

ILÍCITO PENAL ADMINISTRATIVO E ILÍCITO CRIMINAL

Pelo Prof. DOUTOR BELEZA DOS SANTOS

- a) Tentativa para diferenciar conceitualmente o ilícito penal administrativo do ilícito criminal (doutrinas de GOLDSCHMIDT e WOLF).
- b) Crítica desta doutrina.
- c) Sanções penais administrativas.

a) — *Tentativa para diferenciar conceitualmente o ilícito penal administrativo do ilícito criminal (doutrinas de Goldschmidt e Wolf)*

Da mesma maneira que há um *ilícito civil* a par do *ilícito criminal*, existe, segundo certa corrente de doutrina, um *ilícito penal administrativo* (1) que se diferenciaria estruturalmente do segundo

(1) É JAMES GOLDSCHMIDT o primeiro escritor que, baseando-se numa larga investigação histórica, contrapõe este ilícito, de carácter *essencialmente administrativo*, ao outro *ilícito criminal* e, paralelamente, o *direito administrativo penal* (*Verwaltungsstrafrecht*) ao direito penal judicial (*Justizstrafrecht*), considerando o primeiro como um ramo do direito administrativo e independente do segundo.

GOLDSCHMIDT procura fazer uma construção científica daqueles conceitos, deduzir as suas conseqüências lógicas e mostrar como o direito vigente e as necessidades práticas se encaminham para uma nítida separação dos dois ilícitos e seus efeitos (Vide *Verwaltungsstrafrecht* (1902) e várias monografias posteriores, dentre as quais nos permitimos destacar duas em que a sua doutrina aparece condensada: *Delikts obligationem des Verwaltungsstrafrechts* (1905) e *Le contravenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, no volume *Per il Cinquantenario della Rivista penale*, pág. 411).

A orientação de GOLDLCHMIDT foi seguida e desenvolvida por vários escritores, dentre os quais avulta ERIK WOLF que aprofundou os seus fundamentos,

pelos valores que ofende, pelo modo da ofensa e, conseqüentemente, pelo respectivo regime jurídico dos seus efeitos, quer de direito substantivo, quer de direito processual.

Esta diferenciação corresponderia a uma distinção da actividade do Estado nos seguintes termos: O direito delimita as esferas de poder ou antes do poder de querer (*Wollendürfen*) dos cidadãos e procura defendê-las por maneira que cada indivíduo não invada a dos outros. O desrespeito pela esfera de poder reservada a outrem será um facto *ilícito criminal*, se a respectiva sanção fôr uma pena. Os interesses ofendidos são *bens jurídicos*, individuais, a respectiva defesa será exercida pela *justiça penal* e as sanções serão verdadeiras *penas*.

Mas a actividade do Estado dirige-se não só nêste sentido, mas ainda no de promover o *bem estar e progresso geral*, o que é uma *actuação administrativa*, perfeitamente distinta da defesa das esferas de poder individuais, isto é, da actuação da *justiça* a que acabamos de referir-nos.

Esta última forma de actividade do Estado, a da *justiça criminal*, tende a evitar um *dano*: a outra, a da administração, tem em vista obter um *lucro*.

Os cidadãos são chamados a colaborar com a administração nessa actividade a favor do *bem estar e melhoramento comum*; a

esforçando-se por mostrar que a diferença dos dois ilícitos não é uma distinção lógico-formal de conceitos ou simples empírica distinção de fins, mas de *sentido* e de *valores*. Ao passo que o direito penal (*Justizstrafrecht*) protege *bens jurídicos*, que traduzem *valores de justiça*, diz WOLF, o *direito administrativo penal* defende *bens administrativos* (*Verwaltungsgüter*) em que se realizam *valores do bem geral* (*Wohlfahrtswerte*). Os primeiros valores, isto é, da *justiça*, correspondem à visão do mundo a que WOLF chama *legitimismo*, e que tem a sua expressão mais aguda no princípio de que *«fiat justitia pereat mundus»*; os segundos valores, isto é, os do bem geral realizado pela administração, correspondem à visão do mundo a que WOLF chama *salutismo* e que se traduzem no máximo de intensidade pela afirmação *«salus publica suprema lex»*. — Vide o seu estudo *Die Stellung des Verwaltungsdelikts im Strafrechtssystem*, in Frank Festgabe, segundo volume, pág. 516 a 588. Vide do mesmo autor *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, pág. 33. Entre nós parece inclinar-se para esta orientação o professor CAVALEIRO DE FERREIRA, nas *Lições de direito penal* (1940-1941), pág. 158 e 159.

falta dessa colaboração é um *facto ilícito* e, se a administração o pune, será um *facto ilícito criminal*, mas com características e efeitos muito diversos dos crimes previstos e punidos pelo direito criminal. Aquêlê *facto ilícito* não representa, como êste, uma ofensa dos interêsses dos outros cidadãos, que o direito protege com a ameaça e execução penal; não é uma invasão do *poder de querer* de outrem, da esfera jurídica alheia, não é uma lesão ou perigo de lesão ilícita de bens jurídicos; é apenas uma falta para com a administração, o não cumprimento de um dever para esta, quando actua no sentido do *bem estar geral*. Aqui o *facto ilícito* obsta a que se alcance uma vantagem (*lucrum cessans*), ao passo que o *facto ilícito criminal* da primeira espécie dá lugar a um *dano* ou *perigo de dano* (*damnum emergens*). Nêste caso há uma ofensa de bens jurídicos, isto é: lesão ou ameaça de lesão, ao passo que no *ilícito penal administrativo* há uma *simples desobediência* às ordens da administração, a simples falta de cumprimento de uma obrigação para com esta.

Por isso, o ilícito criminal administrativo dá lugar a uma relação jurídica entre a administração e os cidadãos, sendo aquela o sujeito do direito e êstes os obrigados ao cumprimento do dever (1), da mesma maneira que no direito criminal há, paralelamente, uma relação entre a justiça e o agente da infracção criminal.

