

das em delitos ou contravenções, ou ser suprimidas quando coincidam com figuras delitivas já existentes atualmente no Código. Neste sentido parece-me acertada, p. ex., a despenalização de numerosas contravenções pela Lei Orgânica 3 de 21.6.89, de atualização do Código Penal, que passaram a ser meras infrações administrativas; a transformação em delitos das infrações mais graves de contrabando, pela Lei Orgânica 7 de 13.7.82, que modifica a legislação vigente em matéria de contrabando e regula os delitos e infrações administrativas,⁴⁴ e a introdução no Projeto de Lei Orgânica de Código Penal, de 1992 (seguindo a pauta já traçada pelo Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1980), de algumas figuras delitivas referentes à regulação de mercados (arts. 286 e ss.), e dos delitos urbanísticos (delitos contra a ordenação do território, arts. 310-11). Dentro do campo das infrações administrativas, deveria ser unificada a classificação das mesmas, de acordo com sua gravidade,⁴⁵ distinguindo infrações administrativas graves e leves.

Diante desse contexto, de não se poder diferenciar qualitativamente o ilícito penal do administrativo, é preciso estender às infrações administrativas a aplicação de alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal. Neste sentido, convém destacar que a Constituição estabelece o princípio da legalidade para as infrações e sanções administrativas (art. 25, 1): “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua realização não constituam... infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento”. O critério é louvável, mas deveria ter se limitado às infrações e sanções administrativas graves. Sua aplicação a todas as infrações e sanções administrativas não me parece viável, sem um amplo recurso à técnica das leis penais em branco⁴⁶ que dá lugar

a sérios problemas desde o ponto de vista do princípio da legalidade⁴⁷, ou até a uma simples habilitação legal para regular infrações e sanções administrativas.⁴⁸

O Tribunal Constitucional, na transcendental decisão de 30 de janeiro de 1981 (cujo relator foi Manuel Díez de Velasco) considerou que o princípio *ne bis in idem*, entre as penas e as sanções administrativas, “vai intimamente ligado aos princípios de legalidade e tipicidade das infrações reconhecidos, principalmente, pelo art. 25 da Constituição”.⁴⁹ Invoca o Tribunal Constitucional, em apoio a sua tese, os trabalhos de elaboração do texto da Constituição no Congresso onde se renunciou em estabelecer de forma expressa, no art. 9º, o princípio *ne bis in idem* por ser considerado como incluído no de legalidade e tipicidade proclamados no art. 25. García de Enterría aduz, por seu turno, em abono a esta interpretação, a conjuntiva ou, que se utiliza no enunciado do princípio de legalidade das infrações e sanções penais e administrativas no art. 25, 1, da Constituição: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua produção não constituam delito, contravenção ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento”.⁵⁰ São inconstitucionais, portanto, todas as disposições legais e regulamentares contrárias à vigência do princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas.⁵¹

No art. 9º, 3, da Constituição se estabelece o princípio da irretroatividade “das disposições sancionadoras não favoráveis”, entre as que se encontram, sem dúvida, as de caráter administrativo.

Também, deveria ser estabelecido em uma lei que regulasse, em caráter geral, o exercício do poder sancionador da Administração, o princípio da retroatividade das leis mais favoráveis, a prescri-

DOCTRINA INTERNACIONAL

SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS NO DIREITO ESPANHOL*

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Direito Penal
Universidade de Saragoça, Espanha

1. Sanções penais e administrativas disciplinares

O problema da distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo surge pela primeira vez no Estado liberal. No Estado polícia do despotismo ilustrado não é possível distinguir claramente o Direito Penal do Direito Administrativo. Não há mais que uma divisão de funções entre os tribunais e as autoridades administrativas.¹ Com o advento do liberalismo o Direito Penal conveter-se-ia em um dos expoentes mais lídimos do Estado de Direito, ao vincular o exercício do *jus puniendi* ao princípio da legalidade dos delitos e das penas. A distinção substancial entre delito e ilícito administrativo fez-se necessária.²

Com o advento do liberalismo social no final do século passado e o crescimento constante da atividade administrativa do Estado, o problema da distinção entre o ilícito administrativo e o penal adquiriu uma importância cada vez maior.³ O Estado não podia renunciar aos meios coativos para impor a realização de sua atividade administrativa. Com isso, surgia, todavia, o perigo de uma hipertrofia do Direito Penal. Esta extensão desmensurada do Direito Penal era censurável de um ponto de vista material, ao dar lugar à inclusão em seu âmbito de condutas não puníveis e de um ponto de vista prático, pois conduzia a um excesso de trabalho dos tribunais.

Goldschmidt⁴ propôs, na Alemanha, para resolver este problema o isolamento de um Direito Penal meramente administrativo do corpo do Direito Penal criminal. Para isso, sugeriu vários critérios substanciais de distinção entre o ilícito penal e o administrativo. Sua doutrina foi desenvolvida e dotada de uma fundamentação filosófico-jurídica por Erik Wolf.⁵ Seu ulterior desenvolvimento em nossos dias se deve fundamentalmente a Eb. Schmidt, Lange, Michels e Bockelmann.⁶

Na Espanha, o problema se colocou de um modo diferente, pois o aumento da atividade administrativa do Estado não deu lugar a uma hipertrofia do Direito Penal, como nos demais países europeus (Alemanha, França, Itália), senão ao desenvolvimento de um desmensurado poder sancionatório da Administração.⁷ Em nosso país, exige-

* Conferência proferida em 24.11.92, no auditório da FUNDAP, em São Paulo, no Seminário Internacional sobre Crimes contra a Administração Pública (tradução do original espanhol pelo Dr. Luiz Regis Prado, Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Saragoça, Espanha; Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá, Promotor de Justiça e Membro do IBCCRIM).

se não uma despenalização ou uma segregação de um Direito Penal administrativo do corpo do Direito Penal criminal, mas sim uma desadministrativização da atividade sancionatória da Administração⁸ ou ao menos a sujeição da mesma a alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal (princípio de legalidade, de retroatividade das leis mais favoráveis, e de culpabilidade) e a aplicação do princípio *ne bis idem* em relação às sanções penais e administrativas.⁹ O problema do deslinde material do ilícito administrativo é também fundamental a partir dessa perspectiva.

Os delitos do Direito Penal criminal seriam, segundo Goldschmidt,¹⁰ Wolf, Lange, Bockelmann e Michels delitos “naturais” *per se*, “de Direito Natural”, “previamente dados”, ou “metapositivos”, enquanto que os delitos administrativos seriam “delitos artificiais”, ou “criados só pela vontade do Estado”. Esta distinção é inadmissível. A historicidade, como disse Welzel,¹¹ é tão inseparável da essência do Direito como da essência do homem. Não é possível falar, por isso, em delitos “naturais” ou em “Direito natural”.

