio *ne bis in idem* não foi consagrado na CEDH, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e a sua proteção foi efetuada posteriormente pelo Protocolo n.º 7. Ainda assim, a Alemanha, tal como outros países (Áustria, França, Portugal ou Itália), formularam reservas ou declarações nos seus instrumentos de ratificação, para limitar a competência do TEDH ao âmbito estritamente penal, por forma a permitir manter a dualidade de sanções administrativas e penais pelos mesmos factos. Diga-se que Portugal formulou declaração nos seguintes termos: “*Por “infração penal” e “infração”, no sentido dos artigos 2.º e 4.º do Protocolo, Portugal só compreende os factos que constituam infração penal segundo o seu direito*”. Sobre a validade de declaração ou reserva, vide *Caso Grande Stevens c. Itália*, acórdão de 04.03.2014, §207.

¹²⁷ Vide, Acórdão de 2 de setembro de 1998, *Lauko c. Eslováquia*, § 58.

¹²⁸ Vide, Acórdão de 23 de novembro de 2006, *Jussila c. Finlândia*, § 38.

¹²⁹ Vide, Acórdãos de 10 de fevereiro de 2009, *Zolotukhin c. Rússia*, § 55, e de 25 de junho de 2009, *Maresti c. Croácia*, § 59.

¹³⁰ Vide, Acórdãos de 10 de fevereiro de 2009, *Zolotukhin c. Rússia*, § 55, e de 25 de junho de 2009, *Maresti c. Croácia*, § 59.

¹³¹ Vide, Acórdão *Engel e o. c. Países Baixos*, § 82, de 8 de junho de 1976.

pecuniárias cujo incumprimento se possa traduzir numa prisão de substituição ou que impliquem uma inscrição no registo criminal¹³²; da mesma forma que, atenta a sua gravidade, uma sanção pecuniária num montante elevadíssimo pode consubstanciar uma sanção de natureza penal¹³³.

O segundo e terceiro critérios são alternativos, e não necessariamente cumulativos. No entanto, nada impede que sejam considerados *in totum* se a análise separada de cada um dos critérios indicados não for, por si só, suficientemente conclusivo¹³⁴. Com base nos critérios *Engel* – que foram seguidos ao longo dos anos por variadíssima jurisprudência do TEDH¹³⁵ – construiu-se paulatinamente uma conceção muito abrangente de acusação em matéria penal, suscetível de se encontrar preenchida em múltiplas infrações de natureza contraordenacional¹³⁶.

Nessa linha, em *Ozturk vs. Germany* (1984) o TEDH determinou que as contraordenações podem, preenchidos os critérios *Engel*, ser consideradas infrações criminais para efeitos da aplicação das garantias de defesa plasmadas no artigo 6.º da CEDH¹³⁷. Trata-se, em bom rigor, do primeiro Acórdão em que se analisa a sujeição da matéria contraordenacional, enquanto verdadeira “*matéria penal*”, às garantias da CEDH¹³⁸.

De resto, em *Ozturk vs. Germany* salientou-se que não é contrário à Convenção atribuir às autoridades administrativas missões originariamente atribuídas aos tribunais, desde que a pessoa visada possa recorrer de qualquer decisão administrativa tomada contra ela para um tribunal, entendido este como um órgão dotado de independência e imparcialidade que decida segundo um processo equitativo. Este ponto foi, contudo, melhor desenvolvido noutros Acórdãos do TEDH, designadamente nos Acórdãos *Menarini Diagnostics S.R.L. contra Itália*, de 27.09.2011, e *Grande Stevens v. Itália*, de 04.03.2014: neles o TEDH entendeu que a aplicação de sanções por parte de autoridades administrativas através de procedimentos que não satisfazem o artigo 6.º da CEDH é aceitável, contanto que o arguido tenha a possibilidade de, *a posteriori*, recorrer a um tribunal com poderes de cognição de *plena jurisdição*, definida esta como o poder de examinar –

¹³² Vide, Acórdão de 31 de maio de 2011, *Žugjić c. Croácia*, § 68.

¹³³ Vide, Acórdão *Menarini Diagnostics S.R.L. contra Itália*, de 27.09.2011, no qual o TEDH entende que atendendo à severidade da coima (6 milhões de euros) a norma pertencia ao domínio penal.

¹³⁴ Vide, Acórdãos *Serguei Zolotoukhine c. Rússia [GC]*, de 10.2.2009, §53, e *Grande Stevens c. Itália*, de 04.03.2014, §94.

¹³⁵ Entre muitos outros, seguem os critérios *Engel* os Acórdãos *Deweert c. Bélgica*, §42, de 27.02.1980, *Adolf c. Austria*, §30, de 26.03.1982, *Serguei Zolotoukhine c. Rússia [GC]*, §53, de 10.02.2009, e *Bendenoun v. França*, de 24.02.1994. Também o TJUE tem recorrido aos critérios *Engel* para delimitar a natureza penal de uma sanção administrativa, *cf.* Acórdãos *Bonda*, de 05.06.2012 (P. C-489/10), e *Åkerberg Fransson*, de 26.02.2013 (Processo C-617/10), ainda que neste último tenha remetido a aplicação dos referidos critérios para o Tribunal nacional.

¹³⁶ Dando nota disso mesmo, na jurisprudência nacional vide Acórdão do TRE de 28.10.2008, Processo n.º 1441/08-1, disponível *in* www.dgsi.pt.

¹³⁷ Acórdão *Öztürk c. Alemanha*, §52, de 21.12.1984.

¹³⁸ Seguiram-se inúmeros arestos do TEDH que reafirmaram os critérios *Engel* em matéria contraordenacional, tais como os Acórdãos *Menarini e Outros c. Itália*, §§ 38-45, de 27.9.2011, *Lutz c. Alemanha*, §57, de 25.8.1987, *Grande Stevens e Outros c. Itália*, de 04.03.2014.

sem restrições – as questões de facto e de direito relevantes, definindo o Tribunal a expressão última do sentido da decisão do caso. Do que se trata é de garantir ao agente um mecanismo de reação judicial que supra as deficiências do processo administrativo que correu termos perante uma autoridade administrativa.

6. Cúmulo de sanções penais e administrativas de natureza penal – perspectiva do *ne bis in idem* na jurisprudência europeia

§10. Ao nível da jurisprudência do TEDH tem-se discutido com especial ênfase o princípio *ne bis in idem* sempre que esteja em causa a aplicabilidade de duas sanções – uma de natureza criminal e outra de cariz administrativo – ao mesmo agente, pela prática do mesmo facto jurídico. A questão tem-se colocado, essencialmente, no domínio fiscal, face à pressão dos Estados para a maximização das suas receitas e, de modo particular, para a proliferação de tributos da mais variada natureza, com a conseqüente duplicação de sanções administrativas tributárias (por vezes, com natureza criminal) e penais.

A este respeito, proibindo o *ne bis in idem* a instauração de dois ou mais processos de natureza penal e a aplicação de duas ou mais sanções materialmente penais, a jurisprudência inicial do TEDH foi muito heterogénea e, em algumas situações de cúmulo de sanções penais e fiscais, considerou que o “*mesmo facto*” podia ser objeto de sanção penal e de sanção administrativa, sempre que as mesmas não tivessem em conta os mesmos pressupostos¹³⁹. Posteriormente, noutros casos, o TEDH seguiu uma posição mais favorável às garantias dos indivíduos, consistente em apreciar o *idem factum* em face do *idem crimen*, afirmando que o artigo 4.º do Protocolo n.º7 proíbe que uma segunda infração seja punida com fundamento em atos idênticos, ou substancialmente iguais, aos que serviram de fundamento à primeira, qualquer que seja a sua qualificação jurídica¹⁴⁰. Assim, o Acórdão *Lucky Dev v. Suécia*, processo n.º 7356/10, de 27.11.2014, concluiu pela existência de violação do princípio *ne bis in idem* quanto à infração fiscal, dada a acumulação indevida de um agravamento fiscal, por um lado, e de uma sanção penal em sentido estrito (mais concretamente 160 horas de serviço comunitário), por outro. E, do mesmo modo, o acórdão *Ruotsalainen v. Finlândia*, processo n.º 13079/03, de 16.06.2009, decidiu que viola o *ne bis in idem* a imposição simultânea ao mesmo agente de multa e de imposto adicional

¹³⁹ Vide, a título de exemplo, o Acórdão *Ponsetti e Chesnel c. França*, de 14.09.1999.

¹⁴⁰ Neste sentido, vide Acórdãos *Zolotoukhin c. Rússia*, de 10.02.2009; *Nykänen c. Finlândia* (processo n.º 11828/11), de 20.05.2014; *Rinas c. Finlândia*, de 27.01.2015; e *Kapetanios e o. c. Grécia*, de 30.04.2015.

sobre combustível para punir a mesma ofensa, *i.e.*, a utilização indevida de combustível sujeito a baixa tributação.

Todavia, o TEDH foi alterando paulatinamente o âmbito conferido ao *ne bis in idem*, caminhando no sentido de uma interpretação mais restritiva daquela proibição. Nesta perspetiva, o Acórdão *Nilsson v. Suécia*, processo n.º 73661/01, de 13.12.2005, aceita a cumulação de sanções penais e administrativas, conquanto exista uma relação material e temporal entre os diferentes processos sancionatórios. Por sua vez, no Acórdão *Grande Stevens e outros c. Itália*, de 04.03.2014, o TEDH esclarece que a Convenção não impede que uma pessoa, pela prática do mesmo facto, seja sancionada por um infração criminal e por uma infração de outra natureza (contraordenacional ou disciplinar), limitando os casos de violação do *ne bis in idem* às situações em que o conjunto das circunstâncias factuais concretas estiverem indissolúvelmente ligadas no tempo e no espaço, sendo esta ligação o critério decisivo para o Tribunal ponderar a eventual existência de uma “*identidade de factos*” a justificar uma única via de reação por parte do aparelho sancionatório¹⁴¹.

Ainda assim, é com o Acórdão da Gran Sala *A e B c. Noruega*¹⁴², de 15.11.2016, que se dá, em termos definitivos, a alteração jurisprudencial determinante relativamente à conceção do *ne bis in idem*, constituindo ele aos dias de hoje a decisão de referência do TEDH nesta matéria.

Com fundamento na autonomia dos Estados para organizar o seu sistema jurídico, o TEDH afirma que estes devem dispor de liberdade para dar respostas juridicamente complementares a um mesmo facto ilícito, com processos diferenciados dirigidos por autoridades distintas, sempre que formem um todo coerente e não impliquem um ónus excessivo para a pessoa visada. Admite, assim, ao abrigo do artigo 4.º do Protocolo n.º 7, a existência de procedimentos sancionatórios separados e cumulativos, desde que formem um sistema integrado de sanções e que exista uma conexão suficientemente próxima, em substância e no tempo, entre a decisão sobre as sanções fiscais e a subsequente punição criminal (Acórdão *A e B c. Noruega*, §§ 119 a 124).

Ou seja, partindo dos critérios *Engel* – cuja utilização é ali reafirmada – para determinar se a infração administrativa constitui “*matéria criminal*”, o TEDH reduz o conteúdo substantivo do *ne bis in idem*, permitindo a aplicabilidade ao agente, em conjunto, pela prática do mesmo facto,

¹⁴¹ De resto, já o mesmo critério havia sido apontado pelo Acórdão *Zolotoukhin c. Rússia*, §§ 82 e 84, de 10.02.2009.

¹⁴² O Acórdão diz respeito a dois contribuintes, A e B, processados e punidos administrativa e criminalmente pela mesma infração de evasão fiscal. Primeiro foram sancionados fiscalmente e depois foram condenados a um ano de prisão, a título de sanção penal. No caso, os procedimentos administrativos e penais foram conduzidos paralelamente e entrelaçados. Apesar de neste caso terem sido aplicadas sanções diferentes, por duas autoridades diferentes e em processos diferentes, o TEDH concluiu por maioria (seis contra um) que existe uma ligação material e temporal suficientemente próxima para que não haja qualquer violação do *ne bis in idem*.

de uma sanção criminal e de uma sanção administrativa de natureza penal, desde que os processos subjacentes a cada uma das infrações apresentem uma proximidade substantiva e temporal¹⁴³.