Destas diferenças iniciais resultam normas próprias do *direito administrativo penal*. Assim: nêste, ao contrário do direito criminal, as pessoas colectivas têm capacidade delitual, existe a responsabilidade por culpa alheia e a culpabilidade, elemento

(1) GOLDSCHMIDT diz que, no direito criminal administrativo, o delinqüente aparece como um vulgar sujeito jurídico de obrigação, como *obrigado à pena em relação à administração*, análogamente, *mutatis mutandis*, ao devedor de direito privado. Em *direito penal* diz-se: «*quem praticar tal facto será punido*». Em *direito administrativo penal* prescreve-se, como no direito das obrigações civis: «*quem dolosamente ou por negligência não cumprir um dever jurídico administrativo, é obrigado ao pagamento de uma multa*». O devedor cumpre o seu dever penal tal como o obrigado ao pagamento de uma *pena convencional* ou de uma *indemnização por perdas e danos*. *Die Delikts Obligationem des Verwaltungs rechts*, pág. 17.

essencial naquele direito, é no direito administrativo penal apenas um *elemento natural*, podendo, por isso, haver responsabilidade sem ela (1).

As penas a aplicar como sanções do ilícito administrativo, têm de ser também diversas das aplicáveis aos agentes dos crimes; aquelas são multas, o dever de as pagar é como o das obrigações civis e o seu carácter é essencialmente coactivo, isto é, tendem a fazer cumprir o dever omitido para com a administração. Por isso, não visam nem à *correccão*, nem à *intimidação* e muito menos à *eliminação*, mas ao *estímulo*, ao *incitamento* dos cidadãos ao cumprimento daquele dever (2).

Entre essas sanções há também, em regra, uma diferença de intensidade. Como o *ilícito criminal comum* implica a ofensa de *bens culturais ou de civilização juridicamente protegidos* e o ilícito administrativo penal constitui apenas a *falta de cumprimento de deveres para com a administração* e, portanto, dos interesses

(1) Vide ERIK WOLF, estudo citado, pág. 548 e o resumo das conseqüências práticas que GOLDSCHMIDT atribue à sua doutrina, contidas nos seus diferentes trabalhos em Von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, volume 2.º, págs. 110 e 111.

(2) Alguns autores pretenderam estabelecer uma diferença fundamental de fins entre as penas *judiciais* e as *penas administrativas*. As primeiras teriam essencialmente em vista a *retribuição* e as segundas a *coação*.

Mas, em primeiro lugar, as penas, em geral, não têm como fim único a *retribuição*, ou antes, a *reprovação*, mas um conjunto de fins de carácter repressivo e preventivo que são e devem ser igualmente os fins das penas por factos ilícitos praticados contra interesses da administração. Por outro lado, estas penas, como veremos, distinguem-se fundamentalmente dos simples meios de coação usados para obrigar ao cumprimento de um dever, porque aquêles meios apenas são um processo para a realização dêste e, por isso, cessam logo que êste fôr cumprido, o que é totalmente diferente do que sucede com as penas.

Vide sobre esta doutrina e sua crítica: ROEDER, *Schuld und Irrtum in Justiz und Verwaltungsstrafrecht*, pág. 12 e 13, e respectivas notas. Deve dizer-se que GOLDSCHMIDT condena vivamente a doutrina dos que procuram caracterizar o direito administrativo penal por uma finalidade diversa das penas, dizendo que: substituir a questão sobre o ilícito penal administrativo pela dos fins das penas é o mesmo que pôr fora o *demónio* por meio de Belzebut. (*Die Delikts obligationem*, citado, pág. 6 nota (2).

por esta declarados, aquêlé é, em regra, mais grave (1) e «*traduz abertamente uma intensão anti-social de uma intensidade que a violação de um preceito de direito público administrativo não tem* (2).».

No *ilícito administrativo penal* abrange GOLDSCHMIDT as infracções fiscaes, as infracções da polícia e as transgressões das regras administrativas postais (3).

Segundo GOLDSCHMIDT, o facto de o direito onde se preveem e punem estas infracções deixar de ser considerado *penal* ou *criminal* e passar a integrar-se no *direito administrativo*, longe de violentar o consenso geral ou ofender as garantias individuais, está de acôrdo com o primeiro e assegura melhor as segundas. É isto porque repugna ao senso comum e ofende a dignidade individual que se aproxime um crime grave, como um homicídio ou um roubo, de uma simples transgressão, como o facto de,

(1) Vide GOLDSCHMIDT. *Le contravenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo* citado, pág. 413 e 417 e, muito especialmente, ERIK WOLF, estudo citado, pág. 525.

Deve notar-se que em vários lugares GOLDSCHMIDT afirma que os factos ilícitos administrativos penais se não confundem com as infracções criminaes menos graves, as chamadas — *bagatelas penais*, porque alguns daqueles podem ser mais graves do que estas. (Vide estudo citado, pág. 416).

(2) É certo que, praticamente, pode succeder que um facto que, segundo a concepção da doutrina exposta, seria um *delito*, seja considerado *contravenção* e que outro que era *contravenção* passe a ser *delito*. Mas isto, segundo GOLDSCHMIDT, resulta de que, por um lado, todo o *delito* ofende também interesses da administração e que, por outro lado, os preceitos de direito público administrativo, às vezes, são *recebidos* pela moral popular e, assim, as *contravenções* tornam-se *delitos* (*Contravenzioni* cit. pág. 416).

(3) *Delikt obligationem*, cit., pág. 19 e 20.

É de notar que, para GOLDSCHMIDT, o critério de caracterização do ilícito administrativo penal que formula é o único que pode e deve diferenciar as *contravenções qualitativamente* dos crimes.

Como já notámos, porém, e mais tarde veremos melhor, ao passo que a generalidade dos autores abrange as *contravenções* no *direito penal*, embora com regras próprias ou até com um código autónomo, GOLDSCHMIDT considera os factos ilícitos em questão essencialmente *administrativos* e, por isso, integrados no *direito administrativo* do qual faz parte o *direito penal administrativo*. (Vide o seu estudo cit. na nota anterior, pág. 417).

contra os regulamentos policiais, não se ter devidamente limpa a chaminé.

