

O erro sobre a proibição e o erro sobre a ilicitude no Regime Geral das Contraordenações

*Paulo Pinto de Albuquerque **

*Gabriel Mateus de Albuquerque ***

Resumo: O erro sobre as proibições é uma das matérias em que o desfazamento entre a dogmática clássica do direito contraordenacional e as novas realidades por ele abrangidas mais se tem sentido. O presente artigo pretende estimular a reflexão em torno da necessidade de uma reforma legislativa do ordenamento jurídico contraordenacional, lembrando a lição do nosso homenageado José Faria Costa.”

Abstract: The error regarding prohibitions is one of the matters in which the gap between the classic dogmatics of administrative offense law and the new realities covered by it is most evident. This article aims to stimulate reflection on the need for legislative reform of the administrative offense legal system, remembering the lesson of our honoree José Faria Costa

Descritores: Contraordenações; erro sobre proibições; culpa; reforma legislativa.

Keywords: Administrative offense; error on prohibition; guilt; legislative reform.

* *Doutor honoris causa mult.* Professor Catedrático da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica. ORCID 0009-0000-4031-3296.

** Assistente na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica.

I. INTRODUÇÃO ¹

FARIA COSTA intuiu como ninguém a natureza problemática do processo de descriminalização à luz dos valores constitucionais que delimitam o exercício legítimo da política criminal e, fundamentalmente, do princípio da culpa². A questão magna do tratamento do erro em matéria contraordenacional constituiu o cerne deste debate.

Para efeitos legais, o erro é a ignorância ou representação errada de uma realidade, assumindo uma panóplia variada de modalidades. Para o âmbito do presente estudo relevam o erro sobre a proibição e o erro sobre a ilicitude. O primeiro prende-se com um erro de conhecimento, ou seja, falta ao agente o conhecimento das proibições que era indispensável para que norteasse a sua conduta licitamente. Dada a natureza eticamente neutra do objeto do ilícito contraordenacional, o sujeito apenas pode tomar consciência da ilicitude do facto conhecendo a sua proibição. O conhecimento da proibição é elemento do tipo subjetivo. No caso de não a conhecer está excluído o dolo do tipo. Destarte, o direito contraordenacional trata ao nível do dolo do tipo situações de erro que o Direito Penal trata, por via de regra, ao nível do dolo da culpa. Assim, como aponta MÁRIO FERREIRA MONTE³, é desnecessária a consagração da expressão “cujo

¹ Abreviaturas: AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; AEDUM – Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho; BFDUC – Boletim Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; CEJ – Centro de Estudos Judiciários; CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários; CP – Código Penal; DL – Decreto-Lei; DMOS – Direito de Mera Ordenação Social; OWiG – *Ordnungswidrigkeitengesetz*; RGCO – Regime Geral das Contraordenações; RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias; RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência; RJCE – Regime Jurídico das Contraordenações Económicas; RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal; STJ – Suprema Tribunal de Justiça; TC – Tribunal Constitucional; TCA-Sul – Tribunal Central Administrativo Sul; TRE – Tribunal da Relação de Évora; TRG – Tribunal da Relação de Guimarães; TRL – Tribunal da Relação de Lisboa; TRP – Tribunal da Relação do Porto.

² Os seus textos mais significativos escritos a este propósito são citados na bibliografia: Costa, José Faria, 1981, 1986, 1998a, 1998b, 2001.

³ Monte, Mário, 2014: 158.

conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude” no art.º 8.º, n.º 2, do RGCO⁴, uma vez que o conhecimento da proibição se revela sempre indispensável. Nestas circunstâncias, o agente apenas poderá ser punido a título de negligência (art.º 8.º, n.º 3, do mesmo diploma), caso se verifiquem os pressupostos da mesma.

Por sua vez, o erro sobre a ilicitude consiste num erro de valoração. O agente tem o conhecimento dos elementos do tipo objetivo, mas não valora corretamente tais elementos no sentido de apreender a ilicitude da conduta. Nestes casos, a conduta exclui a culpa, desde que a falta de consciência da ilicitude não seja censurável ao agente.

Em síntese, o art.º 8, n.º 2, do RGCO equivale, com a adaptação mencionada, ao art.º 16, n.º 1, do CP, e o art.º 9.º do RGCO ao art.º 17.º do CP.