Quer isto dizer que o mencionado Acórdão aceita que, perante sanções formalmente administrativas que tenham carácter penal, o *ne bis in idem* não é violado pelo cúmulo de processos penais e administrativos sancionatórios, desde que exista uma relação material e temporal suficientemente estreita entre eles. À luz do entendimento do Tribunal, existirá umnexo material suficientemente próximo entre os processos penal e administrativo sempre que, pelas próprias finalidades de cada um deles, as sanções neles proferidas não impliquem uma punição excessiva ao agente, antes se vislumbrando cada uma das sanções impostas como proporcional e justa. Já no que concerne ao segundo requisito – relação temporalmente próxima entre cada uma das decisões – o TEDH é menos preciso, limitando-se a mencionar que não é necessário que o processo penal e o administrativo corram termos simultaneamente, assegurando, no entanto, que a prova deste pressuposto será tanto mais difícil para o Estado quanto maior for o desfasamento temporal entre os dois processos.

§11. Ainda que o mencionado Acórdão reconheça que a garantia do *ne bis in idem* é melhor alcançado pela via da sanção única e que a sanção dupla deve assumir natureza excecional, nada obsta a que os Estados apliquem sanções penais conjuntamente com administrativas, pelos mesmos factos, quando estas últimas não tenham natureza penal. A questão assume maior problemática quando se autoriza – como o fez o Acórdão *A e B c. Noruega* – o cúmulo de penas e de sanções administrativas de conteúdo materialmente penal. Em particular, quando o mesmo facto viole, simultaneamente, normas criminais (que tipifiquem crimes) e, paralelamente, regras tributárias das quais decorre uma sanção materialmente penal.

Na busca de saber se a infração administrativa constitui “*matéria penal*”, o Acórdão da Gran Sala *A e B c. Noruega* toma como ponto de partida os critérios *Engel*. No entanto, não parece retirar daí grandes ilações, pois que, independentemente da natureza penal da norma sancionatória administrativa, o TEDH aceita a cumulação de sanções penais e administrativas (ainda que esta última tenha natureza penal), posto que exista uma relação material e temporal entre os respetivos processos sancionatórios.

¹⁴³ Lê-se no Acórdão que “130. [...] In particular, for the Court to be satisfied that there is no duplication of trial or punishment (bis) as proscribed by Article 4 of Protocol No. 7, the respondent State must demonstrate convincingly that the dual proceedings in question have been “sufficiently closely connected in substance and in time”. In other words, it must be shown that they have been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole [...]”.

Neste contexto, pensamos que a questão primeira reside na atribuição (ou não) de natureza penal a uma norma sancionatória administrativa: se a norma administrativa tem natureza penal, a cumulação de sanções – e de processos, paralelos ou sucessivos – conduzirá à aplicabilidade, pela prática do mesmo facto, de duas (*bis*) sanções materialmente penais e, conseqüentemente, à violação do núcleo essencial do *ne bis in idem*. Assim, apelando a uma multiplicidade de critérios – *máxime*, aos critérios *Engel* – importará, antes de mais, averiguar da materialidade subjacente à sanção administrativa.

Um dos critérios a tomar em consideração é o das finalidades das normas sancionatórias, porquanto se a sanção administrativa (v.g., tributária) se limitar exclusivamente à reparação de danos patrimoniais e não responder a finalidades de repressão e de prevenção de condutas ilícitas, estará ao menos indiciado o carácter não penal da infração administrativa. Ainda assim, este critério não deve ser visto isoladamente, já que, bem vistas as coisas, as sanções administrativas tributárias e as sanções penais são manifestação do *ius puniendi* do Estado, assumindo também as primeiras uma vocação preventiva e repressiva, que as aproxima das normas estritamente penais¹⁴⁴. Deste ponto de vista, toda a sanção tem uma componente repressiva e o seu efeito preventivo ou dissuasivo decorre, precisamente, da punição que a acompanha.

A materialidade da sanção administrativa (penal ou não penal) deverá ser, pois, apurada através de um conjunto de critérios apreciados e conjugados devidamente entre si, tais como: *i*) a qualificação legal da infração no direito interno de cada Estado, *ii*) a natureza geral e abstrata da norma sancionatória; *iii*) as finalidades de cada uma das normas sancionatórias; *iv*) o carácter (penal ou não penal) dos bens ou interesses jurídicos tutelados pela norma sancionatória; *v*) e o grau de gravidade e compressão de direitos da sanção em causa.

Assume-se, por isso, frágil a conceção do Acórdão *A e B c. Noruega* de fazer depender a conformidade com o *ne bis in idem* da conexão próxima, em substância e no tempo, entre as decisões administrativa e criminal, acrescentando insegurança e complexidade na esfera dos agentes. Por um lado, a relação material entre as diversas normas sancionatórias é melhor aprofundada se atendermos à prévia determinação da verdadeira natureza ou substância da norma e sanção administrativas (penal ou não penal). Por outro lado, a relação temporal entre os

¹⁴⁴ A este respeito, a doutrina qualifica estas medidas como “*punitive administrative sanctions*”, salientando que têm em comum com as sanções penais a sua finalidade punitiva, entendida em sentido amplo, e também o seu conteúdo, sob a forma de pagamento de um montante em dinheiro ou da privação de direitos, como seja o de exercer uma profissão ou de participar em concursos públicos – cfr. Weyembergh, A. e Joncheray, N., *Punitive Administrative Sanctions and Procedural Safeguards*, *New Journal of European Criminal Law*, 2016, n.º 2, pp. 194 a 199).

respetivos processos afigura-se como um critério excessivamente indefinido, sendo a este nível manifestas as dificuldades em traçar um caminho interpretativo minimamente seguro.

Por isso, resultando do texto do Acórdão *A e B c. Noruega* um excessivo recurso a advérbios (“*convincingly*”, “*sufficiently*”, etc.) e uma exigência de que os procedimentos sejam “*combined in an integrated manner so as to form a coherent whole*”, concluímos que os requisitos apontados em *A e B c. Noruega* constituem uma fonte de preocupação pela incerteza que encerram para os direitos dos agentes¹⁴⁵.

§12. Uma última nota quanto à jurisprudência do TJUE sobre esta matéria.

Diga-se que o TJUE tem seguido uma linha jurisprudencial mais protetora para os visados, impondo limites à compatibilidade de procedimento e de sanções, por forma a assegurar uma interpretação do *ne bis in idem* conforme com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Vejamos dois exemplos disso mesmo:

Com base no artigo 50.º da Carta¹⁴⁶, e após utilizar os critérios *Engel* para clarificar quando é que uma sanção fiscal reveste “*caráter penal*”, o Acórdão *Åkerberg Fransson* (Processo C-617/10), de 26.02.2013, apreciou uma situação de cúmulo de sanções de natureza fiscal (não pagamento de IVA) e penal, afirmando que “*o princípio ne bis in idem não se opõe a que um Estado-Membro imponha, para os mesmos factos de inobservância das obrigações de declaração em matéria de IVA, sucessivamente uma sobretaxa fiscal e uma sanção penal, desde que a primeira sanção não revista caráter penal, o que compete ao órgão jurisdicional nacional verificar*” (sublinhado nosso). Neste caso, a pedra de toque é colocada na determinação – à luz dos critérios *Engel* – da natureza (penal ou não penal) da sanção administrativa. O Tribunal de Justiça

¹⁴⁵ A unanimidade no Pleno não foi atingida porque o juiz português, o Prof. Doutor Paulo Pinto de Albuquerque, formulou voto de vencido. Lê-se nesse voto de vencido que “[...] 79. *The past, generous stance on idem factum is significantly curtailed by the new proposed bis straitjacket. Mistrustful of defendants, the majority decide to abandon the fundamental principle in European legal culture that the same person may not be prosecuted more than once for the same facts (principle of unity of repressive action or Einmaligkeit der Strafverfolgung). Ne bis in idem loses its pro persona character, subverted by the Court’s strict pro auctoritate stance. It is no longer an individual guarantee, but a tool to avoid the defendants’ “manipulation and impunity”. After turning the rationale of the ne bis in idem principle upside down, the present judgment opens the door to an unprecedented, Leviathan-like punitive policy based on multiple State-pursued proceedings, strategically connected and put in place in order to achieve the maximum possible repressive effect [...] 80. The sole true condition of the majority’s “efficiency interests” oriented approach is a simulacrum of proportionality, limited to a vague indication to take into consideration the previous administrative penalties in the imposition of fines in the criminal proceedings, an approach which is very distant from the known historical roots of ne bis in idem and its consolidation as a principle of customary international law [...] The Grand Chamber examining the Sergey Zolotukhin case would not have agreed to downgrade the inalienable individual right to ne bis in idem to such a fluid, narrowly construed, in one word illusory, right. Me neither.*”

¹⁴⁶ O artigo 50.º da Carta consagra o princípio do *ne bis in idem*, ao prescrever que “*ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei*”.

estabelece o seguinte limite ao cúmulo de sanções fiscais e penais: “quando a sanção fiscal reveste carácter penal”, consentindo a cumulação de sanções fiscais e penais entre si nos demais casos, nomeadamente quando a sanção administrativa não seja de índole repressiva. A liberdade de escolha de sanções por parte dos Estados-Membros justifica-se pela necessidade de garantir a cobrança da totalidade das receitas provenientes do IVA e, assim, a proteção dos interesses financeiros da União¹⁴⁷.

Por sua vez, no Acórdão Menci, de 20.03.2018 (P. C-524/15), o TJUE entendeu que pode existir uma cumulação entre “procedimentos/sanções penais” e “procedimentos/sanções administrativas de natureza penal” contra a mesma pessoa pelos mesmos factos, ainda que reconheça que tal possa traduzir-se numa restrição ao princípio do *ne bis in idem*. Todavia, num apelo ao princípio da proporcionalidade, o TJUE conclui que uma legislação nacional que autorize o cúmulo de procedimentos e de sanções de natureza penal deve:

i) prever regras claras e precisas que permitam ao particular prever quais os atos e omissões que podem ser objeto desse cúmulo de procedimentos e de sanções, de modo a garantir a coordenação entre procedimentos para limitar ao estritamente necessário o encargo complementar que este cúmulo de procedimentos representa para as pessoas em causa; para o efeito, se já houve lugar a uma condenação penal e esta se vislumbra por si suscetível de reprimir a infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasora, a prossecução de um procedimento administrativo de natureza penal pelos mesmos factos que já fora objeto de condenação penal vai além do estritamente necessário para realizar o objetivo global que fundamenta o cúmulo de procedimentos e de sanções de natureza penal; da mesma maneira, havendo uma sentença penal de absolvição transitada em julgado que declara a inexistência da infração, é incompatível com o princípio *ne bis in idem* prosseguir um procedimento de sanção administrativo pecuniária de natureza penal;

ii) assegurar que a severidade do conjunto das sanções aplicadas seja limitada ao estritamente necessário em relação à gravidade da infração em causa¹⁴⁸. Ou seja, admitindo a cumulação de sanções penais e de sanções administrativas de natureza penal, o TJUE chama à

¹⁴⁷ Naquele caso, *Åkerberg Fransson* tinha sido punido por via administrativa por não ter pago elevados montantes de IVA e, terminado esse procedimento, foi instaurado contra ele outro processo, desta vez penal, pelos mesmos factos.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, no Acórdão do TJUE *Garlsson Real Estado e outros*, de 20.03.2018, Processo C-537/16, o Tribunal de Justiça declara que o objetivo de salvaguardar a integridade dos mercados financeiros da União e a confiança do público nos instrumentos financeiros é suscetível de justificar um cúmulo de procedimentos e de sanções de natureza penal pelos mesmos factos; ainda assim, entende o Tribunal que a prossecução de um procedimento administrativo de natureza penal pelos mesmos factos que já foram objeto dessa condenação penal vai além do estritamente necessário para realizar o objetivo de proteção dos mercados, a que acresce que no caso em apreço a legislação nacional não permitia garantir que o conjunto das sanções fosse proporcional à gravidade da infração.

colação o princípio da proporcionalidade – nas suas várias dimensões – enquanto limite absoluto a tal cumulação.

IV. Do concurso entre crime e contraordenação na ordem jurídica portuguesa

1. Enquadramento geral

§1. Sobre o concurso entre infrações penais e contraordenacionais encontramos essencialmente no ordenamento jurídico português dois regimes jurídicos antagónicos a respeito desta espécie de concurso: um que determina que o agente seja punido pelo crime e lhe seja aplicada a(s) pena(s) correspondente(s), sem prejuízo da aplicação de sanções acessórias cominadas para a contraordenação; um outro que impõe a responsabilização do agente por ambas as infrações, com a aplicação de penas e coimas, para além das sanções acessórias previstas para a contraordenação.