Como consequência da crítica de Weizel, Lange¹² destacou que sua distinção em delitos “naturais” e “artificiais” não se fundamenta numa concepção jusnaturalista. Lange quer dizer unicamente que delitos “naturais” ou de Direito Penal criminal serão em cada momento histórico aquelas ações delitivas que sejam ético-socialmente relevantes ou que tenham uma significação cultural. O delito administrativo será sempre, de acordo com Lange,¹³ uma ação irrelevante para a ética social ou culturalmente indiferente. Sua opinião é compartilhada por Eb. Schmidt¹⁴, Michels¹⁵ e Mezger-Blei.¹⁶

O ilícito administrativo se esgotaria, segundo esses autores, na desobediência aos mandatos e proibições estabelecidos positivamente pelo legislador. Seria um

ilícito puramente formal. O ilícito do delito administrativo não estaria constituído pela lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, mas somente pela lesão de um interesse da Administração. O perigo aos bens jurídicos, é, em suma, a *ratio legis* da punição destas condutas. Esta distinção qualitativa entre o ilícito administrativo e o criminal teria logo sua repercussão na diversa função e estrutura da sanção administrativa e da pena criminal. A sanção administrativa não teria outro fim que chamar o desobediente e lembrar-lhe seus deveres.¹⁷

A afirmação de que o ilícito administrativo seja ético-social ou culturalmente indiferente não me parece convincente.¹⁸ O legislador não estabelece seus mandatos e proibições, como asseverou Welzel,¹⁹ para exigir a obediência dos cidadãos, mas para criar um estado ou situação valiosos ou impedir a produção de um dano. A partir do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas perpassa uma linha contínua de um ilícito material que se vai atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente. A maior parte das vezes é a distância do setor vital respectivo que induz os juristas a pensarem que o injusto de uma contravenção determinada é puramente formal. H. Mayer citou, entre outros, o exemplo da omissão da luta contra a lagarta (que põe em perigo a colheita de fruta do vizinho diligente). Ninguém poderia dizer que esta conduta seja ético-social ou culturalmente indiferente. No Direito Penal espanhol, inclusive as ações constitutivas de contravenções contra a ordem pública, os interesses gerais e o regime urbanístico²⁰ têm sempre uma relevância ético-social ou cultural maior ou menor. Os que ocultam seu verdadeiro nome, localidade, estado ou residência às autoridades ou funcionários públicos, quando o perguntem no exercício de suas funções (art. 571) dificul-

tam a manutenção da ordem pública. Em alguns casos, o ilícito material pode ser, inclusive, mais grave que em certos delitos. Compare-se, por exemplo, as contravenções dos arts. 568 e 580 e o delito de dano do § 1º do art. 563. No seio de uma regulação jurídica pode haver normas puramente arbitrárias ou criadas exclusivamente pela vontade do Estado. Este é o caso, por exemplo, dentro da regulamentação do tráfego, da norma que dispõe que os veículos devem circular pela direita. Nestes casos somente a existência de uma ordenação está materialmente fundada, mas é indifferente o sentido da mesma. Com efeito, os veículos poderiam circular perfeitamente pela esquerda (como na Inglaterra). Estas normas são sempre, todavia, parte integrante de uma disposição jurídica mais ampla e fundamentada materialmente. O Direito de trânsito, por exemplo, tende, sem dúvida, a proteger a vida humana, a integridade corporal e a propriedade. Um tratamento, jurídico arbitrário, sem fundamento material algum, seria puramente despótica e deveria ser extirpada de nosso Direito.²¹

A exclusão do conceito de bem jurídico do âmbito do chamado Direito Penal administrativo carece de fundamento. Não é possível estabelecer uma diferença entre os interesses da Administração (conhecimento do nome, localidade, estado ou residência dos cidadãos, quando seja necessário para assegurar a ordem pública, no art. 571) tutelados pelo Direito e o restante dos bens jurídicos.²² Se o injusto administrativo fosse puramente formal, quando se esgotasse na desobediência aos mandatos e proibições do Direito, não poderia estabelecer o legislador diferenças na sanção entre as diversas infrações do Direito Penal administrativo.²³ O delito penal e o delito administrativo ou de polícia têm um conteúdo material semelhante e a mesma estrutura lógica.

A pena ou as sanções do Direito Penal administrativo encontrarão sua justificação unicamente em sua proporção à gravidade da infração e em sua necessidade, como a pena do Direito Penal criminal. A imposição da sanção administrativa será também, com frequência, expressão de um juízo desvalorativo ético-social.²⁴ Entre as penas e as sanções administrativas existem apenas diferenças quantitativas.²⁵

O critério filosófico-jurídico sugerido por Wolf²⁶ para a distinção entre o ilícito penal e o administrativo não é tampouco convencedor. Conforme esse autor, seria possível estabelecer uma diferenciação mediante a referência aos valores supremos pelos quais devem se orientar a Administração e o Direito, quer dizer, no primeiro caso o bem-estar e no segundo a justiça. É possível admitir, no entanto, que a Administração não deve se orientar pelo valor de justiça?²⁷ Toda a atividade do Estado, observa, com razão, H. Mayer,²⁸ inclusive, quando gira em torno de interesses temporais da Administração, vai dirigida ao fim unitário de criar uma ordem justa e útil. O Estado, como legislador, disse Mattes, não pode perseverar quaisquer fins, mas somente os assinalados pelo bem comum e estes encerram um valor geral de justiça.²⁹

Até o momento não foi possível encontrar um critério que permita destacar uma diferença qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.³⁰

A Lei das Contravenções alemã de 25.3.52 e a Lei Penal Econômica alemã de 9.7.54, reformada pela de 21.12.62, pretenderam estabelecer uma distinção qualitativa entre o ilícito criminal e o administrativo. Os conceitos de delito e de contravenção que previam, eram, todavia, de caráter puramente formal.³¹ As ações punidas simplesmente com uma sanção pecuniária (*Geldbusse*) eram contravenções e as punidas com penas, delitos. Se uma ação era punida com

pena ou com uma sanção pecuniária, decidia-se, no caso concreto, sobre o caráter da mesma. As leis citadas prescreviam (art. 6º da Lei Penal econômica e art. 2º da Lei das Contravenções) os critérios que deviam seguir o juiz ou as autoridades administrativas para deslindar os delitos e as contravenções, nestes casos. Esses critérios eram, sem dúvida, puramente quantitativos. O delito e a contravenção se distinguiam pela importância do dano causado, ou pela dessemelhança de grau do desvalor da ação. Na nova Lei de Contravenções de 24.5.68,³² que substituiu a de 25.3.52, desaparecem os tipos mistos e falta, por isso, um preceito similar ao art. 2º da antiga Lei. No entanto, estão mantidos na Lei Penal econômica, depois das reformas introduzidas pela Lei de Introdução à Lei das Contravenções de 24.5.68 e a Lei de 3.6.75 (o antigo art. 6º é agora o 2º).³³

As leis alemãs referidas também não conseguiram sinalizar uma diferença qualitativa entre a pena e a sanção pecuniária.³⁴ Para fundamentar uma diversidade qualitativa não basta que as sanções pecuniárias não sejam inscritas no Registro de Antecedentes criminais e não possam ser substituídas por prisão em caso de insolvência.³⁵ Isso se deve a que sua imposição implica geralmente um desvalor ético-social menor e em considerações de política criminal.