Esta mistura de factos ilícitos de *sentido e valores* tão diferentes, no mesmo código, em normas do mesmo direito com sanções e pressupostos da mesma estrutura, em tribunais da mesma espécie, através de formas processuais substancialmente idênticas e em sentenças da mesma natureza, além daqueles inconvenientes tem ainda o de implicar uma reprovação penal *desproporcionada* para as simples transgressões e o de determinar um enfraquecimento *da reprovação* jurídica dos crimes graves, com seu reflexo nocivo do enfraquecimento da reprovação social, visto que êsses crimes se aproximam legalmente de infracções de muito menor gravidade (1).

b) — *Crítica desta doutrina*

Examinemos o valor conceitual e prático da construção que acabamos de expor.

O seu ponto de partida, isto é, a diferenciação das formas da actividade do Estado é legítimo. Pode ainda julgar-se admissível, em princípio, a distinção entre os valores que o Estado procura servir nessa dupla actuação (2).

O que interessa, porém, para o assunto em causa é saber se daí resulta uma diversidade entre as duas formas correspondentes da ilicitude criminal de tal natureza que devam separar-se radicalmente, pertencer a domínios inteiramente distintos do jurídico e determinar sanções com *fins, estruturas e pressupostos* diferentes.

Uma simples diversidade de ilicitudes resultante da qualidade e importância diferente dos interesses ou valores ofendidos não produz necessariamente aquelas conseqüências.

O direito criminal, se não deve ser considerado apenas sub-

(1) Vide GOLDSCHMIDT, *Delikts obligationem* cit., pág. 16.

(2) Em certos casos, porém, essa distinção esbate-se, podendo entender-se que nêles há um dever de justiça em colaborar para o bem estar comum. E, se olharmos em particular para as infracções que são abrangidas no *ilícito administrativo penal*, veremos que muitas das *contravenções da polícia* ou *delitos fiscais* representam também o não cumprimento de um dever daquela natureza.

mediário dos outros ramos de direito (1), é-o em muitos dos seus preceitos, porque defende, pelos seus meios específicos, os valores e interesses delimitados por normas de outros domínios jurídicos (civil, comercial, político, administrativo, fiscal, etc.). As vezes mesmo, limita-se a prescrever a respectiva defesa criminal para a regra que venha a ser prescrita em outro ramo de direito (*normas penais em branco*) (2).

Se, portanto, quizessemos considerar o ilícito, sob o aspecto da diversidade de domínios do direito a que pertencem as normas que determinam e delimitam os interesses e valores por êle ofendidos, concluiríamos que há um ilícito civil, outro comercial, outro político, outro fiscal, outro administrativo. Mas teríamos também de concluir que, afinal de contas, o direito criminal *reprime e previne* êstes ilícitos com *sanções e pressupostos* idênticos para tôdas essas modalidades do ilícito.

Desta diversidade de qualificação dos ilícitos não pode, portanto, necessariamente deduzir-se uma diversidade de direitos criminais, nem a integração de uma parte da repressão e prevenção criminal no ramo do direito a que pertence a norma que define a ilicitude.

Mas o ilícito administrativo em causa terá uma estrutura tal que exija um regime jurídico-penal inteiramente distinto e de feição administrativa predominante, com *penas* substancialmente diferentes das outras e pressupostos também específicos?

Crêmos que não.

A verdade é que as penas a aplicar pela falta de colaboração que os cidadãos prestem à acção administrativa para o bem estar e progresso geral têm e devem ter os mesmos fins das outras sanções penais: *reprovar* o facto ilícito, *prevenir* a sua prática pelos outros cidadãos e *evitar* a repetição dêsse e de outros pelo agente que os cometeu (3).

Podem êstes fins exigir meios menos graves que em outros

(1) Vide neste sentido VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, pág. 31 e 32.

(2) Vide por exemplo, o art. 188, 248, 254, 303, etc., do *Código penal*.

(3) WOLF pretende demonstrar que as sanções aplicáveis a certos factos que êle considera no domínio do direito administrativo penal não podem ter os mesmos fins que as penas aplicáveis a crimes. Seria risível, diz êle, falar em

casos do ilícito criminal e não ser necessária nem uma *reprovação* tão grave nem uma *intimidação* tão forte; pode ser desnecessária uma *actuação penal moralmente correctiva* ou de *readaptação social* e muito menos *eliminadora*. Mas isto é apenas uma diferença de *intensidade* na sanção e idênticas diferenças de gravidade existem entre as diversas penas aplicáveis aos crimes.

É de notar ainda que não pode afirmar-se que a *falta de colaboração com a actividade administrativa para o bem geral* seja necessariamente menos grave do que certas infracções de dano ou de perigo dos legítimos interesses alheios que, por vezes, têm uma gravidade mínima (1). Estas últimas podem, em certos casos, ser *eticamente* menos reprováveis do que as primeiras. Nem sempre a falta punível de cooperação com a actividade administrativa para o bem estar geral se pode dizer *eticamente* indiferente, como nem sempre é *eticamente* mais relevante a *lesão* ou *perigo de lesão* dos bens jurídicos alheios.

É preciso frisar ainda que a *imoralidade* ou *irrevelância ética* de uma infracção não está apenas nos *interesses* ou *valores ofendidos*, não pode ser vista apenas através da *ilicitude*, mas depende muito dos elementos da culpa e sua intensidade (dolo ou negligência em seus graus) e ainda da *motivação* moral ou imoral (2).

Ora, se as *penas* a aplicar nos casos do pretensão ilícito admi-

retribuição (*Vergeltung*) do mal causado ou em medidas com fins de *educação* ou *segurança* pela transgressão das normas que ordenam o extermínio de lagartas ou a limpeza de chaminés (art. 368.º do Código Penal Alemão. Vide citado estudo nos *Festgole für Frank*).

Mas, as penas devem ter um fim não de *retribuição* por *equivalência*, mas de *reprovação* e, além dêle, fins de prevenção geral e especial que podem ser puramente *intimidativos*. Ora, em relação ao chamado *ilícito criminal administrativo*, as sanções não podem deixar de ser *reproadoras* como tôdas as penas e também *intimidativas* como elas.

(1) Certos factos ilícitos criminaes de *dano* (Código Penal, artigos 472.º e seguintes), de *ameaças*, (art. 379.º), de *injúrias* (art. 410.º), e muitos outros, especialmente quando cometidos com simples negligência, ou no caso de *excesso de legítima defesa* (art. 378.º), etc.

(2) Isto não quer dizer que não devam distinguir-se as infracções em mais *graves* e *menos graves*, com base essencial nos *valores ofendidos* e no *grau da ofensa*, isto é, em *crimes* e *contravenções*; mas a base tem de ser diferente

nistrativo criminal não são necessariamente de *finalidade*, de *estrutura*, de *intensidade diversa* das correspondentes aos factos ilícitos criminais, é lógico presumir que os *respectivos pressupostos* também não são necessariamente distintos.

E, na verdade, assim se nos afigura.

As normas que, sob êste ponto de vista, se pretendem considerar específicas do *ilícito administrativo penal*, como as respeitantes à *responsabilidade das pessoas colectivas*, ou *por culpa alheia*, ou *sem culpa*, e ainda à *tentativa, participação*, etc., não derivam, conceitualmente, dêsse ilícito, e não deverão aplicar-se a todos os factos que nêle se compreendem, nem sòmente a êsses factos.

Algumas, como a responsabilidade de colectividades, ou sem culpa, representam verdadeiras *anomalias, explicáveis*, embora poucas vezes *justificadas*, por circunstâncias muito excepcionais e não constituem, por forma alguma, normas que devam necessariamente resultar de certas modalidades do ilícito e muito menos do ilícito administrativo penal (1).

do carácter *não administrativo* ou *administrativo* do ilícito. Além disso, caso se estabeleça uma escala penal distinta para *crimes e contrações*, é preciso que esta distinção não seja rígida; quer dizer, em certos casos deve ser possível aplicar a crimes simples *penas contravencionais* e em outros a *contrações penas criminais*, especialmente quando cometidos com *dolo* ou, tratando-se de infracções praticadas por *habituais* ou *reincidentes*, quando se mostrem ineficazes as sanções normais das contrações. Veja-se, a respeito das *contrações económicas de guerra*, o que escreve o Prof. JOÃO PINTO DA COSTA LEITE, na *Economia de guerra*, pág. 206 a 208.

(1) Por exemplo, a *imputabilidade de colectividades* sem apuramento da responsabilidade individual, ou conjuntamente com esta, pode explicar-se excepcionalmente por necessidades de *prevenção geral* que exijam uma aplicação *imediate e eficaz* de sanções e não permitam esperar pela individualização de responsabilidades, nem correr o risco de que, no caso de *penas pecuniárias*, estas não possam executar-se. Assim pode acontecer em delitos fiscais *contra a economia* e especialmente em épocas anormais.

Por motivos idênticos se responsabilizam colectividades em direito penal colonial, quando há extrema dificuldade em individualizar os delinquentes e é preciso dar um exemplo.

Veja-se GOETZELER, obra citada, pág. 232 a 237, e o que escrevemos na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 69.º, págs. 115 e 116, e 73.º, pág. 292, e autores citados.

Outras daquelas *normas*, como as que em certas infracções não punem a *tentativa* ou certas formas de *participação*, nem derivam logicamente da estrutura do *ilícito administrativo*, nem as necessidades práticas as determinam sempre para êste e só para êste.

Por outro lado, a noção dêsse *ilícito administrativo*: falta de colaboração com a actividade administrativa para o *bem estar e melhoramento geral*, não se ajusta inteiramente àquelas categorias de infracções que nêle se pretendem abranger, especialmente às *fiscais* e de *polícia*.

No conceito corrente destas últimas infracções, por exemplo, compreendem-se muitas que representam verdadeiras ofensas, *dano* ou *perigo* de *bens jurídicos alheios*, embora de pequena gravidade (1).

A necessidade de se distanciarem, quanto ao *sentido* das penas, sua *execução* e ainda ao *processo e julgamento*, as infracções de maior gravidade, desonrosas, e as simples transgressões que não implicam indignidade, não existe só em relação àquelas dentre as segundas que podem compreender-se no âmbito do pretendido *ilícito administrativo penal*, nem como vimos a *indignidade* ou *falta dela* se mede *apenas* pela *ilicitude*, mas pelos elementos da culpa, seu grau e motivação.

Não há, portanto, fundamento bastante para dar autonomia ao *ilícito administrativo penal*, nos têrmos expostos.

Excluí-lo do âmbito da lei criminal comum, integrá-lo nas regras do direito administrativo penal, discipliná-lo por normas que são anomalias, como a responsabilidade de colectividades, ou por culpa alheia ou sem culpa alguma, equiparar a respectiva obrigação penal pura e simplesmente a uma obrigação civil, levaria a generalizar excepções que raras vezes e para raros casos se justificam, com grave ofensa de princípios de *justiça* e

(1) Veja-se, por exemplo, o Código administrativo, art. 50, n.º 1.º, 5.º, 7.º, 8.º, 10.º, 14.º e os arts. 52.º e 408.º e § único e MERKEL, *Teoria general del derecho administrativo*, pág. 315 e seguintes, FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, pág. 308 e seguintes e HERRNRRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, pág. 327 e segs.

de utilidade social, como aquelas que prescrevem: a individualização da responsabilidade, a personalidade da pena, o condicionamento desta pela culpa, etc. (1).

c) — Sanções penais administrativas

A rejeição do conceito de *ilícito penal administrativo*, com o alcance que lhe é atribuído pela doutrina exposta e criticada, não implica, porém, o desconhecimento de sanções com certos caracteres penais que alguns autores denominam *penas administrativas* (2) e outras *penas não criminais* (3).

E, porque, às sanções desta espécie necessariamente tem de corresponder um *ilícito*, ou um certo aspecto da *ilicitude*, se aquelas se denominarem *administrativas*, ao *ilícito* que as determine poderá dar-se, com êste alcance, o nome de *administrativo*.

De facto, há várias medidas coactivas impostas pelo poder público ou por certas entidades com esta competência, que têm de comum com as penas do direito criminal um ou mais elementos e que todavia não podem confundir-se com elas, ou porque possuem um fim específico que se reflete sôbre a sua estrutura, ou porque não têm certos efeitos característicos das penas, ou das condenações criminais, ou porque não são aplicadas com as garantias de processo asseguradas às penas pròpriamente ditas.

