

A SEGUNDA PARTE DO REGIME GERAL DO ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL: UM DIREITO PROCESSUAL MUITAS VEZES IGNORADO¹

ALEXANDRA VILELA

Professora auxiliar da FDULP

Investigadora do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto e Membro integrado do CIDPCC – Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais

Doutora em Direito

Sumário:

1.- O porquê do tema; 2.- Notas introdutórias 2.1- Considerações prévias 2.2. - Mas afinal o que é uma contra-ordenação? 2.3. - Algumas regras referentes às contra-ordenações; 3.- O direito processual do ilícito de mera ordenação social; 4.- Por que considero que o direito processual contido no RG é muitas vezes ignorado; 5.- Conclusão

1.- O porquê do tema

Trago, hoje, aqui, um tema que me é muito caro e de que muito gosto. Mas não. Não é por este motivo que pretendo chamar para o debate o ilícito de mera ordenação social. Na verdade, escolhi-o, pois sei que não há, aqui no Brasil, uma infracção semelhante àquela que em Portugal é própria do ilícito de mera ordenação social: a contra-ordenação. Há, em contrapartida, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, aquilo a que Nelson Hungria, a seu tempo, apelidou de crime-anão ou, usando a expressão da lei, a contravenção, sendo ela definida pela Lei de Introdução ao Código Penal, no seu artigo 1.º, como a “*infracção penal a que a lei cominam isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”. Como sabem muito melhor do que eu, o seu regime está previsto no DL n.º 3.688/ 1941, de 3

¹ O presente texto aparece sem notas de rodapé e escrito em linguagem coloquial pois corresponde à conferência efectuada no dia 10/06/2013, no âmbito do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada da PUC de Minas Gerais, Brasil. Neste momento, decidi-me pela sua publicação para dar um texto de apoio aos estudantes dos primeiros ciclos de Direito e de Solicitadoria da ULP.

de Outubro de 1941 e o seu processo previsto na Lei n.º 9099/95, isto é, na Lei do JECRIM. Ressalto, no entanto, que, segundo me pude aperceber, casos há que em Portugal integram uma contra-ordenação e no Brasil essa mesma infracção, assim classificada em Portugal, constitui uma contravenção.

Gostaria de levar a cabo, aqui e agora, uma dupla tarefa: por um lado, fazer a apologia desta infracção face ao mundo híper-complexo em que vivemos nos dias de hoje. Por outro, efectuar uma brevíssima reflexão sobre o processo contra-ordenacional português, dizer-lhes qual a tramitação processual da contra-ordenação, à luz do RGCO e, por fim, concluir explicando os motivos pelos quais este mesmo regime é tantas vezes ignorado.

2.- Notas introdutórias

2.1- Considerações prévias

Antes, porém, julgo pertinente deixar apontadas duas ou três notas sobre esta infracção que, entre nós, não é considerada de natureza penal: a contra-ordenação portuguesa, filha inquestionável da sua congénere alemã, é uma categoria dogmática complexa e que tem vindo a ganhar um espaço muito importante – e também amplo – na ordem jurídica portuguesa. Com efeito, muitas das vezes, quando o legislador português pretende criar infracções para específicos campos, como seja o ambiental, o informático, o da saúde, o da regulação da concorrência, recorre não só ao ilícito penal, como também ao de mera ordenação social.

Note-se que o que vimos de dizer nada tem de crítico. Bem ao contrário: é por aí que podemos e devemos fazer a apologia da contra-ordenação: na verdade, se bem vemos a questão, a existência desta ao lado do crime permite ao legislador criar a infracção (penal ou contra-ordenacional) adequada à específica situação que pretende prever, assim evitando criminalizar uma conduta que verdadeiramente não o deveria ser. Acresce que com as duas infracções a coexistirem lado a lado, o destinatário da norma compreende, também, que apesar de tudo são ilícitos diferentes, sendo o penal mais gravoso.