Ao não ter sido possível até agora se determinar uma diferença qualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo e entre pena e sanção administrativa, resulta inadmissível do ponto de vista das exigências do Estado de Direito a hipertrofia atual do poder sancionatório da Administração na Espanha. Nos termos do art. 603 do CP: "Nas ordenações municipais e demais regulamentos gerais ou particulares da Administração que se publicarem sucessivamente e nas ordens de polícia e bom governo que ditarem as autoridades não serão esta-

belecidas penas maiores que as cominadas neste livro, ainda quando tenham que ser impostas em virtude de atribuições governativas, a não ser determinação diversa por leis especiais".³⁶ As penas correspondentes às contravenções são, fundamentalmente, a prisão menor (de um a trinta dias) e a multa até cem mil pesetas.³⁷ Hoje, as sanções administrativas de caráter pecuniário superiores a cem mil pesetas não são uma exceção, senão um fenômeno muito frequente.³⁸

Segundo o art. 28, 1ª da Lei Orgânica 1, de 21.2.82, sobre proteção da segurança do cidadão, as infrações reguladas na mesma podem ser sancionadas com multas de até cem milhões de pesetas, quando se trata de infrações muito graves, de até cinco milhões de pesetas, no caso de infrações graves e até cinquenta mil pesetas para infrações leves. Entre as sanções são incluídas, também, a suspensão temporária de licenças, autorizações ou permissões e o fechamento de fábricas, locais ou estabelecimentos de dois anos a seis meses de duração, para o caso de infrações muito graves e graves (art. 28, 1ª d e e). No casos "graves de reincidência", a suspensão e o fechamento poderão ter uma duração de dois ou seis anos, conforme a gravidade das infrações — graves ou muito graves (último parágrafo, inc. 1, do art. 28). De acordo com a Lei de 19.7.84, de caráter geral para a defesa dos consumidores e usuários, as infrações leves são sancionadas com multas de até 500.000 pesetas, as graves até 2.500.000 de pesetas e as muito graves até 100.000.000 de pesetas, podendo-se ultrapassar nestes dois últimos casos, o limite fixado, até o quántuplo do valor dos produtos ou serviços objeto da infração. Nestas infrações muito graves, o Conselho de Ministros pode assentir, além disso, no fechamento temporal do estabelecimento, instalação ou serviço por um prazo máximo de cinco anos (art. 36).³⁹ Nos

termos da Lei Orgânica n. 7, de 13.7.82, que modifica a legislação vigente em matéria de contrabando e regula os delitos e infrações administrativas, as multas podem ser muito elevadas. Assim, o art. 13 prevê o seguinte: "As pessoas responsáveis pelas infrações administrativas de contrabando serão sancionadas com multa de metade ao duplo do valor dos gêneros ou correlatos". Nas infrações urbanísticas, de acordo com o art. 228 da lei sobre o regime do solo e ordenação urbana (texto refundido e aprovado por Decreto Real 1.346 de 9.4.76), os prefeitos podem impor multas até o limite de 500.000 pesetas, nos municípios que não excedam a cinquenta mil habitantes, de 1.000.000 de pesetas, nos que excedam de cem mil habitantes, de 5.000.000 de pesetas nos que não excedam a quinhentos mil habitantes e nos demais de quinhentos mil habitantes, a multa pode ser de até 10.000.000 de pesetas. Os Governadores, após informe prévio das Comissões Provinciais de Urbanismo, podem sancionar as infrações urbanísticas com multas de até 25.000.000 de pesetas; o Ministro de Obras Públicas e Urbanismo, após informe prévio da Comissão Central de Urbanismo, de até 50.000.000 de pesetas e o Conselho de Ministros, mediante proposta do Ministro de Obras Públicas e Urbanismo, após informe prévio da Comissão Central de Urbanismo, de até 100.000.000 de pesetas. "Nos parcelamentos ilegais, o montante das multas poderá ser ampliado", segundo o n. 7 do art. 228, "em uma quantidade igual a todo o benefício obtido, mais os danos e prejuízos causados e a quantia da sanção não será nunca inferior à diferença entre o valor inicial e o da venda das parcelas corresponsdentes".⁴⁰

A Administração podia aplicar, inclusive, não faz muito tempo, sanções privativas de liberdade, em substituição às pecuniárias⁴¹, possibilidade que foi

felizmente excluída pelo art. 25, 3, da Constituição que declara: "A Administração civil não poderá impor sanções que, direta ou subsidiariamente, impliquem em privação de liberdade". Em algum caso, a Administração chegou a aplicar penas privativas de liberdade. Em relação ao disposto na Lei penal e processual de delitos monetários de 24.11.38 (art. 7º c/c o art. 8º), o juiz de delitos monetários (que era leigo, dependente do Ministério da Fazenda e nomeado pelo Conselho de Ministros, mediante proposta do primeiro) podia aplicar, além de uma pena de multa, uma pena de prisão até o máximo de 3 anos, com independência da prisão subsidiária por insolvência. Pelo Real Dec.-lei 1 de 4.1.77, atribuiu-se aos Juizados Centrais de Instrução e à Audiência Nacional a competência para julgar os delitos de tráfico monetário compreendidos nos arts. 283 a 290 (falsificação de moeda) do Código Penal e na Lei de delitos monetários. A Lei penal e processual de delitos monetários foi, posteriormente, derogada pela Lei 40 de 10.12.79, sobre o regime jurídico do Controle de Câmbios.

É urgente um reexame por parte do legislador dos limites entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Entre o ilícito penal e o administrativo, pena e sanção administrativa, cabe estabelecer, unicamente, diferenças quantitativas e a demarcação há de ser traçada pelo legislador. Na redistribuição da matéria, deve ser levado em conta, primordialmente, a gravidade das infrações, do ponto de vista material (desvalor ético-social e cultural)⁴² e, somente em um segundo momento, considerações de política criminal (a rapidez e a eficácia da sanção). Uma grande parte das contravenções previstas no Livro III do Código Penal poderiam ser transformadas em infrações puramente administrativas⁴³ e as infrações administrativas de maior gravidade deveriam ser converti-

das em delitos ou contravenções, ou ser suprimidas quando coincidam com figuras delitivas já existentes atualmente no Código. Neste sentido parece-me acertada, p. ex., a despenalização de numerosas contravenções pela Lei Orgânica 3 de 21.6.89, de atualização do Código Penal, que passaram a ser meras infrações administrativas; a transformação em delitos das infrações mais graves de contrabando, pela Lei Orgânica 7 de 13.7.82, que modifica a legislação vigente em matéria de contrabando e regula os delitos e infrações administrativas,⁴⁴ e a introdução no Projeto de Lei Orgânica de Código Penal, de 1992 (seguindo a pauta já traçada pelo Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1980), de algumas figuras delitivas referentes à regulação de mercados (arts. 286 e ss.), e dos delitos urbanísticos (delitos contra a ordenação do território, arts. 310-11). Dentro do campo das infrações administrativas, deveria ser unificada a classificação das mesmas, de acordo com sua gravidade,⁴⁵ distinguindo infrações administrativas graves e leves.