O RGCO consagra o primeiro dos regimes mencionados, dispondo no artigo 20.º que *“se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação”*¹⁴⁹.

Por seu turno, o artigo 420.º, n.º 1, do CVM¹⁵⁰ é exemplo do segundo regime, estabelecendo no quadro jurídico contraordenacional um regime especial face ao artigo 20.º do RGCO. Nesse sentido, refere o mencionado dispositivo legal que *“se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se processos distintos a decidir pelas autoridades competentes (...)”*^{151 152}. Prevê-se, assim, a punição do arguido com pena, pela prática do crime, e com coima, pela prática da contraordenação.

¹⁴⁹ Esta mesma regra foi seguida por algumas legislações sectoriais, como é o caso do Código da Estrada (artigo 134.º, n.º 1), da atual Lei-quadro das contraordenações ambientais (artigo 28.º, n.º 1), do Regime geral das instituições de crédito e sociedade financeiras (artigo 208.º), do Regime Geral das Infrações Tributárias (artigo 2.º, n.º 3) ou do Regime jurídico da detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos enquanto animais de companhia (artigo 36.º, n.º 3, do DL 315/2009, de 29.10).

¹⁵⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13.11; ainda que este diploma legal tenha sido ao longo dos anos objeto de muitíssimas alterações legislativas, o regime substantivo vigente para o concurso entre crime e contraordenação aí consagrado tem permanecido imutável desde a sua versão originária.

¹⁵¹ Solução idêntica estava consagrada no artigo 28.º da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29.08, na sua versão originária, que previa que se o mesmo facto constituísse simultaneamente crime e contraordenação ambiental, o arguido seria responsabilizado por ambas as infrações. Todavia, a nova redação dada àquele preceito legal, por força da Lei n.º 114/2015, de 28.08, está em sintonia com o regime legal vigente no RGCO, ao consagrar que, constituindo o mesmo facto simultaneamente crime e contraordenação, o agente é punido a título de crime.

¹⁵² Segue ainda hoje esta formulação o artigo 12.º do DL n.º 10/2004, de 09.04, respeitante ao concurso de infrações na área da aeronáutica civil, ainda que ressaltando a caducidade da decisão que aplica a coima se o arguido vier a ser condenado em pena pelo mesmo facto (artigo 12.º, n.º 2).

O quadro legal reflete, pois, uma conceção divergente nesta matéria, animada pelo propósito de preservar as competências processuais e sancionatórias das autoridades administrativas em situações de unidade de facto, impedindo que elas sejam absorvidas pelas competências das autoridades judiciais incumbidas do processo penal. No entanto, a dualidade de regimes substantivos traçados é confusa e dogmaticamente incorreta porque no seio da unidade de facto – à qual se referem ambos os regimes assinalados – existem casos que tanto se reconduzem à unidade de fundamento como à diversidade de fundamento. A unidade e diversidade de fundamentos geram situações que, na sua essência, são diferentes entre si, pelo que reclamam tratamento e consequências jurídicas distintas.

Ora, ambos os regimes referidos tratam em bloco e de forma indiferenciada as situações de unidade de facto, não cuidando de diferenciar dentro desta os casos de unidade e de diversidade de fundamentos, estatuidos para elas, porém, regimes – substantivos e processuais – diversos. Ao não procederem a tal distinção, estes regimes não blindam a possibilidade de uma situação de concurso meramente aparente de infrações redundar na punição do arguido com duas sanções distintas – uma pena e uma coima, sendo que se a pena for de multa ambas revestem natureza pecuniária – aplicadas por entidades distintas – o tribunal e a autoridade administrativa. Ainda que pretendam evitar sobreposições de conteúdo material entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional, a solução legal delineada abre a porta a que se configurem facilmente situações avessas ao *ne bis in idem*, na sua dimensão material, assim como ao princípio da proporcionalidade, na sua vertente de proibição do excesso.

2. Regime substantivo do artigo 20.º do RGCO

§2. O artigo 20.º do RGCO – que tem como fonte a *Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)* alemã que consagra a mesma regra no atual § 21, I – pretende regular as situações de concurso efetivo ideal de infrações, subordinando-as ao princípio da unidade da sanção aplicável¹⁵³. Afastando-se da matriz do Direito português em matéria de concurso, abarca situações de unidade de facto acompanhada de diversidade de fundamento, ou seja, hipóteses em que sob o manto do “*mesmo facto*” – em sentido jurídico e não processual – praticado pelo mesmo agente, se extraem duas infrações que integram um concurso efetivo entre um crime e uma contraordenação, por

¹⁵³ Considerando também que o artigo 20.º regula o concurso efetivo ideal, Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, PG, I, p. 124; Simas Santos/Lopes de Sousa, *Contraordenações*, anotação 1 artigo 20.º; Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral*, anotação 2 ao artigo 20.º, p. 94; Beça Pereira, *Regime Geral das Contraordenações*, anotação 1, artigo 20.º, p. 62 e Augusto Silva Dias, *Direito das Contraordenações*, p. 154.

ambas as normas sancionatórias violarem diferentes interesses jurídicos ou terem pressuposto um desvalor jurídico autónomo.

Uma vez que para a combinação de crime e contraordenação não existe nenhuma sanção “mista”¹⁵⁴, tem de ser aplicada uma sanção penal e/ou uma sanção contraordenacional, adotando o artigo 20.º do RGCO a solução de punir o agente a título de crime – sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação – ,nos termos da qual a contraordenação tornar-se-á subsidiária do crime, apenas adquirindo autonomia punitiva se por qualquer motivo a pena não for aplicada – por exemplo, em virtude de um obstáculo processual que afete o crime.

Um dos argumentos que se invoca a favor da absorção da contraordenação pelo crime, afastando-se conseqüentemente a responsabilidade contraordenacional, traduz-se em afirmar que essa solução é ditada pela aplicação do princípio *ne bis in idem*¹⁵⁵. Não concordamos com esse argumento, uma vez que o artigo 20.º do RGCO não só não se funda no princípio *ne bis in idem*¹⁵⁶, como nem sequer gera colisão com este princípio constitucional: não por aquele dispositivo legal respeitar ao concurso entre normas ou tipos de natureza jurídica distinta, pois, conforme vimos *supra*, essa circunstância não seria impeditiva da aplicação deste princípio por via da analogia¹⁵⁷, mas porque o artigo 20.º abarca no seu seio situações que se reconduzem aos quadros do concurso efetivo de infrações, as quais, por assentarem numa diversidade de fundamento e colocarem em confronto normas sancionatórias que exigem aplicação efetiva em determinada situação, caem fora do âmbito de proteção daquele princípio constitucional.

Nesse sentido, se o artigo 20.º visasse regular o concurso aparente entre um crime e uma contraordenação seria supérfluo, visto que este tipo de concurso é dirimido através das regras gerais do concurso de normais. Por seu turno, o *ne bis in idem* encontra o seu fundamento na tutela das situações de concurso aparente de infrações, na medida em que é em tais casos que, existindo identidade de fundamento entre duas normas sancionatórias aparentemente concorrentes na sua aplicação, a condenação do agente por cada uma dessas infrações conduzirá

¹⁵⁴ Lobo Moutinho, *Direito das Contraordenações*, p. 36 e 37, vê na solução do artigo 20.º a prova de uma “proximidade ou comunidade” entre as duas espécies de infrações impeditiva da acumulação de penas e coimas.

¹⁵⁵ Esta é a linha de argumentação comum na doutrina espanhola que sobre o tema se tem pronunciado. Uma visão geral do problema encontra-se em Castillo Blanco, *Funcion Publica y Poder Disciplinar del Estado*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 445 e ss..

¹⁵⁶ Em idêntico sentido, Inês Ferreira Leite, *Ne (bis) in idem*, vol. I, p. 507 e s., e Augusto Silva Dias, *Direito das Contraordenações*, p. 154 e s, nota 371. Contra, Maria Fernanda Palma, *Direito Constitucional Penal: programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, Ed. Almedina, 2006, p. 156 e ss., defendendo que é a exigência do *ne bis in idem* que explica o artigo 20.º do RGCO, e também Beça Pereira, *Regime Geral das Contraordenações*, anotação 3 artigo 20.º, ao afirmar que o preceito “tem por subjacente o princípio *ne bis in idem*”

¹⁵⁷ Como vimos *supra*, o *ne bis in idem* tem aplicação – por via da analogia – entre diferentes sistemas sancionatórios, numa lógica externa, do concurso entre crime e contraordenação, posto que esteja em confronto a aplicação de normas de direito sancionatório aparentemente concorrentes entre si – Capítulo 3, ponto 3, §5.

a uma “*dupla punição*”¹⁵⁸. Concretizando, apenas quando uma norma criminal e outra contraordenacional concorram aparentemente entre si na sua aplicação ao *mesmo facto jurídico* praticado pelo agente o risco de violação do princípio *ne bis in idem* é real, pois decidindo-se em tais circunstâncias pela aplicação ao agente de uma pena e de uma coima verificar-se-á uma violação frontal daquele princípio.

Ora, cominando para as situações de concurso ideal efetivo entre crime e contraordenação a consequência jurídica próxima da do concurso aparente, o artigo 20.º do RGCO não conduz à dupla punição do agente pela prática do mesmo facto, já que este será sempre punido como se tivesse praticado um crime. E nem sequer a aplicação da sanção acessória da contraordenação coloca aquele dispositivo legal em colisão com o *ne bis in idem*, porque não só a sanção acessória – com um conteúdo e um significado diversos da sanção principal – está à margem da proteção da proibição de dupla punição, como a aplicação de uma sanção acessória não é automática, dependendo de ponderações no caso concreto sobre a justificação e as finalidades da punição¹⁵⁹.

§3. Noutro ângulo, verificamos que a solução consagrada no artigo 20.º do RGCO nega obrigatoriamente a consequência típica do concurso efetivo entre uma contraordenação e um crime, dando prevalência ao crime quando se impunha uma “*dupla sanção*” do agente pela prática do *mesmo facto*, o que se afigura de uma assinalável generosidade lógico-material, mas é de uma técnica e construção dogmática desafortunada¹⁶⁰.

Contrariamente ao artigo 420.º do CVM que admite que todos os casos de unidade de facto sejam sujeitos a uma dupla punição, o artigo 20.º impõe para o regime do concurso efetivo uma consequência jurídica próxima da do concurso aparente, equiparando situações normativa e materialmente distintas e, nessa perspetiva, produz uma “*subsidiariedade forçada*”¹⁶¹ da contraordenação em relação ao crime em situações que sejam de concurso efetivo.

Segundo as regras gerais do concurso de infrações, se o concurso ideal entre o crime e a contraordenação é efetivo, havendo *um mesmo facto* que seja simultaneamente valorado como crime e como uma contraordenação, deve o agente, em simultâneo, ser sancionado pelo crime –

¹⁵⁸ Neste sentido, o Acórdão do TRE de 16.06.2015, disponível in www.dgsi.pt, dispõe que “o princípio do *ne bis in idem* não constitui obstáculo a que alguém possa ser julgado por factos coincidentes pelos quais já tenha respondido no âmbito de outro processo, desde que os factos sejam subsumidos a um tipo criminal diverso, que se encontre numa relação de concurso efetivo para com aquele que motivou o primeiro processo”.

¹⁵⁹ Em idêntico sentido, vide Augusto Silva Dias, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 156.

¹⁶⁰ O preceito é considerado por Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português*, I, pp. 146-147, como “uma norma muito importante, mas de difícil explicação teórica”.

¹⁶¹ A expressão é de Frederico Costa Pinto, *A tutela dos mercados de valores mobiliários*, p. 310 e s.

com pena (pena principal e, eventualmente, pena acessória) – e pela contraordenação – com coima (e, eventualmente, sanções acessórias previstas para a contraordenação), sem ofensa de qualquer princípio constitucional. Por isso, sempre que a unidade de facto não seja acompanhada por uma unidade de fundamento, a contraordenação conservaria a sua autonomia punitiva e justificar-se-ia a condenação do agente pela prática do crime e da contraordenação. Não é, no entanto, esta a solução que emana do artigo 20.º do RGCO.