II. DOUTRINA CLÁSSICA

Tendo por base os conceitos introduzidos pela legislação alemã, a doutrina portuguesa debruçou-se sobre o tema do erro sobre a proibição no âmbito das contraordenações. EDUARDO CORREIA advertia para que «a neutralidade ou indiferença aos valores éticos dos imperativos violados criará uma especial problemática em matéria de erro»⁵. Secundando esta mesma posição, FIGUEIREDO DIAS⁶ defendia que o a conduta divorciada da interdição contraordenacional era, na sua essência, axiologicamente

⁴ O articulado do RGCO tem origem no § 11 da OWiG alemã. Esta consagra o regime do erro num único parágrafo com 3 números. O primeiro e o segundo equivalem, grosso modo, ao art.º 8, n.º 2 e 3, ao passo que o segundo número do § 11 se assemelha ao conteúdo normativo do art.º 9.º, n.º 1. A principal diferença entre os regimes prende-se com o facto de existir uma norma única na lei alemã, ao passo que na lei portuguesa existem duas. Ademais, a OWiG apenas refere o erro sobre elementos do tipo e o erro sobre ilicitude, não contendo qualquer referência quanto ao erro sobre a proibição.

⁵ Correia, Eduardo, 1973: 265. Para uma apreciação crítica desta posição, Brandão, Nuno, 2016: 161 a 170.

⁶ Dias, Jorge Figueiredo, 1983 b: 70. Para uma apreciação crítica desta posição, Brandão, Nuno, 2016: 259 a 274.

neutra. Destarte, seria sempre necessário o conhecimento da proibição para haver dolo, pelo que faltando o conhecimento da proibição, falta o dolo do tipo. Na mesma senda, TAIPA DE CARVALHO sublinhava que, por força do carácter axiologicamente neutro das contraordenações, o erro sobre a proibição neste âmbito é mais frequente do que no ilícito criminal⁷.

Pelo contrário, CAVALEIRO DE FERREIRA exprime fortes dúvidas relativamente à autonomia científica do direito contraordenacional, sustentando que «a maior ou menor eticidade é sempre e ainda um problema de quantidade e não justifica a distinção essencial que se procura»⁸. Desta posição decorria a desnecessidade prática de um regime específico do erro no âmbito das contraordenações.

1. Consequências práticas da teoria clássica para o art.º 8.º

Desta conceção do erro sobre a proibição nas contraordenações resultam três problemas práticos fundamentais. O primeiro prende-se com a punição da negligência. Essa punição é excecional, como resulta do termo «ressalvada» no artigo 8.º, n.º 3. Todavia, tendo em conta o carácter inovador e mutável do direito contraordenacional e a necessidade de conhecimento da proibição para que se verifique o tipo subjetivo doloso, podem facilmente multiplicar-se as situações de erro sobre a proibição, como apontam TAIPA DE CARVALHO⁹ e SOARES RIBEIRO¹⁰, sobrando apenas a possibilidade de punir o desconhecimento da proibição com a moldura do tipo negligente. Deste modo, a aparente punição excecional da negligência é, em termos práticos, convertida em regra, naquilo que já se designou como uma «burla de etiquetas»¹¹. Note-se que deste regime não

⁷ Carvalho, Américo Taipa de, 2003: 171 e 172.

⁸ Ferreira, Manuel Cavaleiro de, 1992: 113. Para uma apreciação crítica desta posição, Brandão, Nuno, 2016:229 a 234.

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Ribeiro, João Soares, 2003: 80

¹¹ Albuquerque, Paulo Pinto de, 2011: 61

resulta qualquer “presunção” de negligência, mas apenas o reconhecimento de uma realidade fática de que o erro sobre a proibição no direito contraordenacional pode ocorrer com maior facilidade do que no direito penal. Note-se, contudo, que será sempre necessário provar os elementos da negligência para que esta releve.

O segundo problema é que nas áreas do direito de mera ordenação social em que não se pune a negligência geram-se graves lacunas de punibilidade, como também refere TAIPA DE CARVALHO¹², não havendo qualquer sanção para o agente que infringe as normas contraordenacionais, atuando em erro sobre a proibição.

