

# O dolo e a respetiva prova no direito das contraordenações: considerações críticas em torno da jurisprudência nacional

José Menezes Sanhudo

*Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais*

*(Faculdade de Direito da Universidade do Porto)*

---

---

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. CRIME E CONTRAORDENAÇÃO. III. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA CULPA. IV. O DOLO E A RESPETIVA PROVA NA ESFERA DAS CONTRAORDENAÇÕES. V. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.

---

---

## I. INTRODUÇÃO

O direito de mera ordenação social – setor normativo de extraordinária importância nos tempos hodiernos – requer com crescente intensidade a atenção da doutrina e da jurisprudência para a resolução de problemas de elevadíssima complexidade que nesse domínio vão emergindo. É justamente essa a razão de ser do presente escrito. Com efeito, o problema de que aqui curamos, pouco debatido na doutrina, divide, todavia, a jurisprudência dos tribunais portugueses. Importa, assim, empreender esforços com vista à sua dilucidação.

Reportamo-nos à questão do preenchimento do *tipo subjetivo* na órbita das contraordenações, com especial enfoque no *dolo* e na respetiva *prova*.

Alguma jurisprudência nacional tem vindo a acolher, a este respeito, uma orientação que, a nosso ver, se afigura questionável. Trata-se de um entendimento que implica a presunção da existência de dolo a partir da simples descrição, na decisão da entidade administrativa, dos elementos do tipo objetivo da infração contraordenacional. Ora, é esta asserção que pretendemos aqui discutir, colocar em causa e, em último termo, postergar.

## II. CRIME E CONTRAORDENAÇÃO

Não é vocação do presente escrito fazer uma “genealogia” do direito das contraordenações. Cumpre, todavia, deixar algumas notas a esse respeito.

As raízes do direito de mera ordenação social podem ser encontradas já nos “delitos de polícia” (categoria característica do séc. XVIII)<sup>[1]</sup>, os quais, com a emergência de Estados de Direito Liberais, no primeiro quartel do séc. XIX, se transmutaram nas “contravenções”, figurino de inspiração francesa, acolhido entre nós, sob a designação de “contravenções de polícia”, nos Códigos Penais de 1852 (artigos 3.º, 4.º e 487.º e ss.) e 1886 (artigos 3.º, 4.º e 484.º e ss.). Justamente por meio desta “classe de delitos”, o direito penal (sobretudo “económico”) foi objeto de uma sensível expansão nos finais do séc. XIX, fruto da revolução industrial e das mudanças sociais que esta implicou. Surgiram cedo tentativas de “enquadrar” teoricamente esta expansão, nomeadamente a doutrina do “direito penal administrativo”<sup>[2]</sup>, a qual, além de não ter

[1] Estes, não constituindo *delicta in se*, abarcavam comportamentos que atenuavam, todavia, contra a «economia, [a] direção e o governo interior da cidade» (genericamente, a “ordem pública”), sendo processados por um autónomo magistrado (uma “extensão” do poder

régio). V.P.MELLO DE FREIRE, «Provas. Direito Criminal», in: *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I com as Provas*, 3.ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, pp. 75-76.

[2] V. J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902, esp. pp. 529 e ss. e E. WOLF, «Die

tido eco entre nós<sup>[3]</sup>, não se refletiu nas ordens jurídicas vigentes à época (ao menos no âmbito legislativo). A aludida expansão persistiu, portanto, e intensificou-se com o advento do Estado Social: a atribuição de tarefas crescentemente complexas e numerosas aos Estados implicou a sua intervenção em cada vez mais áreas da vida social, gerando assim uma progressiva criação de novas infrações de natureza contravencional<sup>[4]</sup>. Estava-se ante uma “hipertrofia do direito criminal”, causada por uma expansão desmesurada das contravencões. A este fenómeno de “hipercriminalização” seguiu-se – primeiro na Alemanha<sup>[5]</sup> e depois entre nós<sup>[6]</sup> – um movimento de descriminalização, do qual brotou a categoria das “contraordenações”<sup>[7]</sup> (*Ordnungswidrigkeiten*). Ao acolhimento de tal figura não foram, certamente, estranhas considerações relacionadas com o estorvo à realização da justiça que representava a multiplicação da quantidade de processos cometidos aos tribunais. A justificação material dada para a autonomização de um “direito de mera ordenação social” entre nós foi, porém, a ausência de “ressonância ético-jurídica” das condutas que constituem contraordenações. Impor-se-ia o seu tratamento com recurso a «outro tipo de medidas, que exprimam apenas uma censura de natureza social, e se

Stellung des Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem», in: A. HELGLER (Hrsg.), *Festgabe Fur Reinhard Von Frank Zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, II, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, pp. 516-588.

[3] V.o estudo (já tardio) de J. BELEZA DOS SANTOS, «Ilícito penal administrativo e ilícito criminal», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 5, 1945, n.ºs 1 e 2, pp. 39-59, onde são postergadas as propostas de J. GOLDSCHMIDT e de E. WOLF.

[4] E. CORREIA, «Direito penal e

direito de mera ordenação social», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XLIX, Coimbra, 1973, pp. 257-281 (esp. pp. 259-261).

[5] Acerca do processo que levou à autonomia do direito das contraordenações na Alemanha, v. J. BOHNERT, «Einleitung», in: K. BOUJONG (Hrsgg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 2000, nm. 4-81.

[6] Para uma “história” do direito das contraordenações, entre nós, v. N.

BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 49-227, e, mais resumidamente, A. SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 9-41.

[7] Para maiores desenvolvimentos, v. E. CORREIA, «Direito penal...», pp. 260-270 e J. DE FIGUEIREDO DIAS, «O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social», in: AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu (Estudos Doutrinários) I*, Coimbra, 1998, pp. 19-34.