A respeito do § 21, I, da *OWiG*, afirmam Bohnert e Bülte¹⁶² que numa situação de unidade de facto o tipo contraordenacional cede ainda que o tipo penal tenha uma direção de proteção totalmente diferente. Essa é também uma das críticas a apontar ao artigo 20.º do RGCO: no resultado, o concurso efetivo ideal é tratado como se fosse um concurso aparente¹⁶³, ao afastar a contraordenação e a aplicação da coima, e tornando esta infração subsidiária do crime. Desse ponto de vista, o artigo 20.º como que assume uma lógica – juridicamente artificial, diga-se – de que a valoração de um facto como contraordenação é sempre subsidiária da valoração do mesmo facto como crime, acabando por negar a autonomia axiológica do Direito das contraordenações em relação ao ilícito criminal, desconsiderando os casos em que a norma criminal e a norma contraordenação estão entre si numa relação de efetivo concurso, ambas reclamando aplicação a uma determinada situação de facto concreta da vida.

Assim, se o agente tem à venda um género alimentício impróprio para consumo e as embalagens onde esse produto se encontra não contêm indicação do preço de venda realiza, simultaneamente, o crime do artigo 24.º, n.º 1, e a contraordenação prevista no artigo 11.º, ambos do DL n.º 162/99, de 13 de maio. Do mesmo modo, o condutor de táxi que não aciona o taxímetro ao iniciar o transporte de uma cliente e cobra pelo percurso efetuado um preço superior ao devido comete o crime de especulação previsto no artigo 35.º, alínea a), do DL n.º 28/84, de 20.01, e a contraordenação prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), do DL n.º 263/98, de 19.08. Tanto num como noutro exemplo, os interesses protegidos pelo crime e pela contraordenação são distintos¹⁶⁴, pelo que as infrações não se encontram numa relação típica de subsidiariedade ou de consunção e, logo, a diversidade de fundamento entre os ilícitos típicos justificaria a aplicação das regras do concurso efetivo de infrações: punição pelo crime e pela contraordenação.

¹⁶² V. *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2&122.

¹⁶³ Neste sentido, Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, PG, I, p. 124.

¹⁶⁴ No primeiro exemplo, o crime tutela a qualidade dos produtos alimentares na sua relação com o organismo humano, ao passo que a contraordenação visa assegurar a informação dos preços aos consumidores; no segundo exemplo, o crime tutela a economia e a contraordenação protege os deveres da profissão de motorista de táxi (neste sentido, Acórdão do TRE de 25.09.2002, in CJ, T. XXVII (2002), n.º 4, p. 129).

Contudo, o artigo 20.º apresenta outra solução legal, como que rejeitando que o *mesmo facto* jurídico praticado pelo agente faça nascer na esfera deste jurídica títulos de responsabilidades diferentes – criminal e contraordenacional –, obstruindo que o comportamento daquele seja censurado em dois domínios sancionatórios diversos, o que se mostraria de toda a necessidade e conveniência quando o direito penal e o direito de mera ordenação social tutelam diferentes interesses e bens jurídicos, prossigam funções e finalidades específicas e atuem em distintos âmbitos de proteção.

Poder-se-á invocar que a bondade do artigo 20.º é justificada pela severidade da “*dupla punição*” imposta ao agente por força da aplicação decorrente das regras normais do concurso de infrações. No entanto, a excessiva punição do agente sempre pode ser travada e corrigida por uma adequada ponderação do julgador no caso concreto que, num critério de proporcionalidade, apreciando a gravidade do *facto* ilícito em questão, aplique para cada uma das duas infrações a sanção na medida adequada e equilibrada, assim buscando uma maior justiça material¹⁶⁵. Acresce que sempre caberá ao legislador cuidar de recorrer de forma mais moderada à criminalização de comportamentos em determinados setores e áreas de atividade económica, em sintonia com as exigências constitucionais da necessidade da pena e da proporcionalidade (proibição do excesso), atenuando dessa maneira a severidade punitiva que pode resultar do mesmo *facto* material praticado pelo agente ser cominado pela via do crime e da contraordenação¹⁶⁶.

De todo o modo, não nos parece poder resolver-se a questão interpretando restritivamente o artigo 20.º, dele excluindo as situações que configuram um concurso efetivo de infrações, não só porque isso esvaziaria de conteúdo e sentido útil o preceito em causa, como pelos efeitos *in malam partem* dessa interpretação.

Todavia, estamos em crer que a prevalência do crime (e da pena) não exclui que, em situações excepcionais, se admita a preferência pela contraordenação (e pela coima), em casos em que a contraordenação regule a situação concreta de modo mais especial do que o ilícito criminal, ou seja, quando a norma contraordenacional for criada com a finalidade de punir o comportamento exclusivamente como contraordenação e a aplicação daquela se afigure suficiente para punir o *facto*. Ainda que em regra a prevalência caiba ao crime, poderão existir situações em que, excepcionalmente, o tipo contraordenacional pode ser especial relativamente ao tipo penal, assumindo o tipo contraordenacional uma relação especialidade relativamente ao tipo legal de

¹⁶⁵ Isto no pressuposto de que a competência tanto para o julgamento do crime como para a aplicação da coima e das sanções acessórias é do Tribunal, em conformidade com os artigos 38.º, n.º 1, e 39.º, ambos do RGCO.

¹⁶⁶ Veja-se, por exemplo, a assunção expressa disto mesmo por parte do legislador ordinário no preâmbulo do Decreto-lei n.º 433/82 de 27 de outubro, que cria o RGCO: “(...) o direito criminal deve apenas ser utilizado como *ultima ratio da política criminal* (...)”. Igualmente, o Acórdão do TC n.º 278/2011, de 7 de junho, Ponto 5.

crime (*lex specialis derogat legi generali*), pelo que em tais casos a norma especial absorve os elementos essenciais do tipo de crime abstratamente aplicável. Portanto, desde que os respetivos tipos legais comportem na sua abrangência tal aplicação, nada impede que esta relação de especialidade – em que contraordenação prevalece sobre o crime – seja aceite na nossa ordem jurídica, pois não só esta interpretação está em consonância com as regras gerais do concurso de infrações, como, existindo uma relação de especialidade entre as normas em conflito, estamos já no âmbito de uma modalidade de concurso aparente (unidade de fundamento) – e não de uma relação de concurso efetivo – pelo que a solução escapa à lógica da “*subsidiariedade forçada*” imposta pelo artigo 20.º do RGCO¹⁶⁷.

§4. Nas hipóteses de concurso meramente aparente entre uma norma de natureza penal e outra de natureza contraordenacional, esta última será, em regra, consumida pela primeira. Esta solução está fora do âmbito do artigo 20.º do RGCO e é alcançada por força das regras gerais de interpretação jurídica em matéria de concurso de infrações¹⁶⁸.

Movimentando-se ambas as normas sancionatórias concorrentes no mesmo raio de ação, com vista à tutela de bens e interesses jurídicos idênticos ou pressupondo elas igual desvalor jurídico, aplicar-se-á apenas a infração criminal, o que se compreende se atendermos a que, por via da regra, o crime – por ser a norma que na generalidade dos casos representa maior gravidade e superioridade quanto ao grau de ilicitude do facto – prevalece sobre a contraordenação. Assim, a prática do crime esgotará o desvalor do ilícito do facto e o sentido de ilicitude da contraordenação, absorvendo-a¹⁶⁹. Havendo uma confluência de unidade de facto e de unidade de fundamento, sendo um determinado facto praticado pelo agente enquadrável simultaneamente num tipo penal e num tipo contraordenacional, o tipo penal absorverá e abrangerá a totalidade do desvalor do comportamento do agente, pelo que não sobra espaço valorativo para uma punição autónoma pela contraordenação. Neste cenário, a aplicação ao agente de uma pena e de uma coima ao mesmo facto – não já de uma sanção acessória da coima, repare-se – representaria uma

¹⁶⁷ A este propósito, na doutrina alemã, criando restrições à aplicação da regra da subsidiariedade forçada decorrente da letra do § 21 da OWiG, e fazendo prevalecer a norma especial em determinados casos, vide Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 71&s. 20 e 22, Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, anotação 6 e 7 ao § 21 p. 161, e Bohnert/Bülte, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2&123

¹⁶⁸ O advérbio “*sempre*” utilizado na redação da norma poderá inculcar a ideia errada de que o preceito se aplica tanto aos casos de diversidade de fundamento (concurso efetivo) como aos de unidade de fundamento (concurso aparente).

¹⁶⁹ A diferente natureza jurídica das sanções (penas e coimas) faz com que não se possa dizer, de forma isenta de dúvidas, que uma sanção pecuniária (coima) é absorvida por uma sanção privativa da liberdade (pena de prisão ou multa). Com rigor, o que se verifica é algo diferente: pela sua possível relação de instrumentalidade em relação a uma infração mais grave a coima deixa de se aplicar. Trata-se de um raciocínio reconduzível à relação de subordinação (subsidiariedade) e já não tanto às relações de interferência (consunção) entre normas.

violação dos princípios *ne bis in idem*, na sua vertente material, pois significaria um caso de dupla punição.

Se, por exemplo, o agente comerciante tem à venda um género alimentício impróprio para consumo em virtude de estar armazenado ou condicionado de forma deficiente e com violação de prescrições legais, somos levados a concluir que o agente realiza, simultaneamente, o crime do artigo 24.º, n.º 1, e a contraordenação do artigo 58.º, n.º 1, alínea c), ambos do DL n.º 28/84, de 20.01. Tanto um como outro ilícito protegem a autenticidade, genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares, pelo que as infrações estão numa relação de subsidiariedade, devendo o agente ser punido apenas pelo crime. Também o agente condenado por um crime de homicídio negligente que emerge diretamente de uma conduta contraordenacional estradal¹⁷⁰ deve apenas ser punido pelo crime, e já não pela contraordenação respetiva, visto que entre as normas sancionatórias existe uma relação de consunção¹⁷¹.

São, pois, razões de ilicitude que suportam esta solução. Na verdade, existindo entre os tipos penais e contraordenacionais concorrentes uma sobreposição material quanto ao bem jurídico tutelado ou quanto à esfera da respetiva tutela, estamos perante uma situação de unidade de fundamento, conduzindo a situações em que o ilícito típico penal esgotará a totalidade do desvalor do facto, retirando espaço a uma aplicação autónoma da coima. Tal justifica que nestes casos só se verifica uma infração – o crime – e apenas haverá lugar à aplicação de uma sanção penal – a pena.

Ora, à luz da dogmática penal e da política criminal, a solução descrita parece justificada e correta em condições de normalidade sancionatória. Mas tais condições não se verificam quando a coima cominada para contraordenação atinge uma gravidade superior à da pena¹⁷². Ou seja, sempre que a coima da contraordenação em concurso atinge um grau de materialidade e penitência semelhante ou superior aos das penas, o que acontecerá com especial enfoque no quadro das denominadas contraordenações “modernas”.

Mas vejamos melhor o problema.

¹⁷⁰ Exemplo: o agente conduzia um veículo automóvel de forma desatenta e descuidada e não parou numa passadeira de peões, acabando por atropelar um transeunte que naquele momento efetuava a travessia da passadeira.

¹⁷¹ Neste sentido, vide Acórdão do TRC de 21.01.2009, CJ, XXXIV, 1, 54, que decidiu que o arguido deve ser apenas punido pelo crime, sem aplicação da sanção acessória da inibição do direito de conduzir. Contra, preconizando em tais casos um concurso efetivo, vide Acórdãos do TRC de 19.05.1999, in CJ, XXIV, 3, 51, assim como Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral*, notação 2 ao artigo 20.º, p. 94, em que se lê que o arguido “deve ser punido pelo crime e pela contraordenação, em concurso efetivo ideal”.

¹⁷² Fernanda Palma alerta para esta situação, advertindo que o conceito material de pena decorrente da Constituição não consente “a transfiguração formal de sanções muito graves em sanções não penais”, vide *Direito Constitucional Penal: programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, Ed. Almedina, 2006, p. 156 e ss., p. 156 e ss..

Repare-se que as regras do concurso aparente estão previstas não apenas em função das relações lógicas entre as normas de ilicitude, mas também em função de regras axiológicas entre as normas de sanção. Quando uma norma penal em situações de concurso se aplica em detrimento de outra norma – contraordenacional, por exemplo – isso significa que a valoração penal do facto pode ser integralmente feita pela norma mais ampla, a aplicar efetivamente, não só porque a valoração feita pela norma de ilicitude comporta a valoração da norma preterida, mas também porque ela possui uma norma de sanção que, pela sua severidade, pode “*absorver*” as sanções das normas afastadas pela relação de concurso aparente.