O terceiro problema fundamental é o de que, como refere JOSÉ MOUTINHO, o direito das contraordenações incide tipicamente sobre «atividades reservadas»¹³ cujo exercício compete à Administração Pública regular. Ora, os destinatários especializados deste ramo de direito não podem invocar facilmente o erro sobre a proibição. Como reconhece FREDERICO COSTA PINTO¹⁴, os destinatários especializados das normas de ordenação social nas atividades reservadas têm competências e conhecimentos técnicos que lhes permitem conhecer a ilicitude das suas condutas, o que se repercutirá na improcedência da alegação do erro sobre a proibição.

2. Consequências práticas da teoria clássica para o art.º 9.º

Coloca-se assim a questão de saber qual é o campo de aplicação do art.º 9.º num contexto de irrelevância axiológica das contraordenações em que, conseqüentemente, não é possível apelar a uma qualquer consciência jurídica do agente porque a proibição das condutas não é eticamente relevante. Daqui decorre um esvaziamento natural do âmbito de aplicação do art.º 9.º, uma vez que a distinção material entre crimes políticos (*male pro-*

¹² Carvalho, Américo Taipa, 2003: 171 e 172

¹³ Moutinho, José Lobo, 2008: 62 e 63

¹⁴ Pinto, Frederico Costa, 2003: 670

hibita) e crimes naturais (*male in se*) subjacente ao regime do erro no CP não encontra paralelo no direito das contraordenações.

III. DOCTRINA MODERNA: «CONTRARREVOLUÇÃO CONTRAORDENACIONAL»

A conceção tradicional de contraordenações reportava-se a condutas eticamente irrelevantes. Contudo, os ilícitos de mera ordenação social foram paulatinamente prescindindo desta característica, introduzindo contraordenações eticamente relevantes e esbatendo as fronteiras que as delimitavam dos crimes em resposta às «transformações radicais a nível económico e onde se delinearão pontos de fractura no estamento social (...)»¹⁵. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, assistimos a uma «contrarrevolução contraordenacional»¹⁶, esfumando-se a certeza dogmática que a rigidez tradicional oferecia. Este contexto matizado, que apelidamos de “doutrina moderna”, é evidenciado em três fenómenos que apontamos a título de exemplo.

Primeiramente, assiste-se a uma sobreposição de condutas que são simultaneamente ilícitos contraordenacionais e criminais, sendo que o critério de distinção reside no estabelecimento de um limiar mínimo quantitativo, como sucede nos crimes fiscais e contra a Segurança Social. Em certos casos, uma mesma conduta é punível como crime e como contraordenação, tendo COSTA ANDRADE suscitado a questão da legitimidade constitucional da duplicação da punição, em violação dos princípios da proporcionalidade e da culpa¹⁷. Ao invés, NUNO BRANDÃO pronuncia-se a favor de uma zona de indiferenciação determinada discricionariamente

¹⁵ Costa, José de Faria, 1998 b: 291.

¹⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, 2007: 148

¹⁷ Ver a propósito do acórdão do TC n.º 644/2003 e da diferença entre o crime do artigo 105.º do RGIT e a contraordenação do artigo 114.º do mesmo diploma, Andrade, Manuel da Costa, 2001: 322, e também no sentido da inconstitucionalidade, Monte, Mário, 2014: 17 e 42, e Dias, Augusto Silva, 2018: 214.

pelo legislador na qual os comportamentos podem ser qualificados como “crimes administrativos” ou “contraordenações penais”, o que redundava, como o Autor reconhece, «num quadro híbrido de responsabilização contra-ordenacional por factos substancialmente penais»¹⁸.

Em segunda instância, consagra-se a substituição da coima pela prestação de trabalho a favor da comunidade (art.º 89.- A do RGCO), rompendo com a conceção tradicional que apontava a estatuição da coima como critério formal e, portanto, mais fiável para o reconhecimento de uma contraordenação¹⁹. A “exasperação punitiva” no direito das contraordenações é também refletida na previsão genérica da punibilidade da tentativa e da reincidência em certos regimes sectoriais²⁰.