Diante desse contexto, de não se poder diferenciar qualitativamente o ilícito penal do administrativo, é preciso estender às infrações administrativas a aplicação de alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal. Neste sentido, convém destacar que a Constituição estabelece o princípio da legalidade para as infrações e sanções administrativas (art. 25, 1): "Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua realização não constituam... infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento". O critério é louvável, mas deveria ter se limitado às infrações e sanções administrativas graves. Sua aplicação a todas as infrações e sanções administrativas não me parece viável, sem um amplo recurso à técnica das leis penais em branco⁴⁶ que dá lugar

a sérios problemas desde o ponto de vista do princípio da legalidade⁴⁷, ou até a uma simples habilitação legal para regular infrações e sanções administrativas.⁴⁸

O Tribunal Constitucional, na transcendental decisão de 30 de janeiro de 1981 (cujo relator foi Manuel Díez de Velasco) considerou que o princípio *ne bis in idem*, entre as penas e as sanções administrativas, "vai intimamente ligado aos princípios de legalidade e tipicidade das infrações reconhecidos, principalmente, pelo art. 25 da Constituição".⁴⁹ Invoca o Tribunal Constitucional, em apoio a sua tese, os trabalhos de elaboração do texto da Constituição no Congresso onde se renunciou em estabelecer de forma expressa, no art. 9º, o princípio *ne bis in idem* por ser considerado como incluído no de legalidade e tipicidade proclamados no art. 25. García de Enterría aduz, por seu turno, em abono a esta interpretação, a conjuntiva ou, que se utiliza no enunciado do princípio de legalidade das infrações e sanções penais e administrativas no art. 25, 1, da Constituição: "Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua produção não constituam delito, contravenção ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento".⁵⁰ São inconstitucionais, portanto, todas as disposições legais e regulamentares contrárias à vigência do princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas.⁵¹

No art. 9º, 3, da Constituição se estabelece o princípio da irretroatividade "das disposições sancionadoras não favoráveis", entre as que se encontram, sem dúvida, as de caráter administrativo.

Também, deveria ser estabelecido em uma lei que regulasse, em caráter geral, o exercício do poder sancionador da Administração, o princípio da retroatividade das leis mais favoráveis, a prescri-

ção das infrações e sanções administrativas, e para as infrações administrativas graves, o princípio de culpabilidade e a possibilidade de interpor contra a resolução em que se aplique sanção administrativa, um recurso suspensivo ante os Tribunais de Jurisdição Criminal.⁵²

1. Sanções Penais e Administrativas Disciplinares

As tentativas de delimitação material entre o ilícito criminal e o ilícito disciplinar foram até o momento de pouco sucesso. Para Maurach, o ilícito disciplinar tem um caráter interno, ainda que não tenha sofrido diminuição alguma a autoridade do Estado, nem perturbado a marcha da Administração. Nos delitos de funcionários públicos do Código Penal, o bem jurídico protegido é, ao contrário a confiança dos cidadãos na transparência da gestão administrativa. Esse critério de Maurach não permite realizar uma diferenciação qualitativa entre o ilícito penal e o disciplinar. A diminuição ou o menoscabo da confiança dos cidadãos na transparência da gestão administrativa pode ser produzido também pelo ilícito disciplinar e, no entanto, estar ausente nos delitos de funcionários públicos do Código Penal. No Direito Disciplinar, segundo Maurach, as infrações interessam só como sintoma de que o funcionário não é merecedor de confiança (é um Direito não de fato, mas de autor) e a sanção é, a rigor, uma medida com fins de correção e proteção, diferentemente da pena que é retribuição do fato delitivo realizado⁵³. Não obstante, torna-se difícil admitir que a sanção disciplinar não deva ter relação com a gravidade da infração, mas unicamente com a falta de probidade do funcionário, da qual a infração deva ser um mero sintoma.

O critério proposto por Cuello Calón⁵⁴ e Antón Oneca⁵⁵ não permite uma distinção qualitativa entre o ilícito disciplinar

e o penal. O Direito Penal teria como fim, segundo esses autores, a tutela da ordem jurídica e o Direito Disciplinar, de outro lado, manter os funcionários no cumprimento de seus deveres (Cuello Calón), ou contribuir para a melhor organização de um serviço público (Antón Oneca). A este respeito, é preciso ponderar que o Direito Penal não se limita a tutelar uma ordem jurídica preexistente, mas constitui também uma parcela de dita ordem. Os preceitos do Direito Penal que tratam dos delitos de funcionários públicos têm como objetivo, o mesmo que os do Direito Disciplinar, manter os funcionários no cumprimento de seus deveres e contribuir para uma melhor organização do serviço público. Não me parece convincente, por isso, tampouco o critério de distinção qualitativa sugerido por Emilio Octávio de Toledo e ao qual adere García de Enterría: na infração disciplinar, o bem jurídico protegido seria a organização administrativa e nos delitos de funcionários públicos o serviço que a sociedade tem direito de exigir da Administração.⁵⁶

Entre o ilícito disciplinar e o penal só há diferença de grau. O legislador estende a ameaça da pena às formas mais graves de ilícito disciplinar. A sanção disciplinar e a pena não se distinguem essencialmente. Para isso, na minha opinião, não basta destacar, como faz García de Enterría,⁵⁷ "que a potestade disciplinar é uma potestade de supremacia especial". A sanção disciplinar há de ser também justa, adequada à gravidade da infração e necessária. A sanção disciplinar, no entanto, dentro do limite máximo fixado pela justiça, leva em conta não só os fins de prevenção geral e a prevenção especial, mas também as exigências de prestígio e de bom funcionamento da Administração. As sanções penais e as disciplinares são, por isso, independentes.⁵⁸

A menor gravidade do ilícito disciplinar frente ao ilícito penal explica porque no Direito Disciplinar as condutas não estejam reguladas, com frequência, em uma Lei, mas em disposições de caráter regulamentar, com uma simples habilitação legal.⁵⁹ Sua definição não costuma ser exaustiva, nem vem vinculada expressamente a cada uma delas uma sanção determinada. As sanções disciplinares não são aplicadas, pelo mesmo motivo, pela jurisdição ordinária, mas pelas autoridades administrativas em resoluções, em geral revogáveis.⁶⁰⁻⁶¹

NOTAS

1. V. Maurach, *Deutsches Strafrecht*, A.T., 4ª ed., 1971, pp. 14 e ss., e Maurach-Zipf, *Strafrecht*, A.T., 1, 7ª ed., C.F. Müller, 1987, pp. 13 e ss.

2. A teoria do Direito Penal de polícia representou a primeira tentativa nesse sentido. Esta teoria nasceu, como assinalou Mattes, por influência do jusnaturalismo racionalista. Tratava-se de diferenciar um Direito Penal judicial ou criminal, de um Direito Penal de polícia, um ilícito autêntico, "natural", de um simples ilícito de polícia. Feuerbach foi o primeiro que procurou estabelecer com clareza esta diferença. Segundo ele, o crime em sentido estrito se caracteriza pela lesão de um direito do Estado ou do cidadãos, enquanto o simples delito ou contravenção de polícia estava constituído por condutas que em si não são antijurídicas, porque não lesionam direito algum, mas que o Estado proíbe para o cumprimento mediato de seu fim, porque trazem perigo para o ordenamento jurídico e a segurança. Vide Heinz Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, I, Geschichte und Rechtsvergleichung*, Dunker Humblot, Berlim, 1977, pp. 105 e ss. e 109 e ss.