Por isso, nas relações de concurso aparente a norma de sanção que se aplica é a que prevê uma pena mais severa: só esta é que pode valorar adequadamente os diversos factos que a ela são reconduzidos. Assim não será nas relações de especialidade que envolvem tipos privilegiados que, para preservarem a sua autonomia axiológica e político-criminal, criam um efeito obstrutor em relação à aplicação de tipos com penas mais graves. Mas fora destas relações de especialidade, concretamente nos casos de subsidiariedade e consunção, a norma aplicável é efetivamente a que contém a pena mais severa. Sempre que assim não se passa criam-se situações anómalas, como aquelas que respeitam à consunção impura, em que a norma preterida inicialmente por força das relações lógicas entre as diversas normas é aquela que possui, afinal, uma sanção mais grave e elevada.

Dito isto, estando-se perante uma situação de identidade de fundamento entre uma norma criminal, por um lado, e uma norma contraordenacional que integre o grupo das “*grandes*” contraordenações, por outro, e uma vez que nestas últimas se encontram sanções que não raras vezes são materialmente idênticas ou superiores às penas, a solução imposta pelos princípios *ne bis in idem* e da proibição do excesso passará pela aplicação das sanções impostas por um dos domínios sancionatórios: aquelas que, em concreto, se revelarem mais gravosas para os direitos e liberdades do condenado.

Para o efeito, dever-se-á ponderar, no seu conjunto, as sanções em concreto aplicáveis ao caso tanto no âmbito do direito criminal como no direito contraordenacional, o que deverá ser feito por referência ao regime jurídico sancionatório – penal e contraordenacional – em bloco, considerando as sanções típicas do crime – pena principal de prisão ou de multa e, eventualmente, pena acessória – e as sanções típicas da contraordenação – coima e, eventualmente, sanções acessórias previstas para a contraordenação.

À partida, a sanção que restringe diretamente a liberdade – pena de prisão – envolve um grau de severidade ou de penitência maior, isto tomando por linha de conta a significativa relevância conferida pela Constituição ao direito à liberdade. Destarte, para efeitos da determinação da sanção do concurso, se para um crime estiverem cominadas, em alternativa, as penas de prisão ou multa, o juiz deverá começar por verificar, de acordo com o artigo 70.º do CP, qual a espécie de pena mais adequada ao caso concreto. A conclusão pela prisão ditará – tudo leva a crer – a desnecessidade de ponderação da aplicabilidade da coima, porquanto a relevância conferida pela Constituição ao direito à liberdade impõe o entendimento de que a restrição da liberdade por via da pena de prisão envolve à partida um grau de severidade maior.

Contudo, pense-se no caso de o julgador optar, em concreto, pela aplicação de uma pena de multa pela prática do crime: aqui, considerando as coimas de montantes elevadíssimos previstas, a título de exemplo, para as infrações contraordenações no âmbito do Direito da concorrência ou dos valores mobiliários, difícil não é de antecipar que as mesmas ultrapassem em muito os limites máximos que podem alcançar as penas de multa aplicáveis aos crimes correspondentes¹⁷³. Desta forma, as sanções a aplicar serão as previstas em sede contraordenacional, por serem aquelas que em concreto se revelam mais gravosas para os direitos do condenado, atendendo a que em tais casos a coima atingirá significativamente direitos patrimoniais do agente e as sanções acessórias previstas naqueles domínios serão suscetíveis de traduzir restrições gravosas às liberdades económicas do agente infrator.

Todo este raciocínio não é, evidentemente, acautelado pelo artigo 20.º, mas pela aplicabilidade das regras gerais do concurso de normas e por uma interpretação que atenda à unidade do sistema jurídico.

§5. Da letra do artigo 20.º decorre que o preceito legal ressalva a possibilidade de aplicação da sanção acessória, permitindo a aplicação cumulativa das penas – principais e acessórias – previstas para o crime e da sanção acessória da contraordenação¹⁷⁴.

¹⁷³ Não se ignora que a pena de multa é suscetível de ser convertida na prisão subsidiária pelo período correspondente (artigo 49.º do CP); porém, ainda que se possa invocar que está aqui em causa o *Direito à liberdade*, entendemos que o julgador poderá optar pela aplicação de uma coima e não de uma pena de multa, caso aquela seja, em concreto, de um montante mais elevado (e, logo, mais grave) do que a pena de multa que se alcançaria naquela situação, pelas seguintes razões: a conversão da pena de multa em prisão subsidiária só ocorrerá relativamente às pessoas singulares e não às pessoas coletivas, sendo que estas últimas representam grande parte dos agentes infratores no seio das “grandes” contraordenações; ainda no que concerne às pessoas singulares tal conversão é manifestamente um mecanismo de *ultima ratio* que só opera na circunstância da pena de multa não ter sido paga voluntária ou coercivamente (no âmbito de uma execução) e de não ter sido substituída com cumprimento de trabalho a favor da comunidade.

¹⁷⁴ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral*, anotação 5 ao artigo 20.º, p. 95.

Porém, estando-se perante uma situação de concurso efetivo ideal de infrações do qual decorre a responsabilidade criminal e contraordenacional do agente¹⁷⁵, urge saber se se deverá aplicar, paralelamente, uma pena acessória e uma sanção acessória com conteúdos idênticos.

Vejamos: o agente é condenado na prática de um crime de homicídio negligente (artigo 137.º, n.º 1, do Código Penal) na pena principal de multa e na pena acessória de proibição de conduzir por determinado período (artigo 69.º, n.º 1, alínea a), do CP). Pela prática do mesmo facto, o agente é, ainda, condenado pela contraordenação prevista e punida pelo artigo 103.º, n.ºs 2 e 4, do Código da Estrada, daí resultando a aplicação ao agente da sanção acessória de inibição de conduzir veículos motorizados de qualquer categoria por determinado período de tempo (artigos 145.º, alínea i), e 147.º, ambos do CE). Numa situação deste tipo, em conformidade com o artigo 134.º, n.º 1, do CE – em tudo semelhante ao artigo 20.º do RGCO – cumprirá questionar se poderá o agente ser punido na pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados de qualquer categoria (aplicável no direito criminal) e, simultaneamente, na sanção acessória de inibição de conduzir veículos motorizados (aplicável no direito contraordenacional).

Entendemos que não.

A pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor e a sanção acessória de inibição de conduzir têm diferentes naturezas e finalidades, apresentando diferentes conteúdos de ilícito e significados diversos. Em regra, as sanções acessórias cumprem duas finalidades: em termos abstratos, a prossecução do interesse público; em termos concretos, intuitos repressivos em relação ao destinatário e prevenção em relação a terceiros. Tal como sucede com as penas acessórias, a aplicação das sanções acessórias das coimas não é automática, antes depende da comprovação da sua adequação no caso concreto para cumprir determinadas finalidades.

Não obstante, a sanção acessória prevista para o ilícito contraordenacional – enquanto medida de segurança administrativa – pode assumir um conteúdo material idêntico à respetiva pena acessória e, em tais situações, a aplicação concomitante da pena acessória de proibição de conduzir prevista na legislação penal e da sanção acessória de inibição de conduzir prevista no Código da Estrada traduzir-se-ia numa dupla sanção pela mesma conduta, devendo o agente ser condenado apenas na respetiva pena acessória¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Como vimos, apenas este tipo de concurso está sujeito à disciplina do artigo 20.º, porquanto nas situações de concurso aparente uma das infrações absorve a outra e, logo, apenas serão aplicáveis as sanções (principais e acessórias) previstas pela norma sancionatória prevalecente.

¹⁷⁶ Neste sentido, o Acórdão do TRC de 10.01.2018, processo n.º 1/16.7 PTCTB.C1, entendeu que “o artigo 134.º do CE não pode interpretar-se no sentido de permitir uma dupla sanção, pois tal violaria o princípio do *ne bis in idem* previsto no artigo 29.º, n.º 5, da CRP”. Também no mesmo sentido, vide Acórdãos do TRC de 08.03.2017, processo n.º 232/13.1GBTCS.C1, e de 07.11.2012, processo n.º 30/11.7 GAMIR.C1. Todos disponíveis in www.dgsi.pt.

3. Regime substantivo do artigo 420.º do CVM

§6. O artigo 420.º do CVM criou um regime específico de articulação do concurso de infrações entre os factos que constituam simultaneamente contraordenação e crime, não separando – à semelhança do artigo 20.º do RGCO – dentro das situações de unidade de facto aquelas que constituem unidade ou diversidade de fundamento. A solução do CVM impõe um processamento autónomo das duas infrações e exige que a resposta sancionatória a cada uma delas seja tratada separadamente. Trata-se de uma dupla exceção ao RGCO: ao artigo 20.º e ao artigo 38.º, pois a autonomia dos ilícitos dos ilícitos que aí se estabelece projeta-se no plano substantivo e no plano processual.

Concentremo-nos, por ora, no plano substantivo.

De acordo com o artigo 420.º, *um mesmo facto* que seja simultaneamente valorado como crime e como uma contraordenação é sempre sancionado, em simultâneo, com uma pena e uma coima, não obstante a situação factual configurar um concurso efetivo ou um concurso meramente aparente. Nega-se, assim, qualquer relação de concurso aparente entre as infrações em causa e, conseqüentemente, o preceito assume que sempre que uma norma criminal e uma norma contraordenacional concorram entre si para aplicação ao mesmo facto jurídico elas revestem uma identidade de conteúdo reconduzível ao concurso efetivo.

Pois bem, inexistindo uma ausência de relação de subsidiariedade ou de consunção entre a infração contraordenacional e a infração criminal aceita-se pacificamente o concurso efetivo entre um crime e uma contraordenação, já que entre as diferentes normas violadas não existe qualquer relação lógica e axiológica. No entanto, noutras hipóteses é de admitir que se possam identificar entre tais infrações as relações lógicas que caracterizam o concurso de normas, pelo que se estará face a um concurso meramente aparente entre as diversas normas sancionatórias aplicáveis ao caso. Mesmo para estes casos, o artigo 420.º impõe uma separação entre o sancionamento efetivo da contraordenação e a punição do crime, o que pode gerar colisão com o princípio constitucional do *ne bis in idem*.

Ao não distinguir no seu seio dentro das situações de unidade de facto aquelas que configuram unidade e de diversidade de fundamento, o regime consagrado no artigo 420.º do CVM não protege a possibilidade de uma situação de concurso aparente de infrações entre crime e contraordenação – especialidade, subsidiariedade ou consunção – redundar na punição do agente com duas sanções distintas – pena e coima – pela prática do “*mesmo facto*”, o que se afigura contrário aos princípios *ne bis in idem* e da proporcionalidade (proibição do excesso).

Vejamus um exemplo: para alguém desenvolver uma estratégia de manipulação de cotações de um ativo (crime de manipulação de mercado, previsto no artigo 379.º, n.º 1, do CVM) realiza um conjunto de “operações a descoberto” (violação dos procedimentos sobre vendas), incorrendo em contraordenações graves resultantes do artigo 389.º do CVM. Segundo as regras gerais do concurso aparente, as ditas “operações a descoberto” podem considerar-se como atos instrumentais em relação ao crime de manipulação, o que permitiria invocar aqui um concurso aparente, por consunção, prevalecendo o crime (infração-fim). Nessa medida, a contraordenação deixaria de ser aplicada e o agente seria responsabilizado pelo crime de manipulação de mercado. Ainda assim, outra é a solução ditada pela aplicação do artigo 420.º do CVM: as operações a descoberto e o crime de manipulação de mercado serão sempre processados e sancionados com autonomia.

Face a esta imposição normativa, tem a doutrina preconizado que o disposto no artigo 420.º – e também no artigo 12.º do DL n.º 10/2004, por consagrar regime idêntico – será inconstitucional, quando interpretado no sentido de permitir a dupla punição com pena e com coima de situações de unidade de facto cobertas por uma unidade de fundamento¹⁷⁷.

Para salvar tal inconstitucionalidade, Frederico da Costa Pinto defende uma interpretação restritiva do artigo 420.º, dele excluindo os casos de verdadeiro concurso aparente, como sejam os casos de real subsidiariedade entre as infrações¹⁷⁸. Quanto a nós, verificando-se uma situação de concurso aparente entre normas sancionatórias de natureza jurídica distinta, esta interpretação restritiva é de acolher, pois não só a mesma se mostra conforme às regras da hermenêutica jurídica, como pelos efeitos *in bonam partem* dessa interpretação.