Por fim, verifica-se um agravamento desmesurado das coimas, que por vezes ultrapassam significativamente o valor das penas de multa, admitindo mesmo o RGCO uma regra de adaptação do valor da coima ao benefício retirado da conduta de infração (artigo 18.º, n.º 2, do RGCO). A este propósito, a doutrina alemã refere-se às «grandes contraordenações», puníveis com coima igual ou superior a 1 milhão de euros. Nesta senda, NUNO BRANDÃO advoga, na sua tese de doutoramento, que «no quadro da realidade normativa vigente não há em regra uma separação cortante de teor material entre o género de interesses ou bens jurídicos tutelados por cada um desses tipos de infracções»²¹. Esta tendência contribui decisivamente para a dissolução das fronteiras, preterindo-se assim a ideia de que o direito criminal tutela bens jurídicos com dignidade mais elevada, pelo que a sua violação merecerá sanção mais pesada. Destes fatores tem resultado uma alteração substancial do entendimento da natureza do ilícito contraordenacional, afastando-se profundamente do entendimento clássico da natureza das contraordenações. É na senda deste movimento con-

¹⁸ Brandão, Nuno, 2016: 854, 855 e 860

¹⁹ Mário Monte critica severamente esta norma (2014:187), que é defendida por Augusto Silva Dias (2018: 164).

²⁰ Dias, Augusto Silva, 2018: 34

²¹ Brandão, Nuno, 2016, p. 381

tratur que a doutrina aponta para a existência de condutas eticamente relevantes relativamente às quais o legislador entende como suficiente e adequada a tutela contraordenacional, sendo estas condutas eticamente relevantes puníveis como contraordenações, por força do princípio constitucional da subsidiariedade do direito penal²². O reconhecimento da relevância prática destas contraordenações com conteúdo ético já levou ALEXANDRA VILELA a apelar, na sua tese de doutoramento, a uma reforma do regime punitivo das contraordenações «a duas velocidades», consoante o direito contraordenacional tenha ou não um conteúdo ético-social²³. A doutrina está dividida quanto a esta proposta de reforma, tendo a concordância de SILVA DIAS²⁴, mas a discordância de MÁRIO MONTE²⁵.

1. Consequências práticas da teoria moderna para o art.º 8.º

Um dos principais autores precursores deste entendimento moderno das contraordenações tem sido COSTA PINTO (1997²⁶, 2002²⁷). Este aponta para o facto de, ao ter consagrado uma modelo dualista do regime do erro no RGCO, à semelhança do CP, o legislador pressupõe necessariamente um dualismo ético no que concerne às Contraordenações. De forma clarividente diz o Autor: «(...) no campo do Direito de Mera Ordenação social se terá de afinal de reconhecer que existem condutas axiologicamente neutras a par de condutas axiologicamente relevantes, e não apenas as primeiras, pois só assim é que a adoção legal do regime dualista do erro sobre a proibição neste ramo do Direito adquire sentido».²⁸ Este entendimento repercutiu-se na teoria do erro sobre a proi-

²² Azevedo, Tiago, 2011: 110

²³ Vilela, Alexandra, 2013: 307 a 311, e 403

²⁴ Dias, Augusto Silva, 2018: 35

²⁵ Monte, Mário, 2014: 71, 166 a 168

²⁶ Pinto, Frederico Costa, 1997: 257

²⁷ Pinto, Frederico Costa, 2002: 673

²⁸ Pinto, Frederico Costa, 1997: 257

bição e do erro sobre a ilicitude. São essencialmente três as situações relevantes no âmbito do art.º 8 do RGCO, como apontam, por exemplo, o TCA-Sul²⁹ e o TRG³⁰: o erro sobre a ilicitude da ação; o erro sobre a existência de um dever de garante e o erro sobre o significado dos elementos normativos do tipo.

O erro sobre a ilicitude da ação é um erro direto sobre a proibição no tipo comissivo. É o caso do agente que desconhece as alterações legislativas que importam responsabilidade contraordenacional, por exemplo, restringindo o regime de autorização, habilitação ou licenciamento de exercício de direitos, por estas alterações não terem sido amplamente difundida. Por exemplo, não há dolo se o agente adquiriu a arma de alarme quando sabia que a sua aquisição era legal e desconhece que, posteriormente, o legislador entendeu dever sancionar tal conduta como contraordenação³¹. Noutro exemplo, a não prestação de contas nas eleições para os órgãos autárquicos na primeira vez que a lei a previu deve ser tratada como um erro sobre a proibição, no seguimento do entendimento da Conselheira FERNANDA PALMA no seu voto de vencida junto ao acórdão do TC n.º 516/99. Tal como o TC reconhece, «[t]al circunstância alguma influência terá tido no comportamento dos proponentes de candidaturas de cidadãos eleitores, que ainda não teriam apreendido na íntegra as consequências das suas omissões, e alguma relevância há-de merecer.» A solução do TC da dispensa de pena por culpa atenuada da agente da contraordenação trata incorretamente o problema, que se coloca logo ao nível do elemento subjetivo do tipo³².