Em Portugal, embora seja claro que ela não possui natureza penal, no sentido de que o CP apenas considera a existência do crime, há uma discussão acerca do lugar que elas ocupam no ordenamento jurídico, sobre a sua distinção face aos crimes, quanto aos princípios que lhe devem presidir, não só sob o ponto de vista material, como também sob o processual, entre outros.

Assim, se é certo que eu as entendo como pertencendo à ciência do direito penal total ou conjunta – assim acompanhando FARIA COSTA –, embora qualitativamente diferentes dos crimes, a verdade é que muitos outros consideram-nas matéria do foro administrativo e, conseqüentemente, matéria a ser tratada no âmbito daquele mesmo direito (com este entendimento, *v.g.*, FIGUEIREDO DIAS).

Considero, ainda, que a diferenciação do ilícito de mera ordenação social face ao penal não se pode, nem se deve reconduzir a uma questão de quantidade, sendo certo, no entanto, que, segundo a minha opinião, há um conjunto de contra-ordenações que se aproximam muito da ilicitude penal, porquanto protegem bens jurídicos com dignidade penal, relativamente aos quais não há necessidade de sanção penal, mas apenas de sanção contra-ordenacional. Por isso, segundo o meu ponto de vista, as contra-ordenações são uma espécie de infracções que, actualmente, em Portugal abarcam, de um lado, infracções de natureza preventiva (as que colocam em causa interesses indeterminados e as destinadas essencialmente ao cumprimento de deveres administrativos, bem como à ordenação e promoção do bem-estar social) e, do outro, as contra-ordenações que ofendem bens jurídicos portadores de dignidade penal.

Decorre do exposto, que não é defensável dizer que as contra-ordenações são uma espécie de crimes-anões, daqui surgindo já uma primeira diferença face à contravenção brasileira.

2.2. - Mas afinal o que é uma contra-ordenação?

Tal como acima fiz para a contravenção, socorro-me da letra da lei para a definir: nos termos do artigo 1.º do DL n.º 433/82, diploma que instituiu o RGCO, é uma infracção ilícita e censurável para a qual a lei comine uma coima que, por sinal, é a sanção principal única do ilícito de mera ordenação social. Como vemos, esta é uma outra diferença face à contravenção existente no Brasil, pois que ela é passível de ser punida com multa e com prisão (artigo 5.º da Lei das Contravenções). No entanto, dizer isto é algo pouco esclarecedor, pois ao presente momento existem contra-ordenações que não são punidas com coima. É o caso, por exemplo, do diploma onde se encontra previsto o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, previsto na Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, que pune as contra-ordenações, por exemplo, com sanções não pecuniárias (v.g., artigo 15.º/1).

Concluimos, por conseguinte, que o critério formal usado pela lei não nos dá uma precisa indicação sobre o que seja uma contra-ordenação. Daí que, como já vimos, haja tanta dificuldade em defini-las e caracterizá-las em Portugal.

Podemos precisar, todavia, que elas existem entre nós desde 1982 e foram trazidas para Portugal pelo Professor Eduardo Correia, pai do CP de 1982. No entanto, importa ressaltar que ele as pensou enquanto pertencentes a um certo ilícito administrativo que não implicava a violação do mínimo ético. Defendia-as como destinadas a ordenar a vida em sociedade e a prevenir certas ofensas, sendo certo que, como já vimos, ao presente momento, elas são muito mais do que isso. Pelo menos segundo o meu ponto de vista.

2.3. – Algumas regras referentes às contra-ordenações

Dito isto, vejamos, agora, algumas normas contidas no seu RGCO, para, posteriormente, atendermos ao seu traçado processual. Gostaria de começar por vos dizer – e por aqui bem se vê que elas representam mais do que a simples violação de deveres administrativos – que o CP, nos termos do artigo 32.º, é aplicável subsidiariamente às questões substanciais que o seu regime geral não resolva.