4. Regimes processuais

§7. No que concerne aos regimes processuais aplicáveis, podem coexistir sistemas diferenciados de punição de situações de unidade de facto (concurso ideal), conforme se desdobrem ou não numa unidade de fundamento, e um regime único de conexão de processos quando concorram crimes e contraordenações, independentemente da modalidade de concurso. Na verdade, pode-se submeter à conexão processual situação de concurso efetivo real, desde que decorrentes do mesmo facto processual ou acontecimento histórico.

¹⁷⁷ Neste sentido, Augusto Silva Dias, *Direito das Contraordenações*, p. 154, e Inês Ferreira Leite, *Ne (idem) bis in idem*, vol. I, p. 509 e s..

¹⁷⁸ Cfr. *A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social*, p. 311; o autor refere-se ao anterior artigo 675.º do CVM, que corresponde ao atual 420.º do CVM.

A noção de facto processual não coincide com a de facto típico¹⁷⁹, pelo que a opção de separar e tratar o mesmo facto processual em processos separados pode levar a uma duplicação desnecessária, com consequências perniciosas no plano dos custos judiciais e administrativos e da celeridade processual. Por outro lado, a questão do concurso de infrações (efetivo ou aparente), podendo ser suscitada anteriormente, tem impacto enorme na decisão final e por ela passa uma parcela absolutamente relevante da justiça material da condenação.

Nesta perspetiva processual, partindo da regra de que o processamento das contraordenações e a aplicação das coimas e das sanções acessórias competem às autoridades administrativas, o RGCO traça um regime específico para as situações de concurso entre crime e contraordenação, dispondo o artigo 38.º, n.º 1, do RGCO que *“quando se verifique concurso de crime e contraordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processamento da contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo penal”*¹⁸⁰, cabendo a aplicação da coima e das sanções acessórias ao juiz competente para o julgamento do crime (artigo 39.º do RGCO)¹⁸¹.

De resto, em tais situações, sendo o processo contraordenacional realizado pelas autoridades competentes para o processo criminal, as autoridades administrativas são obrigadas a dar-lhes toda a colaboração e, quando o Ministério Público acusar pelo crime, a acusação abrangerá também a contraordenação (artigos 56.º, n.º 1, e 57.º, ambos do RGCO).

Estamos em crer que o RGCO adota um regime alargado de conexão processual no seu artigo 38.º, não limitado às situações de unidade de facto (concurso ideal), cabendo também no seu seio os casos diversidade de facto (concurso real)¹⁸². A única limitação que aqui faz sentido é a da unidade de facto processual, pelo que a conexão processual não está dependente da

¹⁷⁹ Neste ponto, remetemos para o que ficou dito no Capítulo II, Ponto 2, &3.

¹⁸⁰ Estamos perante um caso classificado por Paulo Pinto de Albuquerque como de *“competência originária do Ministério Público”* – *Comentário do Regime Geral*, anotação 8, artigo 38.º, p. 133.

¹⁸¹ Acrescente-se que se estiver pendente um processo na autoridade administrativa, devem os autos ser remetidos à autoridade judiciária competente e, arquivando o Ministério Público o processo penal, mas subsistindo a responsabilidade pela contraordenação, aquele remeterá o processo à autoridade administrativa competente (n.º 2 e 3 do artigo 38.º do RGCO).

¹⁸² Neste sentido, defendendo a aplicabilidade do preceito tanto aos casos de concurso ideal como aos de concurso real de infrações, Augusto Silva Dias, *Direito das Contraordenações*, p. 160; Simas Santos/Lopes de Sousa, *Contraordenações*, Anotações ao Regime Geral, 6.ª edição, Lisboa: Áreas Editora, 2011, p. 310 e ss.; Sérgio Passos, *Contraordenações*, Anotações ao Regime Geral, 2.ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 276; e Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral*, anotação 3, artigo 38.º, Universidade Católica Editora, 2011, p. 132; também a jurisprudência têm aderido a esta tese – cfr. Acórdãos do TRE de 06.09.2011, do TRC de 24.10.2018 e do TRP de 28.01.2004 e de 19.12.2007, todos disponíveis in www.dgsi.pt; contra, restringindo a aplicabilidade do preceito aos casos de concurso ideal, Oliveira Mendes/Santos Cabral, *Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas*, 3.ª edição, Almedina, 2009, p. 107; e Beça Pereira, *Regime Geral das Contraordenações e Coimas*, 8.ª edição, Almedina, 2009, p. 102.

existência de uma unidade ou pluralidade de infrações, mas apenas da identidade do acontecimento histórico suscetível de consubstanciar o objeto do processo.

Efetivamente, não só numa interpretação literal o artigo 38.º do RGCO não faz qualquer distinção entre as situações de concurso real e ideal, como, por sua vez, se o mencionado dispositivo legal se restringisse às situações de concurso ideal ficaria esvaziado de sentido o estatuído no artigo 39.º do RGCO, pelo que é de entender que aquele preceito legal estende a competência da jurisdição penal para o conhecimento das contraordenações que surjam em concurso real com as infrações criminais¹⁸³.

Seja como for, para obviar às situações de concurso aparente de infrações fora da realidade da conexão processual, o artigo 82.º do RGCO dispõe que a decisão administrativa que aplique uma coima ou uma sanção acessória caduca quando, posteriormente, o arguido venha a ser condenado em processo penal pelo mesmo facto. Tal dispositivo legal está vocacionado para as situações de unidade de fundamento, em que o facto pelo qual o arguido vem a ser condenado no processo criminal consome toda a ilicitude do facto anteriormente objeto da decisão administrativa.

§8. O artigo 420.º do CVM¹⁸⁴ ressalva a competência da CMVM para processar as contraordenações aí previstas, preservando as competências processuais e sancionatórias da autoridade administrativa em situações de unidade de facto, impedindo que elas sejam absorvidas pelas competências das autoridades judiciárias com competência no processo criminal.

Está, pois, aqui em causa uma dualidade de processos¹⁸⁵. Ou seja, prevê-se aqui não só a instauração de processos autónomos, um penal e outro contraordenacional, mas também a punição do arguido, pela prática do mesmo facto, com pena, pelo tribunal, e com coima e sanção acessória desta última, pela autoridade administrativa.

A este propósito, Guilherme Catarino critica a opção legislativa do CVM, refutando, consequentemente, que os processos possam ser distintos, pois que o autor rejeita a diversidade dos bens protegidos, concluindo que as questões de concurso efetivo ideal entre um crime e uma

¹⁸³ No exemplo já descrito do consumidor que, logo após apresentar reclamação ao dono do estabelecimento pelo facto dos produtos alimentares postos à venda estarem impróprios para consumo (contraordenação), o agride fisicamente de forma violenta (crime), existe um concurso real de infrações que, ainda assim, deverá ser enquadrado como o mesmo facto processual. Diferente será a situação em que agente no mesmo dia comete um crime de burla fiscal e conduz sem parar num sinal de paragem obrigatória: não se vislumbra aqui qualquer fundamento que permita sustentar a conexão processual.

¹⁸⁴ E o mesmo regime é também seguido pelo artigo 12.º do DL n.º 10/2004, de 09 de janeiro.

¹⁸⁵ Atente-se, todavia, à exceção do n.º 2 do mesmo artigo: "*Nas situações previstas na alínea i) do n.º 1 do artigo 394.º, quando o facto que pode constituir simultaneamente crime e contraordenação seja imputável ao mesmo agente pelo mesmo título de imputação subjetiva, há lugar apenas ao procedimento de natureza criminal*".

contraordenação aplicáveis no âmbito do CVM devem ser resolvidas de acordo com o artigo 20.º do RGCO¹⁸⁶. Ao invés, Frederico da Costa Pinto defende a solução legal, pois que “quando aplicado às contraordenações do mercado de valores mobiliários” o artigo 20.º do RGCO “produziria mais problemas do que aqueles que pretende resolver”¹⁸⁷.

5. Perspetiva crítica e solução de *jure constituendo*

§9. Do ponto de vista processual, em situações de concurso de crime e de contraordenação, a solução legal consagrada pelo RGCO afigura-se ajustada. Na realidade, a separação de processos pode dar lugar a soluções punitivas artificiais e materialmente injustas, daí que a conexão de processos possa ser de toda a utilidade e conveniência, em ordem a permitir que o crime e a contraordenação corram paralelamente, com redução de custos e de ónus para os visados, evitando-se atrasos quer para o processo penal, quer para o processo contraordenacional.

Por outro lado, a conexão processual permite que a autoridade judiciária possa ainda numa fase embrionária dos processos melhor distinguir entre si os casos de unidade e os de diversidade de fundamento, o que se assume da maior relevância pelo impacto que tal decisão tem na condenação do agente, num apelo a razões de justiça sancionatória. Tendo em conta a relação interna entre ambas as infrações praticadas, melhor será – pelo menos em domínios contraordenacionais de pequena e média gravidade como aqueles a que essencialmente se dirige o RGCO – que as investigações pela prática do crime e da contraordenação não decorram separadamente e que seja o juiz, nos casos em que se decida pela diversidade de fundamento, a aplicar a pena e a coima. Isso permitir-lhe-á não só averiguar e determinar da natureza do concurso (aparente ou efetivo), mas proceder a um “*cúmulo jurídico*” das sanções concretamente aplicáveis, o que potencia a justiça punitiva, mormente quando está em causa a aplicação de uma coima e de uma pena de multa.

¹⁸⁶ Cfr. *A regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros. Fundamentos e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 741 e s.

¹⁸⁷ Cfr. *A tutela dos mercados de valores mobiliários e o ilícito de mera ordenação social*. In: *Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 309. O referido autor pronuncia-se aqui a propósito de norma idêntica à do atual CVM, mas contida no Código de 1991, no caso o artigo 675.º.

§10. O regime processual que emana do artigo 420.º do CVM¹⁸⁸ representa uma das sucessivas e constantes derrogações a que o RGCO é sujeito através da criação de regimes próprios de cada sector específico.

Todavia, no âmbito das denominadas “*contraordenações modernas*” ou “*grandes contraordenações*” admite-se que o regime da dualidade de processos possa constituir uma solução razoável, pois mantém a competência da autoridade administrativa em matéria contraordenacional e constitui uma condição de eficácia do processo de contraordenação em nome da regularidade de funcionamento de cada sector e mercado, ainda para mais em áreas de atividade com elevada complexidade técnica quanto ao conteúdo exato dos tipos contraordenacionais, aproveitando-se os recursos e as habilitações técnicas dos quadros das entidades reguladoras no combate a ilícitos dotados de maior tecnicidade.

Ainda assim, duas notas críticas deste regime não podem deixar de ser assinaladas:

- A dualidade de processos traz acréscimo de custos para os arguidos, porque impõe uma duplicação do exercício do direito de defesa, assim repartido por instâncias diversas. O mero iniciar dos dois processos acarreta um conjunto de ónus significativos para o arguido, pois terá que constituir mandatário, sustentar uma defesa, invocar, se necessário, a exceção de *ne bis in idem*, o que implica dispêndio de tempo e de dinheiro, para além de que o agente poderá ficar sujeito a medidas administrativas preventivas ou a medidas de coação, eventualmente com duplicação de restrições ou de esforços financeiros¹⁸⁹.

- A dualidade de processos pode causar perturbação no que à determinação do tipo de concurso de infrações diz respeito, uma vez que, assumindo as entidades competentes que à unidade de facto corresponda sempre uma diversidade de fundamento, podem-se retardar o conhecimento das situações de verdadeira unidade de fundamento, com implicações diretas na justiça material e na condenação do agente.

Em síntese, no que concerne às “*grandes contraordenações*”, o regime da dualidade de processos será mais aconselhável. No entanto, seria importante que a norma processual que determina a instauração de processos distintos a decidir pelas autoridades competentes ressalvasse os casos de unidade de fundamento, aditando um número com a seguinte redação:

¹⁸⁸ Assinale-se aquela que, quanto a nós, é uma má técnica legislativa, ao consagrar no mesmo preceito legal disposições referentes ao regime substantivo e processual.

¹⁸⁹ A este propósito, Vânia Costa Ramos, *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra Editora, 2009, p. 84.