²⁹ Acórdão do TCA-Sul, de 7-11-2019, processo 995/19.0BELSB

³⁰ Acórdão do TRG, de 20.11.2017, processo 51/17.6T8CMN.G1

³¹ Acórdão do TRP, de 7.11.2012, processo 1245/11.3TBVLG.P1, e acórdão do TRG, de 21.1.2013, processo 986/10.7PCBRG.G1, que enquadram uma situação de erro sobre a proibição como falta da consciência da ilicitude não censurável à luz do artigo 9.º

³² Noutro caso do TRL, o tribunal entendeu que não se verificava uma situação de erro sobre a proibição de um comerciante que explorava máquinas de jogo, alegando que desconhecia que era proibido o jogo fora dos locais a tal destinados, pois, no entender do TRL, até o cidadão comum teria esse conhecimento (acórdão do TRL, de 3.10.2001, processo 0045993).

O erro sobre a existência de um dever de garante é um erro direto sobre a proibição no tipo omissivo: o agente desconhece a norma que lhe impõe o dever de garante ou pensa erroneamente que a norma não lhe é aplicável. Concordando com a aplicação do art.º 8.º a estes casos, estão FREDERICO COSTA PINTO³³, AUGUSTO SILVA DIAS³⁴, ANTÓNIO COSTA e JOSÉ FIGUEIREDO³⁵. Por exemplo, o empregador tem a obrigação legal de obter a informação sobre a situação documental do cidadão estrangeiro, cujo trabalho utilizou mediante remuneração, e sobre os requisitos necessários a que pudesse admiti-lo a prestar a atividade que prestava, no âmbito do seu dever de garante sobre o trabalhador³⁶.

O erro sobre o significado dos elementos normativos do tipo é um erro sobre um elemento específico (elemento normativo) do tipo, que obsta à subsunção dos factos ao tipo, como aponta AUGUSTO SILVA DIAS³⁷. Nestes casos, o autor representa erradamente os elementos normativos a que há-de estender-se o dolo segundo o correspondente tipo de contraordenação. Por exemplo, o TRL³⁸ enquadrou esta situação no âmbito do art.º 8.º num caso em que o agente considerou que não era destinatário de uma norma dirigida ao «responsável pela colocação do produto no mercado», uma vez que não era fabricante do produto, mas mero retalhista.

2. Consequências práticas da teoria moderna para o art.º 9.º

Por sua vez, num contexto de preponderância crescente das contraordenações axiologicamente relevantes, deveria expandir-se significativamente o campo de aplicação do art.º 9.º, uma vez que o art.º 8.º seria esvaziado de conteúdo no que concerne às contraordenações com rele-

³³ Pinto, Frederico Costa, 1997: 256

³⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, 2018: 111

³⁵ Costa, António Augusto, e José Miguel Figueiredo e Figueiredo, 2021: 66

³⁶ Acórdão do TRG, de 20.11.2017, processo 51/17.6T8CMN.G1.

³⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, 2018: 109

³⁸ Acórdão do TRL, de 8.2.2017, processo 280/16.0YUSTR.L1-3

vância ética. O erro sobre as proibições relativamente às ditas «grandes contraordenações» deveria ser tratado no âmbito do artigo 9.º. Contudo, a jurisprudência ainda não acompanhou este movimento e continua a apontar essencialmente para duas situações no art.º 9.º: o erro sobre existência e os limites de causa de justificação e o erro sobre a validade da norma³⁹. Aliás, esta jurisprudência restritiva do artigo 9.º tem sido criticada pela doutrina⁴⁰.

No erro sobre a existência e os limites de uma causa de justificação, o agente supõe a existência de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa que erroneamente julga reconhecida pelo ordenamento jurídico (erro sobre a existência) ou ignora os limites jurídicos de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa (erro sobre os limites). Ao agente falta a consciência da ilicitude, por errónea suposição de uma norma permissiva ou dos seus limites. Por exemplo, o TRP em 2007⁴¹, entendeu que incorria em erro sobre a consciência da ilicitude um agente que supõe que pode retirar o prémio de assiduidade aos trabalhadores que deram faltas por motivo de greve com base no entendimento de que incorreram em faltas de trabalho. Este mesmo tribunal entendeu em 2021⁴² que a mesma solução se aplica a um agente que compensou o subsídio de férias dos empregados com dias de férias gozados.