Estas sanções criminais, da mesma maneira que as *penas criminais pròpriamente ditas*, constituem um *mal* que *propositada-*

(1) Vide crítica da doutrina que combatemos, especialmente em VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, volume 2.º, pág. 112 a 119, GOETZLER, *Die rationalem Grundlagen des Steuerstrafrechts*, pág. 18 a 30, ROEDER, *Schuld und Irrtum in Juitiz und Verwaltungsstrafrecht*, pág. 22 a 31, MEZGER, *Lehrbuch des Strafrechts*, pág. 5 a 7 e *Deutsches Strafrecht (em Grundriss)* pág. 14 a 15, FRANK, *Drs Strafgesetzbuch*, (18.ª edição), págs. 787 a 790; ZANOBINI, *Le Sanzioni amministrative*, pág. 18 a 22, ROCCO, *Dal cosideto diritto penale amministrativo na Revista di diritto publico*, 1.º vol., 1909, e *L'Oggetto del Reato*, pág. 356 e seguintes, MERKL, *Teoria General del derecho administrativo* (tradução espanhola), pág. 315 e seguintes.

(2) ZANOBINI, *Le Sanzioni amministrative e Corso di diritto amministrativo*, volume 1.º, pág. 386; Professor MARCELO CAETANO, *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, páginas 356 e 357.

(3) HUBERNAGEL, *Der Allgemeine Teil des nichtkriminellen Strafrechts*.

mente se faz sofrer ao agente de um facto ilícito, e êste é o traço comum que pode aproximá-las.

Mas olhadas em conjunto, são medidas muito heterogéneas, determinadas por conveniências diversas: por exemplo, a necessidade de obter prontamente uma certa conduta dos particulares, ou rápidamente pôr têrmo a uma atitude incorrecta, ou de manter o prestígio de autoridade, confiando-lhe o poder de aplicar ela própria a sanção, ou de entregar a certas entidades particularmente qualificadas e interessadas a defesa da dignidade e bom desempenho de certas funções, ou, especialmente em momentos de crise, de actuar enèrgicamente contra factos ofensivos do interêsse geral, quando as circunstâncias não permitem assegurar as garantias que dá a jurisdição criminal.

Em certos casos, a sanção administrativa é, porventura, o simples vestígio de uma época já ultrapassada, quando se não tinha ainda acentuado a *jurisdicionalização* e *integração* no direito criminal das sanções que penalmente asseguram o cumprimento de deveres administrativos (1).

A heterogeneidade das diversas sanções penais administrativas, a avaliação das necessidades que as determinam, a qual tem de fazer-se com critérios em que há necessariamente muito de subjectivo, o carácter ocasional, transitório e anormal de muitas delas, impedem uma *construção geral*, com um sistema de conceitos comuns e princípios gerais seguros.

Podem, no entanto, esboçar-se certas linhas muito gerais de orientação para o intérprete, quando se não mostre diferente o sentido da lei.

Esses princípios não são, porém, os mesmos para tôdas as espécies destas sanções; convém, por isso, antes de mais nada, fazer certas distinções entre elas.

a) As que mais se distanciam das penas de direito criminal são as *medidas coactivas empregadas para o cumprimento de um dever*.

(1) Vejam àcerca da jurisdicionalização criminal de sanções que a princípio eram simples penas administrativas, além dos estudos de GOLDSCHMIDT, já referidos, ZANOBINI, obra citada, pág. 17 a 55, e MEZGER, *Grundriss* citado, pág. 126.

Estas medidas têm duas modalidades: ou por meio delas se coage alguém ao cumprimento de um dever (civil, administrativo, etc.), forçando-o directamente a cumpri-lo, substituindo a sua vontade pela de quem obriga, (1) ou faz sofrer àquele um meio intimidativo — uma privação de liberdade ou bens — para que êle se decida a cumprir (2).

Êstes meios coactivos *formalmente* são idênticos a certas *penas*, particularmente à *prisão* ou *multa*, e, como elas, representam um mal, inflingido como consequência de uma conduta ilícita, para um fim de interesse geral. Por isso, alguns escritores lhes chamam *penas coercivas*, ou *penas executivas* (3).

No entanto há entre elas e as *penas criminaes* uma diferença fundamental: é que as primeiras visam unicamente a obter o cumprimento de um dever jurídico especial, são condicionadas pela existência desse dever e cessam logo que êle fôr cumprido.

É certo que pela natureza do meio empregado idêntico a certas penas: *prisão*, *multa*, pela violência desse meio e vexame que representa, traduz-se nêle uma *reprovação jurídica* e possui *valor intimidativo* não só para quem o sofre, como para a generalidade dos cidadãos. No entanto, estas consequências são em parte *efeitos úteis da medida coerciva*, em parte meios de se obter o cumprimento do dever omitido, mas não constituem o fim imediato dessa medida; daqui resulta que o meio coercivo pode cessar antes de se obter o *quantum* de *reprovação* e de *prevenção*

(1) É o caso das medidas de coação policial. Vide Professor MARCELO CAETANO, *Tratado* citado, pág. 335. *Código de processo civil*, arts. 235.º, 247.º, 524.º e 634.º, n.º 5.º, e *Código de processo penal*, arts. 91.º § 3.º e 244.º

(2) São exemplo destes *processos coactivos* as *multas de constrangimento* por meio das quais se obriga o que não cumpriu a pagar certa quantia por cada dia de demora no cumprimento (Vide Professor MARCELO CAETANO, *Tratado* citado, pág. 356). Como exemplo de medidas coercivas pessoais podemos citar as preescritas nos arts. 418.º, 854.º, 904.º, do *Código de processo civil* e a do art. 242.º do *Código de processo penal*.

(3) Vide HUBERNAGEL, *obra citada*, pág. 1 a 3 e Professor MARCELO CAETANO, *Tratado*, citado, pág. 356. Outros autores dão-lhes o nome de *meios* ou *medidas de coerção* (v. Prof. ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, volume 1.º, pág. 24 e 25, e CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, pág. 7 e 8).

que seriam necessários, caso se tratasse de uma verdadeira pena (1).

Existe, portanto, entre aquêles, uma diferença essencial (2) que impede a aplicação genérica das normas que regem as penas criminais (3) e seus pressupostos a essas medidas coercivas.

Todavia é preciso não esquecer que entre as primeiras e as segundas existem *certos elementos comuns* e isto pode legitimar a aplicação de algumas daquelas normas às *medidas coercivas*, salvo naquilo em que sejam desviadas pelo que há nestas de específico. Assim: tôdas representam um sofrimento inflingido pelo poder público para se obter um fim.

Supomos que isto autoriza a aplicação a estas sanções do princípio de que: *nulla poena sine lex* (4).

Por outro lado, as *medidas de coacção indirecta*, isto é, destinadas a obter o cumprimento do dever omitido por meio de um sofrimento intimidativo (privação de bens ou de liberdade pessoal) pressupõe sempre uma falta, ou melhor a *culpabilidade* do obrigado. O meio empregado que tem uma estrutura penal, procura actuar por intimidação no agente do facto ilícito e tem um carácter *reprovisor*, o que implica o pressuposto de uma conduta reprovável.

Parece-nos, por isso, que êstes *meios de coacção indirecta* não poderão aplicar-se quando se mostra faltarem os elementos da culpabilidade criminal ou a existência de circunstâncias que a excluam. É, por exemplo, o caso de se tratar de pessoas inimputáveis ou de o não cumprimento ser devido a caso fortuito ou de fôrça maior.

(1) Veja-se, por exemplo, o art. 854, parte final, do Código de processo civil.

(2) HUBERNAGEL, obra citada, pág. 2, e MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, in *Grundriss*, 3.^a edição, pág. 17, e Professor ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, citado, pág. 26 e 27.

(3) Assim, por exemplo, salvo texto legal em contrário, às *multas coercivas* não pode aplicar-se o preceito do art. 122.^o, § 3.^o, do Código Penal, que as manda converter em prisão, no caso da falta de pagamento e de bens que possam executar-se (cfr. art. 639.^o do Código de Processo Penal).

(4) Código Penal, art. 84.^o.

b) Há uma espécie de sanções administrativas muito mais caracteristicamente penais, porque entre os seus fins imediatos e os das penas existe uma identidade fundamental. As *circunstâncias especiais* em as primeiras são aplicáveis, ou a natureza dos interesses e valores que defendem determinam, porém, certas particularidades nos seus pressupostos ou forma de aplicação que as distinguem das *penas* criminais e lhes dão efeitos especiais.

As características diferenciais de que resultam êstes efeitos proveem de uma das seguintes duas causas ou de ambas elas ;

1.º) Há *penas administrativas* que podem ser impostas em consequência de certas formas de conduta ilícita, as quais, pelo menos antes de atingirem certa gravidade, não são consideradas criminosas pela lei geral (1). Quere dizer, as *penas administrativas* podem ser determinadas por factos que a própria lei não considera criminosos.

Poderá dizer-se que se trata apenas de uma impropriedade da linguagem da lei e que, se esta manda aplicar uma *pena* em consequência de certo facto, êste é *ipso jure* criminoso, embora assim não seja qualificado no Código penal ou em leis da mesma índole. O lugar onde se encontra a norma não é decisivo para se determinar o alcance.

Ainda que assim seja, como a lei distingue entre os factos em questão e os outros qualificados como crimes e, na realidade, nestes casos se trata de formas de conduta que só quando atingem certa *intensidade* são consideradas criminosas na lei geral comum, há que deduzir duas conclusões : A primeira é que os primeiros factos são, em regra, menos graves do que os últimos. A segunda é que essa distinção legal sugere a idea de que certas normas respeitantes aos primeiros podem não ser aplicáveis aos segundos, quer pela pouca gravidade dêstes, quer pelas con-

(1) Assim, o *Código de processo penal*, quando se refere a factos perturbadores de ordem nos actos judiciais, permite a aplicação de certas sanções, incluindo a pena de prisão até três dias, sem outra forma de processo mais do que mandar tomar nota na acta ou auto da deligência... e acrescenta: *se a falta constituir crime, mandá-los-á autoar e prender...* seguindo-se depois o respectivo processo (art. 93.º, 412.º e 413).

dições especiais em que são apreciados e punidos. Ao que fica dito acresce que são largos os poderes de apreciação que a lei confere à autoridade para a qualificação destes factos como ilícitos, faltando aqui a relativa precisão com que a lei criminal procura delimitar as incriminações. A mesma latitude de poderes existe na aplicação de sanções porque são várias as utilizáveis e depende do bom critério de quem decide aplicar uma ou outra, segundo as circunstâncias.

2.ª) A outra causa possível do regime especial das penas *administrativas* está em que elas são impostas sem precedência de um processo e de uma decisão com as formalidades e garantias normais.

Isto, porém, não quer dizer que num processo não criminal não possam estar asseguradas tais garantias, nem que nos processos criminais elas existam em relação a tôdas as decisões aí tomadas.

Assim, a condenação em multa de um litigante de má fé em uma causa civil é proferida com tôdas as condições formais de indagação e com tôdas as garantias necessárias para uma decisão justa. Se esta condenação não deve, em nosso entender, equiparar-se às condenações penais, não é por falta daquelas garantias processuais a que fizemos referência, mas porque pode tratar-se de factos não qualificados como crimes pela lei penal comum.

Por outro lado, é manifesto que a aplicação das sanções que o Código de processo penal faculta ao juiz para a repressão de factos perturbadores da boa ordem dos actos judiciais, não se faz nos termos e com as formalidades asseguradas genericamente pelo processo criminal (1) e, portanto, essas sanções deverão considerar-se, nos termos expostos, simples penas administrativas, embora aplicadas por um juiz e em um processo crime.

O facto de as *penas administrativas* terem fins imediatos idênticos aos das *penas criminais* e muitas delas igual estrutura (prisão, multa, advertência, etc.) obriga naturalmente a aplicar àquelas as normas que regem os pressupostos destas, salvo disposição em

(1) Código de processo penal, art. 93.º e 411.º, § único, e art. 412.º

contrário ou desvios determinados pelas características particulares das primeiras. De facto, é no direito criminal que se encontram as regras jurídicas de carácter geral e que, portanto, são em princípio aplicáveis à tôdas as *penas e seus pressupostos*.

Por isso, deve entender-se que as *penas administrativas* são condicionadas pela *culpabilidade*, além disso, a gravidade dêste elemento influirá na gravidade daquelas sanções, se admitirem graduação.

A *culpabilidade* é uma exigência das penas administrativas, como o é de qualquer *pena*: o contrário seria um iniquidade e até um contra-senso porque, tendo aquelas penas, como as outras, um fim essencial de *reprovação*, seria inadmissível que as determinasse uma conduta *não reprovável*.

Por isso, devem considerar-se anomalias injustificáveis os delitos a que alguns chamam *formais*, no sentido de não exigirem *culpabilidade*. Até em *direito fiscal*, onde essas anomalias foram freqüentes, noutros tempos, a tendência é nitidamente para a observância do princípio de que não pode haver *pena* sem *culpabilidade* (1).

Compreende-se, porém, que, em relação às *penas administrativas*, se admitam freqüentemente *presunções da culpa*, quer pela necessidade de uma rápida actuação repressiva que se não compadece com *indagações* demoradas para a demonstrar, quer pela grave dificuldade de fazer a sua prova e concorrente exigência da *prevenção geral*, quer finalmente porque a *fraude ou negligência* são normalmente inerentes a certos factos.

Estas *presunções* admitem, porém, prova em contrário e, por isso, o argüido pode sempre mostrar que falta um elemento da culpa, ou que há circunstâncias que obstam à sua existência.

Só poderá concluir-se diversamente quando haja uma dispo-

(1) Veja-se GOETZELER, *Steuerstrafrecht*, citado, págs. 62 e segs. HUBER-NAGEL, obra citada, pág. 60 a 70, HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. 2.º, pág. 288, *Lições de Direito Fiscal* do Prof. ARMINDO MONTEIRO ao curso de 1925-1926, pág. 141 e 142, e o estudo que publicámos sobre o *Descaminho e contrabando* na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 69, págs. 112 e seguintes, o qual deverá confrontar-se com as disposições do decreto-lei n.º 31.664, sobre contencioso aduaneiro.

sição legal cujo sentido só possa entender-se como imposição de uma responsabilidade meramente objectiva.

Dos princípios expostos resulta igualmente a inadmissibilidade da aplicação das *penas administrativas* a *pessoas colectivas*. As razões que afastam, em regra, a *responsabilidade criminal* destas, procedem igualmente para a resultante de factos ilícitos a que correspondem *penas administrativas*.

Como veremos, há *excepções*, determinadas por motivos diversos, mas estas não existem apenas para o *ilícito penal administrativo*, nem resultam necessariamente da sua estrutura; são antes determinadas por certas circunstâncias particulares, possíveis tanto em relação a êste ilícito como ao ilícito criminal e só em casos muito raros se poderão justificar (1).

Os caracteres particulares das *penas administrativas* a que nos estamos referindo e que as distinguem das *penas criminais* comuns, impedem, no entanto, uma identidade de regime jurídico e afastam a aplicação às primeiras de certas normas que regem as segundas.

Assim: ao contrário do que sucede com as multas criminais (2), quando a pena administrativa é pecuniária, no caso de falta de pagamento, não é convertível em prisão, salvo disposição em contrário.

Pode dizer-se que esta é a doutrina corrente (3) e pensamos que é perfeitamente fundada.

(1) Com bom critério, portanto, o Código de processo civil, quando pune com multa litigantes de má fé, no caso de a parte ser uma pessoa colectiva, manda aplicar aquela sanção aos seus representantes de quem se prove a má fé na causa (art. 467.º). Vide GOETZELER, obra citada, pág. 207 e 273, e os nossos estudos publicados na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, anos 69, pág. 115 e nota, e 73, pág. 290 a 292. Contra: ZANOBINI, *Sanzione amministrative*, pág. 142 e 143, e *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1.º, pág. 388.

É evidente que a falta de imputabilidade penal das *pessoas colectivas* não obsta a que contra elas se tomem certas *medidas administrativas* determinadas por interesse público e que não constituem penas, como a dissolução, quando essas *pessoas colectivas* constituam um meio de se exercer uma actividade socialmente nociva. MARCELO CAETANO, *Lições de direito penal*, pág. 176.

(2) Código penal, art. 122.º § 5.º.

(3) Vide ZANOBINI, *Sanzione amministrative*, pág. 100 e *Corso* citado, vol. 1.º,

Como vimos, estas *penas* podem ser aplicadas por factos que não constituem crimes segundo a lei geral, o juiz dispõe de grande latitude de aplicação para a qualificação do facto e, às vezes, na escolha da sanção e, finalmente, em muitos casos, não há as garantias normais de um processo e julgamento.

Por isso, e na falta de disposição em contrário ou de elementos sérios de interpretação diversa, deverá entender-se a norma que aplica a *multa administrativa* no sentido de que é esta a sanção a aplicar e não outra em substituição.

A convertibilidade implicaria a aplicação de uma *pena privativa de liberdade* que afecta valores pessoais muito mais importantes do que os pecuniários e tem efeitos mais graves. Basta pensar na *desclassificação* social daquele que foi *prêso*, na sua dificuldade tão frequente de obter trabalho, nas privações que as pessoas a seu cargo sofrem durante a prisão, etc.

Ora esta pena poderá estar em desproporção com a falta cometida e também é razoável duvidar que, em muitos casos, a lei quizesse conferir à autoridade que aplica a sanção, e pelo meio que pode aplicá-la, poderes que viessem em última análise a traduzir-se em punir com prisão (1) (2).

pág. 388, alínea 4. GIROLA, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*, na *Rivista di diritto pubblico*, 1929, 1.º, pág. 429 e autores citados. SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch*, 2.ª edição, pág. 41. *Lições de direito fiscal* do Dr. ARMINDO MONTEIRO, citado, pág. 146.

(1) Em direito fiscal a regra é a *inconvertibilidade da multa em prisão*. Citam-se como excepções previstas na lei: multas por infracções das normas sobre imposto de sucessão, doações e sizas (regulamento de 23-12-1899, art. 116.º), ou por uso ou simples detenção de acendedores ou isqueiros em condições de funcionar, quando os seus portadores não tenham licença fiscal (decreto n.º 28.219, de 24 de Novembro de 1937), e no caso de contrabando e descaminho (decreto-lei n.º 31.669, de 22-11-941, art. 151.º). Vide *Lições de direito fiscal*, do Dr. ARMINDO MONTEIRO, já citadas, pág. 146, e MONTEIRO GUERREIRO, *As transgressões de direito fiscal*, pág. 78 a 81.

Deve notar-se, porém, que nestes casos excepcionais a aplicação das *multas* se faz por um processo e jurisdição adequada, com garantias processuais análogas às do processo criminal; é mesmo duvidoso se são verdadeiramente *penas administrativas*. Quando às sanções aplicáveis ao *contrabando* e *descaminho*, parece-nos claro que se trata de *penas criminais*.

(2) Tem-se discutido, entre nós, se é ou não convertível em prisão a multa

Por motivos semelhantes parece-nos que as decisões que aplicam *penas administrativas* não devem considerar-se *sentenças*

que o art. 91.º do Código de processo penal manda aplicar aos *notificados* ou *avisados* para comparecerem em actos judiciais e que faltarem, sendo a comparencia obrigatória e não tendo justificado devidamente a falta. Pronunciaram-se negativamente: o acórdão da Relação de Lisboa, de 29-4-1930 (citado por LUIS OSÓRIO no *Comentário ao Código de processo penal*, volume 2.º, pág. 141) e Dr. ACÁCIO DE AMORIM GIRÃO, na *Revista dos Tribunais*, ano 48, pág. 370. No sentido da convertibilidade, os Acórdãos: da Relação do Porto, de 29 de Outubro de 1932 na *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 46.º, pág. 188, da *Relação de Lisboa*, de 2-3-1932, na *Revista da Justiça*, ano 17.º, o despacho do Juiz de Vila Real de Santo António, de 9-1-1933, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, pág. 76, LUIS OSÓRIO, *Comentário ao Código de processo penal*, vol. 2.º, pág. 141 e 142, e CRISPINIANO DA FONSECA, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 46.º, pág. 315.

Parece-nos mais defensável a opinião que, neste caso, sustenta a convertibilidade da multa em prisão pelas seguintes razões:

1.º Trata-se de uma *pena* aplicada em virtude de um facto qualificado como crime pela lei penal (Cód. pen. art. 188.º e 189.º). É certo que o Código de processo penal substituiu as *sanções* do Código penal pela pena de multa nêle prescrita, mas não há elemento algum que leve à convicção de que o primeiro Código quisesse *qualificar* diversamente o facto. O que êle fez foi apenas uma alteração na *pena*, por entender que, em muitos casos, era demasiadamente grave a do Código penal (art. 188.º e 189.º) e porque havia necessidade da sua rápida aplicação por um processo sumaríssimo.

2.º O *facto ilícito* está precisamente demarcado na lei e na sua qualificação não é deixado um largo poder de apreciação ao juiz.

3.º A aplicação da penalidade realiza-se por um processo, embora sumaríssimo, em que o acusado tem meio de se defender da acusação, podendo justificar o facto quer por atestado médico, quer por outros documentos ou por testemunhas (art. 91.º e § 9). Quere dizer, trata-se de um processo com suficientes garantias de indagação e de defesa para o réu.

A *pena* em questão não deve, portanto, considerar-se *administrativa*, no sentido indicado, mas uma *pena criminal* propriamente dita. Logo, não há razão alguma para não se lhe applicarem os princípios gerais sôbre execução e substituição de penas e, conseqüentemente, o do art. 122.º § 3.º do Código penal.

O artigo 639.º do Código de processo penal, que nada mais fez senão estabelecer o meio processual de aplicação da regra substantiva, não contraria a doutrina exposta pelo facto de falar em *réu*, porque no caso em questão aquêlle que não cumpre a ordem contida na *notificação* ou *aviso judicial* é réu dessa infracção do processo sumaríssimo que por ela lhe é movido, embora como incidente, no processo principal.

O mesmo se tem de entender no caso do art. 168.º § 2 e talvez no do art. 624.º do mesmo Código.

condenatórias criminaes, para efeitos de *reincidência*, *sucessão de infracções* ou declaração de habitualidade (1).

Pertencem a êste grupo de *penas administrativas* as impostas por certas *infracções policiaes*, ou de *preceitos administrativos não policiaes*, como por exemplo as respeitantes a infracções contra a economia de guerra e ainda as applicadas por certas infracções fiscaes. Isto não quere dizer, porém, que as *penas applicáveis* por delitos policiaes ou outros delitos administrativos ou fiscaes tenham tôdas um carácter administrativo, porque há muitas que possuem todos os caracteres das *penas criminaes de direito comum* (2).

A êste grupo de *sanções administrativas* pertencem as *penas disciplinaes*.

José Beleza dos Santos

Há, porém, outras muitas impostas também no Código de processo penal (arts. 28.º, § único, 86.º, § 2.º, 95.º, 117.º, 339.º, § 1.º, 504.º, 601.º, 686.º e 693.º), que não devem julgar-se convertíveis em prisão por lhes faltarem os requisitos das *penas criminaes*, isto é, por factos criminosos, no sentido indicado, com uma incriminação sufficiente precisa e imposta por um processo com as garantias normaes.

Parece-me esta razão de inconvertibilidade e não a de se tratar de *penas disciplinaes*, como dizem alguns autores, até porque em algumas das disposições expressamente se ressalva a applicação destas (art. 86.º e 95.º). No art. 601.º, mostra-se claramente a distincção que a lei quiz estabelecer entre a *pena administrativa* imediatamente applicada e a *pena criminal*, podendo o juiz optar por esta, sendo, porém, a sua applicação condicionada pelo processo devidamente instaurado.

O mesmo *princípio da inconvertibilidade* se impõe quanto às multas prescritas pelo Código de processo civil para os litigantes de má fé (art. 465.º e seguintes) e outras cominadas no nosso Código.

(1) Código penal, arts. 35.º, 36.º e 37.º e decreto-lei n.º 26.643, art. 109.º, n.º 1.º e 2.º.

(2) Com tôda a razão diz ZANOBINI que os deveres de *policia* são fixados pela administração, mas a grande maioria das *sanções penaes desses deveres*, são verdadeiras *penas criminaes* (*Sanzione*, citado, pág. 72.)