Quanto a elas são válidos os seguintes princípios: *a) princípio da legalidade e da tipicidade* (artigo 2.º): logo não pode haver nenhuma contra-ordenação desde que não se encontre descrita na lei. Isto é, é necessário que uma norma diga expressamente que aquela conduta é sancionada pelo direito de mera ordenação social; *b) princípio da não retroactividade da lei* (artigos 5.º e 3.º, n.º 2): isto é, vale, em matéria de aplicação de lei

no tempo, a lei em vigor ao momento da prática da contra-ordenação e não a lei que entre em vigor posteriormente. Porquê? Porque estão em causa infracções e os cidadãos devem saber se elas existem a fim de decidirem livre e conscientemente praticá-las ou não. Não obstante, à semelhança do que acontece no âmbito do direito penal, aqui podemos proceder à aplicação da lei nova, isto é, aquela que não estava em vigor ao momento da prática da contra-ordenação, desde que ela se venha a revelar mais favorável, embora no direito contra-ordenacional não haja a colisão com o caso julgado; *c) princípio da territorialidade em sentido estrito* (artigo 4.º e 6.º): vigora aqui um estrito princípio da territorialidade, tal como acontece com as contravenções penais brasileiras (artigo 2.º da LPC), complementado com o critério do pavilhão, sendo certo que o local da prática da infracção determina-se exactamente nos mesmos moldes em que o da lei penal; *d) princípio da responsabilidade irrestrita das pessoas colectivas*: contrariamente ao que sucede com o direito penal, no ilícito de mera ordenação social elas podem ser responsabilizadas pela prática de toda e qualquer contra-ordenação.

3. – O direito processual do ilícito de mera ordenação social

Entrando agora no particular ponto que pretendo trazer-vos, passo, de imediato, para o traçado processual das contra-ordenações, previsto entre os artigos 33.º a 58.º, do RGCO, para, posteriormente, vos dar nota de que ele é na verdade um direito processual muitas vezes ignorado.

Desde já saliento que o processo contra-ordenacional, numa primeira fase, é tratado pelas autoridades administrativas, mas, ainda assim, não podemos esquecer que o processo penal é elevado à categoria de direito subsidiário (artigo 41.º/n.º 1) deste RGCO. Em caso de concurso entre crime e contra-ordenação, o processamento da contra-ordenação cabe às autoridades com competência para o processo criminal (artigo 38.º). No mesmo sentido corre a norma que impõe às autoridades administrativas a remessa dos autos ao MP se suspeitarem que os factos integram um crime e não uma contra-ordenação (artigo 40.º).

Iniciar ou não o processo contra-ordenacional, à semelhança do que se passa com as vossas contravenções (artigo 17.º da LCP), não é algo que esteja na livre vontade da administração, pois que o processo inicia-se oficiosamente, fruto da participação das autoridades policiais ou fiscalizadoras ou devido à existência de uma denúncia particular (artigo 54.º/1), devendo, aquelas, obediência ao princípio da legalidade (artigo 43.º). Há, todavia, algumas marcas do princípio da oportunidade,

como é o caso da retirada da acusação (artigo 65.º-A) e da revogação da decisão (artigo 62.º), que não são, todavia, suficientes para podermos afirmar que há uma ideia de oportunidade neste regime processual. Não há, também em sede do regime geral manifestações de mediação penal, sendo certo que neste aspecto considero ser de destacar o facto de essa mesma ideia se encontrar claramente presente nos artigos 60.º e 62.º, da Lei referente aos Juizados Especiais Criminais, pois que aí se estatui que o processo, para além de se orientar “*pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade*”, não perde de vista a reparação dos danos sofridos pela vítima, bem como a composição e a transacção penal.

Entrando, agora, especificamente na tramitação processual, há, como já referi, uma primeira fase, que eu entendo que se deveria designar por fase organicamente administrativa, já que é a administração a titular desta fase processual: a ela pertence a competência para o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas e das sanções acessórias, nos termos do artigo 33.º do mencionado diploma legal, sendo também a ela que está atribuída a instrução do processo. E, depois – como dizia –, pode haver lugar a uma outra fase, a judicial, se, e apenas, na hipótese de o arguido não se conformar com a decisão proferida pela autoridade administrativa. Na verdade, com a apresentação do recurso por parte do arguido, fruto da sua não conformação com a decisão administrativa, inicia-se uma fase que decorre no âmbito judicial. Se quisermos, ali começa um verdadeiro processo judicial.