3. V. Maurach, op. cit., p. 15 e Maurach & Zipf, op. cit., p. 13.

4. James Goldschmidt, *Das Verwaltungssstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpressão da 1ª ed. de Berlim, 1902, Scientia Verlag, Aalen, 1969. Uma

exposição detalhada da doutrina de Goldschmidt, formulada na obra anteriormente citada e outros trabalhos posteriores, em R.V. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, reimpressão da 1ª ed. de Berlim, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1971, t. II, pp. 106 e ss. e Heinz Mattes, op. cit., pp. 135 e ss. e 141 e ss.

5. Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard Frank zum 70 Geburtstag*, reimpressão da 1ª ed. de Tubinga, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1969, pp. 518 e ss.

6. Eb. Schmidt, *Das neue wesdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1950, *Beihefte zur Deutscher Rechtszeitschrift*, Heft 11, 1950; e *Empfiehlt es sich die Dreiteilung der Strafbaren Handlungen beizubehalten? Nach welchen Gesichtspunkten ist das kriminelle Unrecht vom Verwaltungsunrecht abzugrenzen? Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 1, Grundsatzfragen, Bonn, 1956, pp. 333 e ss.; Lange, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, *Juristenzeitung*, 1957, pp. 233 e ss.; H.G. Michels, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Versuch einer materialen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlim, Walter de Gruyter, 1963; e Bockelmann, "Umwandlung der Verkehrsübertretungen" in *Ordnungswidrigkeiten, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, pp. 165 e ss. e *Möglichkeiten und Grenzen der Zivilisierung des Verkehrs durch das Mittel der Strafe*, loc. cit., pp. 117 e ss.

7. V. o trabalho fundamental de J.R. Parada Vázquez, "El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal", *Revista de la Administración Pública*, 67, 1972, pp. 41 e ss.

8. V. Parada Vázquez, op. cit., pp. 91-2, que considera: "A solução mais razoável... seria a de mudar a ordem jurisdicional, revisando ante a jurisdição penal, os atos sancionadores da Administração, aceitando a possibilidade de interpor recurso suspensivo contra esses atos" (p. 92); e Miguel Bajo Fernández, "El Derecho Penal Económico. Un Estudio de Derecho Positivo español", separata del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973, pp. 121 e ss., que propõe uma interpretação restritiva da ressalva do art. 603 do CP, de modo que as sanções administrativas superiores às penas das contravenções sejam penas e estejam sujeitas às regras do Tít. III do Livro

I do Código Penal e não possam ser impostas pela Administração, senão pelos Tribunais de Justiça, mediante um procedimento criminal.

9. V. nesse sentido, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Libertad Religiosa y Orden Público*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 79 e ss., "Sanciones Penales y Gubernativas", *Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Salamanca, 1971, pp. 11 e ss. e 16 e ss., e "Multas Administrativas", *Revista de Administración Pública*, 279, 1976, pp. 31 e ss. e 37 e ss.; Casabó Ruiz, J.R., em *Comentários al Código Penal*, de J. Córdoba Roda e G. Rodríguez Mourullo, II, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 85-6; e Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, Civitas, 1981, pp. 161 e ss.

10. Goldschmidt partia para distinguir entre o ilícito administrativo e o penal da diferente situação em que é o homem considerado em uma e em outra esfera. No Direito Penal, o homem aparece como indivíduo dotado de vontade autônoma e no Direito Administrativo, ao contrário, como membro da sociedade a serviço dos fins do progresso social. O delito administrativo seria infração do dever de colaboração. Este critério não encontrou eco, com razão, na literatura jurídica (v. Antón Oneca, *Derecho Penal*, P.G., Madrid, 1949, p. 9 e Stampa, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Miñón, Valladolid, 1953, p. 60). O Direito, a totalidade do ordenamento jurídico, como assinala Mattes, parte da concepção do ser humano não como um ser individual, isolado, mas como um ser social, com sua peculiar vinculação à comunidade (v. Heinz Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, II, Geltendes Recht und Kritik*, editado e elaborado, depois da morte do autor, por sua esposa Dra. Herta Mattes, Duncker-Humboldt, Berlim, 1982, pp. 93 e ss., especialmente pp. 124-5. Tanto nas leis administrativas como nas penais, o legislador declara que ações são lícitas e ilícitas e estabelece uma linha de conduta para realizar o progresso social. Tampouco, teve eco o critério proposto por Goldschmidt de que o delito administrativo não seria um ato contra o Direito — como o delito penal — mas somente um ato contra a ordem administrativa, pois a contraposição entre Direito (que parte do indivíduo, de seus direitos e bens) e Administra-

ção (que procura conseguir o bem estar social), de raiz liberal, foi superada (v., a este respeito, H. Mayer, *Strafrecht*, A.T., Kohlhammer, 1953, pp. 71-2, e *Strafrecht*, A.T. Kohlhammer, 1967, pp. 56-7; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 4ª ed., Duncker-Humboldt, Berlim, 1988, p. 52 e Mattes, op. cit., pp. 135 e ss. e 141 e ss.).

11. Welzel, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 238, *Juristenzeitung*, 1957, p. 132 e *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962. Maurach afirma também a impossibilidade de reconhecer a existência de delitos naturais ou ético-socialmente *a priori* (v. Maurach, op. cit., p. 5).

12. Lange, *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, *Juristenzeitung*, 1957, p. 238; neste sentido também Michels, op. cit., pp. 78 e ss.

13. V. tb. *Die Magna Charta der anständigen Leute*, *Juristenzeitung*, 1956, pp. 75-9; *Der Strafgesetzer und die Schuldlehre*, *Juristenzeitung*, 1956, pp. 519 e 521-3, e *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, *Juristenzeitung*, 1957, pp. 233 e 237-8.

14. Eb. Schmidt, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 26-8.

15. Michels, op. cit., p. 48 e ss.

16. Mezger-Blei, *Strafrecht*, I, A.T., 15ª ed., 1973, pp. 5-6 e Blei, *Strafrecht*, I, A.T., 18 ed., 1983, pp. 5-6.

17. V. Lange *Der Strafgesetzer und die Schuldlehre*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 521; Wolf, op. cit., p. 548; Michels, op. cit., p. 57 e ss.; Mezger-Blei, op. cit., pp. 5-6; e Bockelmann, "Umwandlung der Verkehrsübertretungen", in *Ordnungswidrigkeiten*, lug. cit., pp. 167 e ss. Segundo Lange, o princípio da culpabilidade funciona aqui só como limite. Na medição da pena, o critério reitor viria subministrado pelos fins racionais destas leis administrativas (*Die Magna Charta der anständigen Leute* lug. cit., p. 77). Para Bockelmann, a sanção administrativa pode ter um caráter retributivo, mas nunca é expressão de um juízo desvalorativo ético-social sobre o autor (op. cit., pp. 168-9).

18. V. tb. nesse sentido, H. Mayer, op. cit., 1953, pp. 56 e 73; Welzel, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, cit., p. 238 e ss.; Jescheck, *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 459; *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 52-3; Arthur Kaufmann, *Das Schulprinzip*, C. Winter Universitäts Verlag, Heidelberg, 2ª ed., 1976, pp. 136-7; Krümpelmann, *Die Bagatelldelikte*,

Duncker-Humblot, Berlim, 1966, pp. 171 e ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, A.T., I, p. 30; Schmidhäuser, *Strafrecht*, A.T., 2ª ed., 1975, pp. 257-8; Baumann-Weber, *Strafrecht*, A.T., 9ª ed., pp. 39 e ss. e Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, II, pp. 175 e ss., 238 e ss. e 241 e ss.

19. V. Welzel, op. cit., pp. 238-240.

20. A doutrina espanhola considera, em sua maioria, como exemplos de meras infrações de polícia ou administrativas. Vide, Rodriguez Muñoz, Notas a la Traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger, I, 1955, pp. 10-11.

21. V. Welzel, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 240; Krüpelmann, op. cit., p. 173 e Mattes, op. cit., pp. 163 e ss. e 170 e ss.

22. V. H. Mayer, op. cit., pp. 72-3; Jescheck, op. cit., p. 459; e Mattes, op. cit., pp. 143 e ss. e 147 e ss. Se o interesse da Administração é às vezes somente *ratio legis* (segundo Michels, op. cit., p. 69 e ss., este é sempre o caso), também o é a proteção dos bens jurídicos nos delitos de perigo abstrato do Direito Penal criminal.

23. Nesse sentido, Krüpelmann, op. cit., p. 175.

24. A pena tampouco o é sempre. Não o é quando, excepcionalmente, o delito punido é uma conduta irrelevante a partir da ética social. De outra opinião Rodriguez Mourullo, segundo a qual a pena é sempre expressão de um juízo desvalorativo ético-social, enquanto que a sanção administrativa não o é nunca (*Derecho Penal*, P.G., p. 34).

25. Neste sentido, também, Krüpelmann, op. cit., p. 177; Schmidhäuser, op. cit., p. 258; Mattes, op. cit., pp. 288 e ss.; Rudolf Schmitt, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, C. Heymanns Verlag, 1970, pp. 12 e ss.; Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, P.G., I, *Introducción*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 54; José Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonha, 1989, pp. 51-2 e 73 e ss. e José Garberí Llobregat, *La Aplicación de los Derechos y Garantías Constitucionales a la Potestad y al Procedimiento Administrativo Sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 66-7 e 68-9. Segundo Garcia de Enterría não existem diferenças qualitativas, materiais, entre as penas e as sanções administrativas de proteção da ordem geral, mas sim entre as penas e a sanções que chama de autoproteção,

entre as quais inclui as de caráter disciplinário, as de polícia dominial (tendentes à proteção da integridade das coisas ou bens públicos), a rescisão de atos administrativos favoráveis e as tributárias. A potestade sancionadora seria nestes casos "uma potestade doméstica, no sentido de dirigida à própria proteção mais que a outros fins sociais gerais, com efeitos somente em relação àqueles que estão diretamente em contato com sua organização e funcionamento e não contra os cidadãos em abstrato" (v. Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, pp. 148 e ss. e 152 e ss. Parece-me duvidoso que este critério permita uma distinção qualitativa, pois as sanções tributárias, por exemplo, estão orientadas, sem dúvida, não só à própria proteção da Administração, mas à consecução de uns fins gerais de política social e econômica. O mesmo cabe dizer, no meu entender, das sanções de polícia dominial e da rescisão de atos administrativos favoráveis. Estas sanções, por outro lado, encontrarão sua justificação unicamente, como as penas, em sua proporção à gravidade da infração e em sua necessidade. No que diz respeito às sanções disciplinares, v. infra, pp. 14 e ss., especialmente, pp. 15-6.

26. V. Wolf, op. cit., pp. 521-2.

27. V. Welzel, *Juristenzeitung*, 1957, pp. 131-2; Aftalion, *Derecho Penal Administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 87 e H. Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, II, pp. 126 e ss.

28. H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 73.

29. V. H. Mattes, op. cit., p. 130.

30. V., nesse sentido, também, R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 2, pp. 112 e ss. e Mezger, *Strafrecht*, I, A.T., 8ª ed., 1958, p. 5 (de outra opinião, Mezger-Blei, *Strafrecht*, I, A.T., pp. 5-6); H. Mattes, "Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen" in *Ordnungswidrigkeiten*, lug. cit., p. 27 e ss.; Rudolf Schmitt, op. cit., pp. 13 e ss.; G. Jakobs, *Strafrecht*, A.T., *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlim-Nova York, 2ª ed., 1991, pp. 53 e ss.; Stampa, op. cit., pp. 57 e ss.; Rodriguez Muñoz, op. cit., pp. 10-11; Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 48 e ss.; e III, pp. 976-7; Antón Oneca, op. cit., pp. 9-10; Rodriguez Devesa, *Derecho Penal Español*, P.G., 15ª ed., Madrid, 1992, p. 32; Casabó Ruiz, J.R., op. cit., pp. 81 e ss.; Miguel Bajo

Fernández, op. cit., p. 117 e ss.; Sáinz Cantero, op. cit., pp. 52-3; Lorenzo Martín-Retortillo, op. cit., pp. 83 e ss.; Suay Rincón, op. cit., pp. 85 e ss., especialmente, pp. 96-7 e José Garberí Llobregat, op. cit., pp. 62 e ss., especialmente, pp. 68-9.

31. V., nesse sentido, Bockelmann, Z. Str. W., t. 66, 1954, pp. 123 e ss.; H. Mayer, op. cit., p. 71 e ss.; Aftalión, op. cit., pp. 96 e ss.; Schmidhäuser, op. cit., p. 258 e Rudolf Schmitt, op. cit., pp. 13 e ss.

32. Sua atual redação é de 19.2.87, ainda que tenha sido parcialmente modificada posteriormente pelas Leis de 17.5.88; 30.8.90 e por várias disposições contidas no Tratado da Unificação Alemã de 31.8.90, para o antigo território da República Democrática Alemã.

33. V., a esse respeito, Rudolf Schmitt, op. cit., p. 13 e Göhler, *Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Juristenzeitung*, 1968, pp. 583 e ss. e 613 e ss.; e *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 9ª ed., Verlag C.H. Beck, Munique, 1990, p. 21 (n. 33).

34. V. H. Mayer, op. cit., pp. 47 e 71-2 e Rudolf Schmitt, op. cit., pp. 12 e ss.

35. Nesse sentido, Krüpelmann, op. cit., p. 177 e R. Schmitt, op. cit., p. 12. Na nova Lei das Contravenções de 24.5.68 (arts. 96 e 66, § 2º) se prevê um "arresto de apremio" para o caso de falta de pagamento da sanção pecuniária ou de uma parte dela, se o interessado não comunicou aos órgãos de execução a impossibilidade em que se encontra de pagar, ou o tendo feito, aqueles não conhecem circunstância alguma que possa justificar dita impossibilidade.

36. V. sobre a origem e as vicissitudes históricas do art. 603 do CP vigente, o interessante artigo de J.R. Casabó Ruiz, "La Capacidad Sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal", em *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 275 e ss. No art. 610, 1, da Proposta de Anteprojeto de novo Código Penal de 1983, se dispunha que: "Nas ordenações municipais e demais regulamentos administrativos não serão estabelecidas sanções que equivalham a penas maiores que as cominadas neste Livro, a não ser que se determine de modo diverso, por leis especiais, sem que em nenhum caso as sanções possam implicar, direta ou indiretamente, privação de liberdade". É preocupante que no Projeto de Código Penal de 1992 não se tenha incluído um preceito semelhante.

37. Segundo o limite estabelecido pela Lei Orgânica 3 de 21.6.89, de atualização do Código Penal (arts. 28 e 74 do CP).

38. V., a esse respeito, Lorenzo Martín-Retortillo, *Sanciones Penales y Sanciones Gubernativas*, pp. 14-5 e "Multas Administrativas", *Revista de Administración Pública*, 79, 1976, pp. 25 e ss. Ao se ter adotado no Projeto de Código Penal de 1992 o sistema de dias-multa (arts. 46 e ss.), elevou-se consideravelmente o limite máximo da pena de multa correspondente às contravenções. A quota diária máxima é de 30.000 ptas., e a multa de dois meses pode alcançar a soma de 2.000.000 de ptas.

39. O art. 36 dispõe, ainda, que o valor das multas deverá ser revisado e atualizado periodicamente pelo Governo, de acordo com a variação dos preços de consumo.

40. O art. 231 assevera: "Quando o benefício que resultar de uma infração urbanística for superior à sanção correspondente, poderá esta ser aumentada da quantia equivalente ao benefício obtido". Inclui-se, aqui, também, na importância das multas o confisco do benefício ilícito obtido. Suay Rincón critica, com razão, a inclusão de um conteúdo indenizatório, reparador ou de confisco nas sanções administrativas. Isto explicaria, segundo ele, a elevada quantia que alcançam em alguns casos as multas e constituiria "a razão última que tradicionalmente tem impedido configurar as sanções administrativas em torno de uma única rede de princípios homogêneos" (cf. J. Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, pp. 70 e ss.).

41. V. a primeira edição de meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Madrid, 1976, p. 42.

42. Essa tarefa implica, sem dúvida, em juízos de valor e por isso diferenças podem ser qualificadas como valorativas, como faz Torío, "Injusto Penal e Injusto Administrativo (Presupuestos para la reforma del Sistema de Sanciones)", em *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenagem ao Prof. Eduardo García Enterría, Madrid, Civitas, 1991, pp. 2.536 e ss., e, especialmente, pp. 2.539 e ss. Todavia, continuam sendo diferenças quantitativas. O mesmo se pode dizer a respeito da opinião de Roxin, de que as diferenças quantitativas a partir de um certo limite (difícil de ser precisado, de outro lado) convertem-se em qualitativas (cf. *Strafrecht*, A.T., I, Grundlagen. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag, C.H. Beck, Munique, 1992, p. 22.

43. Não devem ser suprimidas de outro lado, as contravenções, como propunha nas Emendas ns. 860 e 1.260 do Grupo Parlamentar Comunista, ao art. 19 e à totalidade do Livro III do Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1980, por razões processuais e porque permitem uma maior matização da gravidade das infrações penais (v. a este respeito, meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1985, pp. 259-60).

44. De conformidade com o art. 1º da citada Lei, serão considerados autores do delito de contrabando, aqueles que realizem qualquer das condutas descritas no mesmo “sempre que o valor dos gêneros ou efeitos seja igual ou superior a um milhão de pesetas” e quando, qualquer que seja o valor, “o objeto do contrabando sejam drogas, estupefacientes, armas, explosivos ou outros, cuja posse constitua delito” ou “o contrabando se realize através de uma organização”.

45. Na Lei sobre Regime do Solo e Ordenação Urbana as infrações administrativas são classificadas em graves e leves (art. 226) e na Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários, de 19 de julho de 1984 (art. 35) e na Lei Orgânica 1 de 21.2.92, sobre proteção da segurança comunitária (arts. 23-6) são classificadas em muito graves, graves e leves.

46. V., a esse respeito, Suay Rincón, op. cit., pp. 174 e ss.

47. Cf. meu *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 157.

48. Por exemplo, no art. 21 K da Lei que regula as bases do regime local e o art. 59 do texto refundido das disposições vigentes em materia de regime local, para a regulamentação das infrações e sanções, das ordenações municipais (v., Francisco Sanz Gandásequi, *La Potestad Sancionatoria de la Administración: La Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1985, pp. 110 e ss.).

49. V. a Jurisprudência Constitucional, editada conjuntamente pelo Tribunal Constitucional e o BOE, t. I, 1ª ed., 1982, p. 18. V. tb. no mesmo sentido, de afirmar o fundamento do princípio *ne bis in idem* no art. 25, I, da Constituição, o acórdão de 3.10.83 do Tribunal Constitucional, do qual foi relator D. Luís Díez Picazo.

50. V. Eduardo García de Enterría, “La Incidencia de la Constitución sobre la Potestad Sancionadora de la Administración: dos importantes acórdãos do Tribunal Constitucional”, in

La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 1981, pp. 246 e ss.

51. V., nesse sentido, Eduardo García de Enterría, op. cit., p. 244.

52. V. uma proposta similar, *de lege ferenda*, em M. Bajo Fernández, *Derecho Penal Económico*, Madrid, Civitas, 1978, p. 108, precedida de uma detida análise dos possíveis mecanismos compensatórios da redução da potestade sancionadora da Administração (papel da Administração na persecução de certas infrações delitivas, valor probatório das autuações da Administração e transação penal), pp. 100 e ss.; e “Hacia una Ley de Contravenciones: el modelo portugués”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, fasc. 3º, pp. 584 e ss.; Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, P.G., I, pp. 56 e ss.; e “El Proyecto de Código Penal a la luz del Movimiento Mundial de Reforma de las Leyes Penales”, in *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 183-4. Não me parece necessário, no entanto, como sugere Sainz Cantero, já anteriormente proposto por Castejón (“En torno a lo penal y administrativo”, *Revista Facultad de Derecho*, Madrid, 1942; *El Código de Policía y los Tribunales de Policía, Investigación*, ns. 264-5, Madrid, 1950), mas basta tão-só promulgar uma lei que regule, com caráter geral o exercício da potestade sancionadora da administração e na que se estabeleçam os princípios básicos que seriam vinculantes para todo o Direito Administrativo sancionatório. Este é o critério que adotava a Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal, de 1983, em cuja disposição final se anunciava que o Governo no prazo de seis meses deveria remeter ao Parlamento, entre outros Projetos de Lei, um que regulasse a potestade sancionadora da Administração. É lamentável que no Projeto de Código Penal de 1992 não se incluía um preceito semelhante. Na lei alemã das Contravenções de 24 de maio de 1968, reformada por outras posteriores, são previstos os princípios de legalidade e culpabilidade (arts. 1º, 3º, 4º, 10, 11 e 12). O § 1º, do art. 1º, declara que: “Uma contravenção é uma ação antijurídica e reprovável que realiza o tipo de uma lei que permite a punição com uma sanção pecuniária” (*Geldbusse*). A aplicação por uma mesma ação de uma pena e uma sanção pecuniária (*Geldbusse*) é impossível art. 86) e se prevê