“Haverá apenas lugar ao procedimento criminal quando o crime e a contraordenação tenham sido praticados pelo mesmo agente, através de um mesmo facto, violando interesses jurídicos idênticos”.

§11. No plano substantivo, as críticas deixadas *supra* às soluções legais em matéria de concurso entre crime e contraordenação deverão merecer olhar atento por parte do legislador numa perspectiva de *jure constituendo*. Neste ponto, pensamos que o RGCO deveria consagrar um regime geral suficientemente abrangente para regular as situações de concurso entre infrações penais e contraordenacionais na nossa ordem jurídica, evitando derrogações por parte dos regimes especiais.

Perante situações em que o mesmo facto praticado pelo agente constitua simultaneamente crime e contraordenação, entre o RGCO, que opta por punir o agente a título de crime, e os regimes especiais, que responsabilizam o agente por ambas as infrações, haverá espaço para uma solução legal que traga clarificação e coerência no sistema punitivo português. Se, por um lado, a solução do artigo 20.º do RGCO nega necessariamente a consequência típica do concurso efetivo e deixa de fora qualquer relação de concurso aparente entre uma norma de natureza penal e outra de natureza contraordenacional, aqueles regimes especiais, como o do artigo 420.º do CVM, assumem, por outro lado, que as normas criminal e contraordenacional aplicáveis ao mesmo facto jurídico revestem invariavelmente entre si uma identidade de conteúdo reconduzível ao concurso efetivo, não cuidando qualquer dos regimes de diferenciar dentro das situações de unidade de facto os casos de unidade e de diversidade de fundamentos.

Face ao exposto, pensamos que a melhor redação para o artigo 20.º do RGCO seria a seguinte: *“Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente punido por ambas as infrações, salvo se os interesses jurídicos violados forem idênticos”.*

Consagrar-se-ia, assim, uma solução diferenciada para os casos de unidade de facto: o primeiro segmento reporta-se a situações de unidade de facto sem unidade de fundamento; o segundo, chama a si ambas as formas de unidade. Na primeira parte da norma, estamos perante situações de concurso efetivo ideal, pelo que a regra será a punição do agente com pena e com coima, tal como acontece nas situações de concurso real. Já a parte final destina-se a fazer face às situações de concurso meramente aparente de normas, em que uma das normas sancionatórias absorve ou consome o conteúdo de outra e, conseqüentemente, o agente será punido apenas pela pena criminal ou pelas sanções contraordenacionais.

Quanto a este segmento final, para acautelar os casos em que a coima cominada para a contraordenação em concurso atinge um grau de penitência superior ao da pena, o que tenderá

acontecer nas denominadas contraordenações “modernas”, a solução imposta pelos princípios *ne bis in idem* e da proibição do excesso será a aplicação da sanção, em concreto, mais gravosa, pois só essa pode valorar adequadamente o comportamento do agente.

Nesse pressuposto, ainda que a pena de prisão se revele sempre mais gravosa para os direitos e liberdades do condenado¹⁹⁰, poderá acontecer que as sanções contraordenacionais – coima e respetivas sanções acessórias – atinjam um maior grau de severidade do que a pena concreta aplicável, *máxime* do que a pena de multa¹⁹¹. Nestes casos, sendo um *facto* enquadrável simultaneamente num tipo penal e num tipo contraordenacional, e havendo entre ambos coincidência substancial quanto ao bem ou interesse jurídico tutelado, as sanções contraordenacionais – porque mais graves – são suscetíveis de absorver a totalidade do desvalor do *facto* praticado agente, não restando espaço para a aplicação da pena.

Nessa sequência, poder-se-ia delinear uma outra norma complementar à primeira com a seguinte redação: “*Nas situações previstas na parte final do número anterior, o agente será punido pela infração que comporte sanções mais graves*”¹⁹².

A este propósito, sublinhe-se o regime da Lei n.º 83/2017, de 18.01, que estabelece as medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, dispondo no seu artigo 165.º, sob a epígrafe “*Concurso de infrações*”, o seguinte: “*1 – Salvo o disposto no número seguinte, se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, são os agentes responsabilizados por ambas as infrações, instaurando-se, para o efeito, processos distintos, os quais são objeto de decisão pelas entidades respetivamente competentes. 2 — Há lugar apenas ao procedimento criminal quando o crime e a contraordenação tenham sido praticados pelo mesmo agente, através de um mesmo facto, violando interesses jurídicos idênticos, podendo o juiz penal aplicar as sanções acessórias previstas para a contraordenação em causa (...)*”.

Embora este regime tenha o mérito de diferenciar no seio dos casos de unidade de *facto* aqueles que são reconduzidos à unidade de fundamento e aqueles outros que são de diversidade de fundamento, o mesmo incorre, quanto a nós, num erro: assume que nas situações de unidade de fundamento – por as normas em concurso violarem interesses jurídicos idênticos – haverá sempre lugar à punição do agente a título de crime, com a correspondente pena aplicável,

¹⁹⁰ Nesses casos, o agente será punido pela comissão de um crime, por ser a infração de natureza mais grave.

¹⁹¹ Sobre este ponto, remetemos para o que ficou dito *supra*, no Ponto 2, &4, deste Capítulo.

¹⁹² Não muito longe da solução por nós proposta, mas com algumas nuances, Augusto Silva Dias propõe a seguinte redação para o artigo 20.º do RGCO: “*Se a mesma infração for punida simultaneamente com pena e coima aplica-se a sanção principal mais grave, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias menos graves que ao caso couberem*” – cfr. *Direito das Contra-Ordenações*, p. 162.

desvalorizando que nas relações de concurso aparente a norma sancionatória que se deve aplicar é a que prevê uma sanção mais severa, porque só essa comporta tanto ao nível da ilicitude como da sanção aplicável a capacidade suficiente para “*absorver*” o conteúdo da norma afastada. E, bem vistas as coisas, essencialmente no domínio das “*contraordenações modernas*”, as sanções contraordenacionais podem atingir restrições na esfera dos direitos e das liberdades do agente maiores do que aquelas que resultam da aplicação de uma pena criminal.

V. Conclusões

1. Verifica-se atualmente um fenómeno que concorre decisivamente para o estado atual de proliferação de infrações contraordenacionais e respetivas sanções: o da sobreposição ou interceção entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional. Ou seja, o mesmo facto jurídico praticado pelo agente é punido por normas sancionatórias criminais e contraordenacionais, o que traz consigo o risco associado de uma dupla punição ou de um duplo julgamento, com a consequente violação do princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição.
2. Para efeitos do concurso entre infrações penais e contraordenacionais, a distinção entre o concurso ideal e real assume ainda relevância, na medida em que os regimes substantivos previstos para tais tipos de concurso – de que são exemplos os artigos 20.º do RGCO e 420.º do CVM – reportam-se tão-só a situações em que o “*mesmo facto*” praticado pelo agente viola concomitantemente bens jurídicos criminais e contraordenacionais.
3. Da conjugação dos critérios da “*unidade típica de ação*” e da “*unidade natural de ação*”, devidamente complementados e concretizados com determinados *indícios*, alcançar-se-ão situações em que, segundo um juízo de razoabilidade, os vários atos sucessivos praticados pelo agente manifestam inexorável conexão, tornando-se incompreensível que os mesmos não fossem agregados e tratados como o “*mesmo facto*”.
4. No que concerne ao concurso efetivo ou aparente entre crime e contraordenação, um primeiro critério de distinção assenta na identidade ou diversidade de bens e interesses jurídicos tutelados por cada uma das normas sancionatórias; assim, consoante haja ou não a referida identidade de valores jurídicos protegidos, o caso será reconduzido à situação de unidade de fundamento (concurso aparente) ou de diversidade de fundamento (concurso efetivo). Ainda assim, para efeitos de uma melhor interpretação deste critério, dever-se-á atender não só a uma conceção formal de bem e interesse jurídico, mas também à sua interpretação material, relevando – à luz de um juízo de materialidade subjacente – os interesses jurídicos que são em concreto tutelados pela norma sancionatória na dinâmica factual em apreciação.

5. Da jurisprudência do Tribunal Constitucional extrai-se ainda um segundo critério – alternativo – distintivo do concurso efetivo ou aparente entre o crime e a contraordenação: o desvalor jurídico pressuposto por cada uma das normas sancionatórias concorrentes. Segundo este critério, o concurso será aparente quando seja idêntico o desvalor jurídico pressuposto pelas normas sancionatórias em confronto, não se retirando do conteúdo material de cada uma delas uma autonomização valorativa que as diferencie das demais.
6. Não obstante decorrer da letra do artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, que o *ne bis in idem* se refere ao “*mesmo crime*”, tem sido pacífico o entendimento de que aquele princípio se estende, por analogia, aos demais ramos do direito sancionatório (*máxime, ao direito de mera ordenação social e ao direito disciplinar*), numa lógica interna, proibindo que dentro do mesmo sistema sancionatório se puna ou se julgue duplamente a mesma infração praticada pelo agente.
7. Já quando estejam em confronto normas sancionatórias provenientes de diferentes ramos do direito sancionatório, a aplicabilidade do *ne bis in idem* dependerá da relação estabelecida entre aquelas normas; assim, não existindo qualquer área de interferência ou interceção entre as normas sancionatórias aplicáveis ao “*mesmo facto*” praticado pelo agente (diversidade de fundamento), o problema fica fora do âmbito do princípio *ne bis in idem* e, logo, é constitucionalmente aceitável que o mesmo facto jurídico seja objeto de uma dupla condenação em diferentes domínios sancionatórios.
8. No entanto, a proibição que emana do *ne bis in idem* tem força e alcance para se aplicar fora do mesmo direito sancionatório, proibindo que o “*mesmo facto*” praticado pelo agente seja duplamente punido como crime e como contraordenação. Tal acontecerá em duas situações: *i*) quando entre as normas em concurso provenientes de diferentes sistemas sancionatórios se constituam uma relação axiológica de subsidiariedade (unidade de fundamento); *ii*) nas hipóteses em que, não obstante numa perspetiva formal se estar perante um concurso entre duas infrações com diferente qualificação jurídica (*máxime, um crime e uma contraordenação*), o que temos – num critério material, que apele à natureza e essência de cada uma das

infrações – são dois ilícitos que substancialmente comportam a mesma natureza jurídica (vg., *dois crimes ou duas contraordenações*).

9. Quanto a este último ponto, diga-se que, a par de um conceito formal, o conceito de crime comporta um conteúdo material, reconduzido à lesão de bens jurídicos elencados na Constituição. Apesar dos critérios formais e materiais de distinção entre o crime e a contraordenação assumirem um papel dominante, existe uma zona cinzenta – a meio caminho entre as condutas que manifestamente exigem a proteção pela via do direito penal e aquelas outras que flagrantemente se satisfazem com a tutela do direito de mera ordenação social – que deverá ser deslindada com recurso aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade da pena, assumindo estes feição excludente.
10. Também para o TEDH o conceito de Direito penal e de crime, para efeitos de aplicação das normas da Convenção Europeia, é um conceito material, que não está dependente da classificação e qualificação legal da infração, sendo antes analisado do ponto de vista das consequências que gera na esfera no agente, seguindo reiteradamente a jurisprudência do TEDH os *critérios Engel* para determinar se uma dada infração consubstancia “*matéria criminal*”.
11. A propósito do *ne bis in idem*, a jurisprudência do TEDH tem caminhado no sentido de uma interpretação restritiva daquela proibição, permitindo a aplicabilidade ao agente, em conjunto, pela prática do mesmo facto, de uma sanção criminal e de uma sanção administrativa de natureza penal, desde que os processos subjacentes a cada uma das infrações apresentem uma proximidade substantiva e temporal (*Acórdão A e B c. Noruega*).
12. Quer-nos parecer que a construção jurídica desta jurisprudência se assume frágil, na medida em que os pressupostos de que faz depender a conformidade com o *ne bis in idem* acrescentam insegurança e complexidade na esfera dos agentes. Na verdade, uma vez verificada a conexão próxima – em substância e no tempo – entre as decisões administrativa e criminal, a referida jurisprudência aceita, sem mais, a cumulação de sanções penais e administrativas de natureza criminal, não cuidando de, previamente, averiguar da materialidade subjacente à norma sancionatória

administrativa. Essa é, estamos em crer, a questão primeira, pois que se aquela norma administrativa tem natureza penal a cumulação de sanções conduzirá à aplicabilidade, pela prática do mesmo facto, de duas sanções materialmente penais e, conseqüentemente, à violação do *ne bis in idem*.