Quanto ao erro sobre a validade da norma, verifica-se quando o agente supõe erroneamente que a norma seja inconstitucional ou nula, como sustentam SILVA DIAS⁴³, MÁRIO MONTE⁴⁴, e ANTÓNIO COSTA e JOSÉ FIGUEIREDO⁴⁵. Também relevam aqui os casos em que o erro do agente é

³⁹ Nestes precisos termos, acórdão do TCA-Sul, de 7.11.2019, processo 995/19.OBELSB, acórdão do TRG, de 20.11.2017, processo 51/17.6T8CMN.G1, e acórdão do TRE, de 3.12.2013, processo 94/13.9YREVR.

⁴⁰ Vilela, Alexandra, 2013: 567, que se refere à prática judicial generalizada de julgar improcedente a invocação do artigo 9.º

⁴¹ Acórdão do TRP, de 19.3.2007, in CJ, XXXII, 1, 227

⁴² Acórdão do TRP, de 14.7.2021, 3226/20.7T8OAZ.P1

⁴³ Silva, Augusto Silva, 2018: 111 e 129

⁴⁴ Monte, Mário, 2014: 163

⁴⁵ Costa, António, e José Figueiredo, 2021: 68

suscitado por uma conduta da administração. Por exemplo, o TRP em 1988⁴⁶ considerou que o erro sobre a ilicitude era aplicável à situação em que o agente é induzido em erro por ofício de um Instituto Oficial que suscita dúvidas. Ainda um outro exemplo é dado pelo TRG de 2003⁴⁷, que rejeitou o erro sobre a proibição no caso de um agente que alegava que a norma administrativa em causa era geralmente desobedecida pela maioria das empresas sem oposição da autarquia.

3. Censurabilidade do erro sobre a ilicitude

Cumpr agora densificar as condições de censurabilidade do erro sobre a ilicitude. A jurisprudência debruçou-se sobre esta matéria, tendo concluído pelo recurso a três critérios para apurar da censurabilidade do erro, designadamente nos acórdãos do TRP de 2011⁴⁸ e de 2021⁴⁹: (1) a exigibilidade do conhecimento de obrigações legais que se intensifica pelo nível de profissionalismo de alguns agentes; (2) a falta de diligência na obtenção de informação (e.g. agentes com acesso fácil a consultores jurídicos); (3) a apreciação ética da indiferença do arguido perante os valores protegidos pela norma, estando ausente uma reta consciência ético-jurídica. Há também, no entender de certa doutrina, critérios de exigibilidade adequados ao circuito económico e profissional onde se insere o agente, que redundam numa «exigibilidade intensificada» pelas circunstâncias do caso, por exemplo, por facilidade de conhecimento das normas vigentes ou de acesso a informação relevante, ou pela qualidade do agente, por exemplo, em função do tempo de exercício da profissão assumido pelo agente⁵⁰. Quer aquela jurisprudência quer esta doutrina que a acompanha me pare-

⁴⁶ Acórdão do TRP, de 21.9.1988, in CJ, XIII, 4, 212

⁴⁷ Acórdão do TRG, de 29.9.2003, in CJ, XXVIII, 4, 290

⁴⁸ Acórdão do TRP, de 23.03.2011, processo 800/10.3TBVLG.P1

⁴⁹ Acórdão do TRP, de 14.7.2021, 3226/20.7T8OAZ.P1

⁵⁰ Assim também, Pinto, Frederico Costa, 1997: 257, 2000: 311, e 2003: 670.

cem exageradas, porquanto o dolo é ficcionado com base em competências técnicas supostas, como se todos os profissionais conhecessem as regras técnicas da sua área de atuação. Deste modo, o dolo é «objectivado e presumido»⁵¹.

IV. CULPA NO DMOS – QUO VADIS TC?

Do terceiro critério de censurabilidade do erro sobre a ilicitude apontado pela jurisprudência – a reta consciência ético-jurídica – resulta uma aproximação dogmática à culpa própria do Direito Penal. Tradicionalmente, entendia-se que a culpa contraordenacional não se identificava com a culpa penal, pois não tem o mesmo substrato axiológico, ligado à personalidade e à atitude interna do agente. Antes se baseia, como apontam FIGUEIREDO DIAS e COSTA PINTO numa «adscrição social de uma responsabilidade»⁵², ou, acentuando a diferença entre os regimes, FARIA COSTA afirma que «[o] juízo de censura que se faz ao agente nas contraordenações não é sustentado, nem sequer como limite, na ideia da culpa»⁵³.