Vejamos, todavia, mais de perto os diferentes momentos de cada uma destas fases, começando pela primeira: o processo inicia-se com a remessa do auto de notícia da polícia ou dos agentes de fiscalização às autoridades administrativas, juntamente com as provas recolhidas (artigo 48.º) e, sob a égide da administração decorre a instrução, ouvindo testemunhas, que não são ajuramentadas (artigo 44.º) e estão obrigadas a obedecer às autoridades administrativas, nos termos do artigo 52.º e, entretanto, se for aplicada qualquer medida contra o arguido que não esteja prevista no regime geral, a mesma pode ser impugnada judicialmente, nos termos do artigo 55.º.

Dado que nos encontramos dentro de um direito sancionatório, todo ele imbuído dos princípios penais, é claro que antes de a decisão final ser proferida, o arguido tem o direito de apresentar a sua defesa, a sua prova e bem assim requerer diligências de prova. Isto é o que está previsto no artigo 50.º do RGCO, cabendo a cada um dos diplomas que regulam a respectiva infracção fixar o modo como a defesa pode ser efectivada (oralmente ou por escrito e o respectivo prazo, por exemplo). Finda a fase

instrutória, a autoridade administrativa ou arquiva os autos ou profere a sua sanção condenatória, a qual deve conter todos os requisitos enumerados no artigo 58.º.

Como podemos verificar, contrariamente ao que sucede com o direito processual penal português, este processo não possui uma estrutura acusatória, caracterizada pelo facto de o órgão que oferece a acusação não poder julgar e vice-versa. Devo confessar que este é um dos pontos em que gostaria de ver alterado o processo contra-ordenacional, a fim de impedir que as pessoas envolvidas no inquérito, posteriormente possam proferir decisão final. No fundo, entendo que seria suficiente a adopção desta medida.

E, uma vez aqui chegado, o arguido, no caso de não se conformar com a decisão condenatória recorre para o tribunal da comarca onde os factos foram praticados e se consideram consumados, nos termos do artigo 59.º. O prazo é de 20 dias (59.º/3) e a sua contagem suspende-se aos sábados, domingos e feriados, nos termos do artigo 60.º. Este recurso é apresentado junto da autoridade administrativa, pois ela ainda tem a possibilidade de revogar a sua decisão, nos termos do n.º 2 do artigo 62.º. Na hipótese contrária, isto é, se ela entender que deve manter a sua decisão, então, em cinco dias (art. 62.º, n.º 1), procede ao envio dos autos para o tribunal. Mas atenção, não directamente para o Juiz, pois primeiro o recurso ainda irá ser apreciado pelo Ministério Público e este, depois, é que faz os autos presentes ao Tribunal. Aqui começa, pois, a segunda fase, a judicial e também facultativa.

Introduzido aqui um parêntesis para referir que a partir do momento em que os autos transitam para o ambiente judicial, segundo o meu entendimento, inicia-se um novo processo, agora judicial, e não um verdadeiro recurso ou impugnação, como erradamente a lei refere. Continuando: o Ministério Público, uma vez confrontado com os autos, deverá em cinco dias apresenta-los ao tribunal para que este decida, podendo, no entanto, retirá-los (que entretanto valem como acusação) a todo o tempo, até à decisão judicial.

Por sua vez, o tribunal, primeiro verifica se o recurso é extemporâneo e, se assim for, rejeita-o, bem como o rejeita se ele não obedecer às exigências de forma. E, nessa sequência, o juiz ou decide por despacho judicial (artigo 64.º) ou então marca julgamento (artigo 64.º, n.º 2), sendo certo que nessa audiência tem obrigatoriamente presença o Ministério Público, mas já não o arguido, nem a autoridade administrativa (artigo 70.º, n.º 1, última parte).

Em uma medida bastante controvertida em Portugal, desde 1995, existe no ilícito de mera ordenação social o princípio da proibição da *reformatio in pejus* (artigo 72.º A). Pode ainda haver recurso para a Relação nos termos do artigo 73.º.

4.- Por que considero que o direito processual contido no RG é muitas vezes ignorado

Para finalizar, gostaria de chamar a vossa atenção para o seguinte: toda a exposição que referi tem por base um diploma legal que se intitula Regime Geral das Contra-ordenações, ao qual fui aludindo ao longo desta exposição.

Todavia, sempre que estivermos perante um auto contra-ordenacional, não nos podemos quedar pela leitura e análise deste diploma. Porquê? Porque o legislador está permanentemente a instituir outros mini-regimes do ilícito de mera ordenação social, os quais não só derrogam este, como também lhe retiram a categoria de regime geral, ao erigi-lo simplesmente em direito subsidiário.

Veja-se, por exemplo, que a Lei-Quadro das Contra-ordenações ambientais inverte o sentido do artigo 8.º, n.º 1 do RGCO, segundo o qual “*só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência*” ao dispor no seu artigo 9.º que “*salvo disposição expressa em contrário, as contra-ordenações ambientais são sempre puníveis a título de negligência*”.

Acresce que, também ao arrepio do disposto no artigo 13.º do RGCO, que consagra que a tentativa só pode ser punida quando a lei expressamente o determinar, o artigo 40.º da Lei de Protecção de dados pessoais estatui que a tentativa é sempre punível.

Outros diplomas, ainda, instituem o regime da reincidência (v.g., de novo, a Lei-Quadro das Contra-ordenações ambientais), quando o RGCO não a consagra, nem expressa nem mesmo tacitamente. Ainda este mesmo diploma, ao arrepio das regras elementares de processo sancionatório e também sem base naquele regime legal, atesta no seu artigo 52.º-A que o “*pagamento da coima após a notificação da decisão administrativa que a aplicou preclui o direito de impugnação judicial relativamente à mesma*”.

Mas mais ainda: outros diplomas violam o princípio da proibição da *reformatio in pejus*. É o caso, por exemplo, do artigo 416.º, n.º 8 do Código de Valores Mobiliários, bem como o das contra-ordenações ambientais já referido (artigo 75.º). A isto se juntam os diplomas que consagram extensões enormes de oportunidade que se opõem ao

princípio da legalidade que preside ao processo contra-ordenacional, como acima vimos. É o caso do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas que, no seu artigo 3.º, deixa a contra-ordenação prevista no artigo 2.º sem punição quando o agente se submeter a tratamento espontâneo, indo mesmo ao ponto de estatuir que “*não é aplicável o disposto na presente lei*”. Ou ainda quando o mesmo diploma, no seu artigo 19.º, prevê a suspensão da execução da sanção, completamente ao arrepio do que se encontra previsto no regime geral.

Por fim, mas não em último lugar, este diploma vindo de referir consagra, também contra o artigo 1.º do regime geral, que há contra-ordenações que não são punidas com coimas, como expressamente estatui o artigo 1.º do RGCO.

5.- Conclusão

Do que ora vim de dizer não resulta que considere a contra-ordenação dispensável. Bem ao contrário. É justamente pela pertinência e sentido que ela faz no âmbito do nosso ordenamento jurídico que desejava vê-la melhor tratada. Que anseio por uma revisão do seu RGCO, mas uma revisão ponderada e global; uma revisão que leve em linha de conta as disparidades referentes à gravidade de umas e de outras contra-ordenações; uma reforma que não perca de vista que a contra-ordenação, embora não seja um ilícito penal, vive, não raro, paredes meias com ele; que pode contribuir para movimentos de despenalização e que, por isso mesmo, presta um serviço de monta à ciência do direito penal total ou conjunta.

Com efeito, tal como comecei por dizer, o tema é, para mim, muito caro. Por isso mesmo quero o melhor para a contra-ordenação e hoje, ao vir-vos falar dele, espero, pelo menos, ter despertado em vós a simpatia por ele.