13. De resto, a jurisprudência do TJUE tem, tendencialmente, seguido uma interpretação do *ne bis in idem* mais protetora para os agentes infratores, estendendo a aplicabilidade daquele princípio às situações de cúmulo entre sanções penais e sanções administrativas de natureza penal (*Acórdão Åkerberg Fransson*), recentrando a questão na busca da determinação da verdadeira natureza – penal ou não penal – da sanção administrativa.
14. Relativamente à nossa ordem jurídica, a questão do concurso entre crime e contraordenação é tratada, do ponto de vista substantivo, em dois regimes antagónicos: aqueles que optam por condenar o agente apenas a título de crime – de que é exemplo o artigo 20.º do RGCO – e os regimes especiais que optam por responsabilizar o agente por ambas as infrações – de que é exemplo o artigo 420.º do CVM. Ambos os regimes tratam em bloco e de forma indiferenciada as situações de unidade de facto, não diferenciando dentro desta os casos de unidade e de diversidade de fundamentos, estatuidos para elas, porém, regimes – substantivos e processuais – diversos.
15. Ora, a solução do artigo 20.º do RGCO nega necessariamente a consequência típica do concurso efetivo e deixa de fora qualquer relação de concurso aparente entre uma norma de natureza penal e outra de natureza contraordenacional; por seu turno, o regime plasmado no artigo 420.º do CVM assume que as normas sancionatórias concorrentes aplicáveis ao mesmo facto jurídico revestem uma identidade de conteúdo reconduzível ao concurso efetivo.
16. Face ao exposto, pensamos que o RGCO deveria consagrar um regime geral suficientemente abrangente para regular as situações de concurso entre infrações penais e contraordenacionais na nossa ordem jurídica, evitando derrogações por parte dos regimes especiais. A este propósito, a melhor redação para o artigo 20.º do RGCO seria a seguinte: “*Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e*

contraordenação, será o agente punido por ambas as infrações, salvo se os interesses jurídicos violados forem idênticos”.

17. Quanto aos casos abrangidos no segmento final desta norma, reconduzidos à unidade de fundamento, para acautelar as situações em que a coima cominada para a contraordenação em concurso atinge um grau de penitência superior ao da pena, o que tenderá acontecer nas denominadas contraordenações “modernas”, seria desejável aditar uma norma complementar à primeira, com a seguinte redação: “*Nas situações previstas na parte final do número anterior, o agente será punido pela infração que comporte sanções mais graves*” .

Bibliografia

ACHENBACH,

Die "grossen" wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten, 2009

BEÇA PEREIRA,

Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas, 9.ª ed., ed. Almedina, 2013

BOHNERT/BÜLTE,

Ordnungswidrigkeitenrecht, 5.ª Ed., ed. Beck, 2016

BOLINA, HELENA,

"O Direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contraordenação no mercado de valores mobiliários", in *Revista CEJ*, n.º 14, Almedina, 2010.

BORGES CAMPOS, MARTA,

"Os poderes de cognição e decisão do tribunal na fase de impugnação judicial do processo de contraordenação", *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Susa Mendes, Almedina, 2018

BRANDÃO, NUNO,

Crimes e Contraordenações: da Cisão à Convergência Material, Coimbra: Coimbra Editora, 2016

CASTILLO BLANCO,

Funcion Publica y Poder Disciplinar del Estado, Civitas, Madrid, 1994

CATARINO, GUILHERME,

A regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros. Fundamentos e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes, Coimbra: Almedina, 2010

CAVALEIRO DE FERREIRA, MANUEL,

Lições de Direito Penal, Parte Geral, Vol. I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, Editorial Verbo

CAVALEIRO FERREIRA, MANUEL,

Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A Lei Penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982, Lisboa: Editorial Verbo, 4.^a Ed., 1992

CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal, Tomo II*, 1993, Almedina

COSTA PINTO, FREDERICO,

A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social, in *IVM (ed), Direitos dos Valores Mobiliários, Vol. I*, Coimbra Editora, 1999

COSTA PINTO, FREDERICO,

“As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de Mera Ordenação Social”, in *Scientia Iuridica*, tomo LXVI, 2017

COSTA PINTO, FREDERICO,

“Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, in *RPCC*, ano 23, 2013, n.º 1

COSTA PINTO, FREDERICO,

“O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *RPCC*, ano 7, 1997, n.º 1, republicado em *Direito Penal Económico Europeu (textos doutrinários)*, vol. I, Coimbra Editora, 1998

COSTA RAMOS, VÂNIA,

Ne Bis in Idem e União Europeia, Coimbra Editora, 2009

DAMIÃO DA CUNHA,

“Ne bis in idem e exercício de ação penal”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009

DANTAS, LEONES,

“Os direitos de audição e de defesa no processo de contra-ordenações: artigo 32.º, n.º 10 da Constituição da República”, in *Revista do CEJ*, n.º 14 (2010)

DUARTE D'ALMEIDA, LUÍS,

O “Concurso de normas” em direito penal, Almedina, 2004

EDUARDO CORREIA,

A Teoria do Concurso em Direito Criminal – A Unidade e Pluralidade de Infrações, caso julgado e poderes de cognição do juiz, Coimbra, Almedina, 1963/A.

FERREIRA LEITE, INÊS,

“A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional, in Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais”, Ed. Centro de Estudos Judiciários, *Coleção de Formação Contínua*, setembro 2015

FERREIRA LEITE, INÊS,

Ne (idem) bis in idem – proibição da dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público, vol. 1, 2016, ed. AAFDL

FIGUEIREDO DIAS, JORGE,

Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Tomo I, 2017, Ed. Coimbra Editora

FIGUEIREDO DIAS, JORGE,

Direito Penal Português – Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, Tomo II, 2.ª Reimp., 2009, Ed. Coimbra Editora

FIGUEIREDO DIAS, JORGE,

“O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in CEJ (edições), *Jornadas de Direito Criminal: o novo Código Penal português e legislação complementar, Vol. I*, Lisboa, 1983, republicado em *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários), Vol. I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998

GARCÍA ALBERO, RAMÓN,

Non Bis In Idem Material y Concurso de Leyes Penales, Barcelona, 1995

GÖHLER,

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 12.^a ed., ed. Beck, München, 1998

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA,

Constituição da República Portuguesa anotada e revista, vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, 2007

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLAS,

Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Colex

ISASCA, FREDERICO,

Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português, 2.^a ed., Almedina, 2003

JESCHECK,

Tratado de Derecho Penal, Parte General, tradução para castelhano de Miguel Cardanete, Editorial Comares, 5.^a edição, 2003

LÍBANO MONTEIRO, CRISTINA,

“Natureza e equívocos da sanção contra-ordenacional”, *Revista do Ministério Público*, 155: Julho: Setembro 2018, pp. 97-107

LÍBANO MONTEIRO, CRISTINA,

Do Concurso de Crimes ao “Concurso de Ilícitos” em Direito Penal, 2015, Almedina

LOBO MOUTINHO,

Da Unidade à Pluralidade dos crimes no Direito Penal Português, Ed. Universidade Católica, 2005

LOBO MOUTINHO,

Direito das Contra-ordenações, Ensinar e Investigar, Ed. Universidade Católica, 2008

LOPES DE AZEVEDO,

Da subsidiariedade no Direito das Contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas,
Coimbra Editora, 2011

MARQUES DA SILVA, GERMANO,

Direito Penal Português II, Teoria do Crime, abril de 1999, Ed. Verbo

MARQUES DA SILVA, GERMANO,

Direito Penal Português, Parte Geral I – Introdução e Teoria da Lei Penal, 3.ª ed., 2010, Ed. Verbo

MARTÍNEZ VICENTE, ROSARIO,

“El delito continuado”, in *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001

MARTINEZ, VICENTE,

“Regímen sancionador en la protección de la salud de los cobsumidores”, in Garcia Rivas (coord.),
Protección penal del consumidor en la Unión Europea, Ed. Univ. Castilla-la-Mancha, 2005

MEIRINHOS, RUI,

“Falsificação e Burla: ainda em torno do concurso de crimes”, in *Revista Centro de Estudos Judiciários*, 2020-I, Almedina.

MERCEDES PÉREZ MANZANO,

La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI,

Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra Editora, 2010

MITSCHE,

Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2.ª ed., ed. Springer, 2005

MONIZ, HELENA,

“Burla e Falsificação de Documentos: Concurso Real ou Aparente?”, Anotação ao Assento 8/2000 do STJ de 4 de Maio”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 3, Coimbra

MONIZ, HELENA,

“Falsificação de Documentos e Burla: Unidade ou Pluralidade de Sentidos Autónomos de Ilícitude?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, nº2, 2011, Coimbra Editora

NEVES, ANA,

O Direito Disciplinar na Função Pública, I, Tese de Doutoramento, Faculdade De Direito de Lisboa, 2007

OLIVEIRA MENDES E SANTOS CABRAL,

Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009

PALMA, MARIA FERNANDA,

Direito Constitucional Penal: programa, conteúdos e método de ensino, Coimbra, Almedina, 2006

PALMA, MARIA FERNANDA,

“Direito Penal Especial: o vértice do sistema penal”, in Palma/Dias/Mendes (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra Editora, 2012

PALMA, MARIA FERNANDA,

Direito Penal, Parte Geral (fascículos em curso de publicação), Lisboa, AAFDL, 1994

PALMA, MARIA FERNANDA,

“Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente”, *Estudos Comemorativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Ministério da Justiça, 1995

PASSOS, SÉRGIO,

Contra-ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2.^a edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2006

PEREIRA DA SILVA, VASCO,

“Breve nota sobre o direito sancionatório do ambiente”, *Direito Sancionatório das Entidades Reguladoras*, organização de Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2009

PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Portuguesa, 2.ª edição, 2010

PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO,

Comentário do Regime Geral das Contraordenações, Universidade Católica, 2011

PIZARRO BELEZA, TERESA,

Direito Penal, Vol. I, 2.ª ed., 1985, AAFDL

PIZARRO DE ALMEIDA, CARLOTA,

Casos e Materiais de Direito Penal, Almedina, Algumas Considerações a propósito do Acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional, Conceito material do crime, Almedina, 2001

PRATA ROQUE, MIGUEL,

“O Direito sancionatório público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, ano 4 (2013), n.º 14/15

ROXIN, CLAUS,

Derecho Penal: Parte General, 2.º Vol., Trad. Reimp., novembro 2014, Ed. Civitas

ROXIN/SCHÜNEMANN,

Strafverfahrensrecht, 28.ª ed. Beck, 2014

SALINAS, HENRIQUE,

Os limites objetivos do “ne bis in idem” e a estrutura acusatória no processo penal português,
Lisboa, Universidade Católica

SILVA DIAS, AUGUSTO

“Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no Anteprojeto do Código do Consumidor”, in Menezes Leitão (coord.), *Estudos do IDC, vol. III*, ed. Almedina, 2006

SILVA DIAS, AUGUSTO,

Direito das Contra-Ordenações, Almedina, 2018

SIMAS SANTOS E LOPES DE SOUSA,

Contra-ordenações – Anotações ao Regime Geral. 6.^a ed. Lisboa: Áreas Editora, 2011

SOUSA MENDES, PAULO,

Lições de Direito Processual Penal, ed. Almedina, 2013

SOUSA MENDES, PAULO,

“O procedimento sancionatório especial por infrações às regras da concorrência”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coordenadores: Maria Fernanda Plama, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, 2009, Coimbra Editora

TAIPA DE CARVALHO,

Direito Penal, PG, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2008

ULRICH WEBER,

Die Überspannung der staatlichen Bussgeldgewalt, in ZStW, vol. 92 (1980), n.º 2

VILALONGA, JOSÉ MANUEL,

“Anotação ao Acórdão 263/94 do Tribunal Constitucional”, *Casos e Materiais de Direito Penal*, Reimp. da 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 221-232.

VILELA, ALEXANDRE,

O Direito de Mera Ordenação Social: entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico, Coimbra: Coimbra Editora, 2013

VINAGRE, NUNO,

Da reforma dogmática do concurso de crimes. O repensar à luz do complexo sistema dialético entre o crime de coação sexual e o crime de violação, Ed. Coimbra Editora, 2011

WEYEMBERGH, A. E JONCHERAY, N.,

“Punitive Administrative Sanctions and Procedural Safeguards”, *New Journal of European Criminal Law*, 2016, n.º 2