Todavia, o TC entendeu que, «não pondo em dúvida que os princípios da proporcionalidade e da igualdade e mesmo o princípio da culpa também vinculem o legislador na configuração dos ilícitos contravencionais (como nos de contraordenação) e respetivas sanções, é diferente o limite que deles decorre para a discricionariedade legislativa».⁵⁴ Volvidos cinco anos, o TC inverteria a jurisprudência, sustentando que «é sabido que o princípio jurídico-constitucional da culpa (fundado na dignidade da pessoa humana) não vale, como parâmetro, no domínio das contraordenações»⁵⁵. Esta posição não foi mantida no acórdão do TC n.º 201/2014 – também

⁵¹ Como conclui muito justamente, Augusto Silva Dias, 2018: 107.

⁵² Dias, Jorge de Figueiredo, 1983 a: 29, seguido por Pinto, Frederico Costa, 2003: 668.

⁵³ Costa, José de Faria, 2001: 10

⁵⁴ Acórdão do TC n.º 344/2007

⁵⁵ Acórdão do TC n.º 85/2012

citado pelo acórdão do TC n.º 338/2018 – que reafirmou a existência de uma culpa contraordenacional: «culpa, nesse contexto, se traduz na ideia de imputação do facto à responsabilidade social do seu autor, que serve como especial advertência ou reprimenda relacionada com a observância de certas proibições ou imposições legislativas». Esta errática jurisprudência constitucional numa matéria tão vetorial quanto o substrato culposo dos ilícitos de mera ordenação social tem sido muito criticada pela doutrina e, em especial, por NUNO BRANDÃO⁵⁶ e ALEXANDRA VILELA⁵⁷.

V. CONCLUSÃO

A transformação imposta pelos crescentes desafios da economia do séc. XXI exigiu que a malha do erro no ilícito de mera ordenação social fosse apertada, sob pena de assistirmos a um processo de crescente irrelevância das contraordenações. Sinal disso mesmo é o artigo 9.º do novo RJCE que introduz a expressão “cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude”, tendo em consideração que há certas condutas punidas como contraordenações económicas que já têm, por si só, carga axiológica negativa que faz com que não seja essencial que o agente conheça a proibição para orientar a sua conduta pela norma⁵⁸. Neste novo campo de dogmática movediça, a

⁵⁶ Nuno Brandão (2016: 932) critica severamente o TC, dizendo que «não há da parte do Tribunal um esforço, por mínimo que seja, no sentido de dar a conhecer a sua ideia acerca da matriz ética da culpa pressuposta pela Constituição», pois «o Tribunal não é minimamente consequente com a metodologia escolhida, já de si equivocada, preferindo antes lançar um apriorístico e genérico juízo de indiferença ética de qualquer realidade normativa contra-ordenacional com que se cruze, mesmo quando salte à vista a sua eminente relevância axiológico-constitucional».

⁵⁷ Alexandra Vilela (2013: 555) defende um «princípio da culpa amplo, capaz de se adaptar não só ao ilícito destituído de conteúdo ético-social, como também aos de pendor ético-social», valendo para o primeiro grupo de contraordenações «um princípio de culpa flexibilizado», enquanto para o segundo grupo valeria «o princípio da culpa tal como o conhecemos no âmbito do direito penal».

⁵⁸ Costa, António, e José Figueiredo, 2021: 65

coloração do regime do erro e a densificação do conceito de culpa nas contraordenações assumem-se como desafios prementes com consequências práticas de enorme relevância.

Destarte, se a realidade fática e as mudanças socioeconómicas justificaram indubitavelmente a existência de uma «contrarrevolução» contraordenacional com vista a salvar a relevância prática deste ramo do direito, fizeram-na à custa da coerência dogmática que o sustentava desde que Eduardo Correia o importara. Esta evolução do direito revela que, nesta matéria, o legislador se tem orientado exclusivamente por uma «perspetiva utilitarista de eficácia da prevenção contraordenacional»⁵⁹, sem a oposição do TC, mas antes com a sua conivência. Tem, por isso, inteira razão FARIA COSTA quando conclui, secundando o voto dissidente do Juiz BERNHARD no famoso caso *Oztürk v. Alemanha*, que a discriminação operada pelo direito de mera ordenação social constitui fundamentalmente um exercício de qualificação nacional da ilicitude, com consequências práticas significativas no âmbito do erro e da culpa⁶⁰.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE

2011: *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, UCE (com segunda edição de 2022, em coautoria com GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE).