a possibilidade de se interpor recurso suspensivo ante os órgãos da jurisdição criminal (arts. 67 e ss.). Muito importante é o tratamento expreso na prescrição (arts. 31 e ss.) e a possibilidade de comparecimento de um funcionário diante da jurisdição criminal para explicar os fundamentos da sanção (art. 76). O art. 2º da Lei Federal suíça do Direito Penal administrativo de 22.3.74, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1975, determina a aplicação, em princípio, dos preceitos da Parte Geral do Código Penal às contravenções e nos arts. 73 e ss., alude à possibilidade de se interpor recurso suspensivo contra as decisões das autoridades administrativas frente à jurisdição criminal. No processo criminal a Administração também é parte (v. Markus Peter, *Das neue Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1974, fasc. 4, pp. 338 e 353 e ss.). Na Itália, a Lei n. 689/81, de reforma do sistema penal, que continuou a tarefa despenalizadora, estabeleceu a aplicação para todas as infrações administrativas dos princípios de legalidade (art. 1º), imputabilidade (art. 2º, 1), culpabilidade (art. 3º, 1) e *ne bis in idem* (art. 9º); v. o estudo detalhado sobre esta lei, em Suay Rincón, op. cit., pp. 120 e ss. A propósito do Decreto-Lei de Contravenções portugueses de 27.10.82, onde se estabelece expressamente a aplicação às contravenções dos princípios fundamentais do Direito Penal e Processual Penal modernos (v. M. Bajo Fernández e Blanca Mendoza Buergo, "Hacia una Ley de Contravenciones: el modelo português", cit., pp. 588 e ss.).

53. V. Maurach, op. cit., pp. 10-11 e Maurach-Zipf, op. cit., p. 9.

54. V. Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, t. I, P.G., 1979 e ss., 18ª ed., 1980.

55. V. Antón Oneca, *Derecho Penal*, P.G., 1949, p. 10.

56. V. Emílio Octávio de Toledo, *La Prevaricación del Funcionario Público*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 267 e ss.; e Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, II, p. 172.

57. Cf. op. cit., p. 149.

58. No acórdão de 30.1.81 do Tribunal Constitucional, no qual se proclama o fundamento constitucional do princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas, faz-se uma ressalva: "sem a existência de uma relação de supremacia especial da Administra-

ção — relação de funcionário, serviço público, concessionário, etc. — que justificasse o exercício do *jus puniendi* pelos Tribunais e por sua vez a potestade sancionadora da Administração". O Tribunal Constitucional assinalou no acórdão de 10.12.91, que não basta a relação de supremacia especial para justificar a dualidade de sanções, mas que "é indispensável, ademais, que o interesse juridicamente protegido seja distinto e que a sanção seja proporcionada a essa proteção". No que versa o suposto processado, entende o Tribunal Constitucional que "a não reprovação dos funcionários da polícia governativa é um interesse legítimo da Administração que, ao sancionar disciplinarmente aos que foram objeto de condenação criminal, não infringe, em consequência, o princípio *ne bis in idem*". Favorável a uma extensão, com algumas restrições, do *ne bis in idem* à sanções penais e disciplinares (cf. Stratenwerth, *Strafrecht*, A.T., I, *Die Straftat*, pp. 31-2; Baumann-Weber, *Strafrecht*, A.T., pp. 45-6; G. Jakobs, *Strafrecht*, A.T., pp. 59-60; Roxin, *Strafrecht*, A.T., I, p. 24; Casabó Ruiz, in *Comentários al Código Penal*, de Juan Códoba Roda & Rodríguez Mourullo, II, pp. 94-5; Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, P.G., p. 30; Emílio Octávio de Toledo, op. cit., p. 277 e ss. (que sugere a aplicação das regras do concurso de normas — geralmente o princípio da consunção — ou de delitos, quando uma mesma conduta constitua um ilícito penal e disciplinar) e E. García de Enterría, op. cit., pp. 171-2).

59. O Tribunal Constitucional admitiu, no acórdão 81 de 10.10.83, a constitucionalidade de uma sanção disciplinar imposta por uma infração de igual natureza, estando ambas reguladas em uma disposição de caráter regulamentar (v. Sanz Gandásequi, op. cit., pp. 87 e ss.).

60. V. Antón Oneca, op. cit., p. 10; Maurach, op. cit., pp. 10-11; Maurach-Zipf, op. cit., p. 9; e Cuello Calón, op. cit., p. 10.

61. Na Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo comum de 26.11.92 (pub. no *DOE* de 27.11, portanto, em data posterior à conferência) incluiu-se uma regra de caráter geral do exercício da potestade sancionadora da Administração. Nela se proclamam os princípios de legalidade e tipicidade, e para torná-los aplicáveis a todas as infrações e sanções administrativas, utiliza-se o recurso da habili-

tação legal. Segundo o art. 129, 3, "as disposições regulamentares de desenvolvimento poderão introduzir especificações ou graduações no quadro das infrações ou sanções estabelecidas legalmente que, sem constituir novas infrações ou sanções, nem alterar a natureza ou limites das que a lei contempla, contribuam à mais correta identificação das condutas ou à mais precisa determinação das sanções correspondentes". São estabelecidos os princípios de irretroatividade e retroatividade das disposições sancionadoras favoráveis (art. 128), a prescrição das infrações e sanções administrativas (art. 132) e o princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas (art. 133). Não se prevê, no entanto, o princípio de culpabilidade, nem sequer para as infrações administrativas graves, pois o art. 130, 1, dispõe, que "só poderão ser sancionadas por fatos constitutivos de infração admi-

nistrativa as pessoas físicas e jurídicas que sejam responsáveis pelas mesmas, ainda que a título de inobservância"; e se estabelece, inclusive, uma responsabilidade de caráter solidário (art. 130, 3). Na regulação do princípio de proporcionalidade (art. 131,3) afirma-se unicamente que "na determinação normativa do regime sancionador, assim como na imposição de sanções pelas Administrações Públicas, dever-se-á manter a devida adequação entre a gravidade do fato constitutivo da infração e a sanção aplicada, considerando-se especialmente os seguintes critérios para a graduação da sanção a ser aplicada: a) a existência de intencionalidade ou reiteração; b) a natureza dos prejuízos causados; c) a reincidência, por prática ao término de um ano de mais de uma infração da mesma natureza, quando assim tenha sido declarado por resolução transitada em julgado".