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

2001: *O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza de um acórdão do Tribunal Constitucional*, in RLJ, ano 134, pp. 300 a 324.

AZEVEDO, TIAGO LOPES DE

2020: *Lições de direito das contraordenações*, Coimbra, Almedina.

⁵⁹ Acórdãos do TC n.º 240/2013 e 683/2013

⁶⁰ Costa, José de Faria, 1986: 173.

BRANDÃO, NUNO

2016: *Crimes e Contra-Ordenações. Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE

2003: *Direito Penal – Parte Geral, Questões fundamentais*, Porto, UCE.

CORREIA, EDUARDO

1973: *Direito penal e direito de mera ordenação social*, in BFDUC, vol. XLIX, pp. 257 a 281 e republicado in *Direito Penal Económico e Europeu, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 3 a 18, de que se cita.

1983: *As grandes linhas da reforma penal*, in CEJ, Jornadas de direito criminal, O Novo Código Penal português e Legislação Complementar, Lisboa, CEJ.

COSTA, JOSÉ DE FARIA

1981: *Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade objetiva no direito penal português*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, Almedina.

1986: *Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif penal*, in BFDUC, LXII, pp. 141-182.

1998a: *A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social* in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 109-144.

1998b: *Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 207-B/75 e o direito penal económico* in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 277-293.

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

COSTA, ANTÓNIO AUGUSTO, e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO

2021: *Regime jurídico das contraordenações económicas anotado*, Lisboa, AAFDL.

DIAS, AUGUSTO SILVA

2018: *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra, Almedina (com nova edição de 2022, em coautoria com RUI SOARES PEREIRA).

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

1983 a: *O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social*, in CEJ, Jornadas de direito criminal: O Novo Código Penal português e Legislação Complementar, I, Lisboa: CEJ, pp. 317 a 336, e republicado in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 19 a 34.

1983 b: *Para uma dogmática do direito penal secundário, Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*, in RLJ, ano 116.º, pp. 263 ss, e ano 117.º, pp. 7 ss, e republicado in *Direito Penal Económico e Europeu, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 35 a 74.

2007: *Direito Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora.

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE

1992: *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, 4.ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo.

MONTE, MÁRIO FERREIRA

2014: *Lineamentos de Direito das Contraordenações*, Braga, AEDUM.

MOUNTINHO, JOSÉ LOBO

2008: *Direito das contra-ordenações, Ensinar e investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora.

PEREIRA, ANTÓNIO BEÇA

2017: *Regime geral das contra-ordenações e coimas, Anotação ao Decreto-Lei n.º 433/82*, 12.ª edição, Coimbra, Almedina.

PINTO, FREDERICO LACERDA DA COSTA

1997: *O direito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, in RPCC, ano 7, pp. 7 a 100, e republicado in *Direito Penal Económico e Europeu, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 209 a 276.

2000: *Tendências da jurisprudência sobre contra-ordenações no âmbito do mercado de valores mobiliários (estatuto processual da CMVM na fase de impugnação judicial e critérios de censurabilidade do erro sobre a ilicitude)*, in RFDUL, vol. XLI, n.º 1, pp. 299 a 313.

2002: *As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do direito penal sancionatório*, in Themis, Revista da UNL, ano III, n.º 5, pp. 87

a 100, e republicado in *Direito Penal Económico e Europeu*, Volume III, Textos Doutrinários, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 681 a 692.

2003: *Erro e consciência da ilicitude em infracções contra o mercado de valores mobiliários*, in *Sistemas penales iberoamericanos: Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima, ed. ARA, e republicado in *Direito Penal Económico e Europeu*, Volume III, Textos Doutrinários, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 661 a 678.

RIBEIRO, JOÃO SOARES

2011: *Contra-ordenações laborais, regime jurídico (anotado)*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina.

SANTOS, MANUEL SIMAS e SOUSA, JORGE LOPES DE

2011: *Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral*, 6.ª edição, Lisboa, Áreas Editora.

VILELA, ALEXANDRA

2013: *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de «recorrência» e a de «erosão» do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora.