

Recebido em: 19.03.2021
Aprovado em: 19.05.2021

Universidade Lusófona do Porto
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Análise de alguns princípios estruturantes do direito das contra-ordenações

*Analysis of some structuring principles in administrative
offenses law*

Jorge F. Abrão de Almeida¹

Sumário: Introdução; 1. Funções dos princípios com assento constitucional e distinção entre norma-princípio e norma-regra; 2. Princípio da proporcionalidade; 3. Princípio da culpa; 4. Princípio da legalidade; 4.1. A exigência de lei escrita e o problema da reserva de lei; 4.2. A exigência de lei certa e os limites da indeterminação legal; 4.3. A exigência de lei estrita e a proibição da analogia; Considerações finais.

Resumo: Historicamente, o Direito das Contra-Ordenações tem sua gênese e desenvolvimento na Alemanha, cuja evolução se deu no período ulterior à Segunda Guerra Mundial, sendo o ordenamento jurídico-penal alemão influente na construção do atual modelo de direito contra-ordenacional português. Em Portugal, o Decreto-Lei nº 232/1979 introduz no ordenamento jurídico o regime das contra-ordenações, mas o Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de outubro, que através do seu art. 96º revogou o Decreto-Lei nº 232/1979 e introduziu de forma estável o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) e do seu processo. O direito de mera ordenação é direito penal em sentido lato, de modo que justifica a aplicação subsidiária do Direito Penal nos casos omissos pelo Regime Geral de Contra-Ordenações (RGCO), contanto que as normas penais não se contraponham com os princípios constantes das contra-ordenações. Levando em consideração os princípios estruturantes do Direito das Contra-Ordenações, a pesquisa busca analisar alguns princípios constitucionais estruturantes do Direito Penal que também são comuns ao Direito das Contra-Ordenações, como os princípios da proporcionalidade, da culpa e da legalidade. Como resultado, a pesquisa demonstrou que tais princípios possuem maior flexibilidade na aplicação desse direito em virtude de não se estar em causa na intervenção contra-ordenacional a privação da liberdade das pessoas.

Palavras-Chave: Direito; Contra-Ordenações; Princípios.

Abstract: Historically, the Administrative Offenses Law has its genesis and development in Germany, whose evolution took place after the Second World War, with the German legal and penal system influencing the construction of the current model of Portuguese administrative law. In Portugal, Decree-Law No. 232/1979 introduces into the legal system the regime of administrative offenses, but Decree-Law No. 433/82, of October 27, which through its art. 96 revoked Decree-Law no. 232/1979 and introduced the General Regime of Administrative Offenses (RGCO) and its process in a stable manner. The right of mere ordination is criminal law in a broad sense, so that it justifies the subsidiary application of Criminal Law in cases not covered by the General Administrative Offenses Regime (RGCO), if the penal rules do not contradict the principles contained in the contra -ordinations. Taking into account the structuring principles of the Administrative Offenses Law, the research seeks to analyze some constitutional principles structuring of Criminal Law that are also common to the Administrative Offenses Law, such as the principles of proportionality, guilt and legality. As a result, research has shown that such principles have greater flexibility in the application of this right because the deprivation of people's freedom is not at stake in Administrative Offenses Law intervention.

Keywords: Law; Administrative Offenses Law; Principles.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto, Portugal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Endereço eletrônico: jorge_abrao@hotmail.com

Introdução

Os fundamentos teóricos do Direito das Contra-Ordenações remontam ao século XVIII no que toca aos antecedentes remotos, de sorte que envolve um conjunto de fatores histórico-filosóficos e histórico-políticos. Nesse período de Estado absolutista surge uma reorganização do Estado e do Direito do qual emerge um (1) “magistério de polícia”, que se organiza em torno de comportamentos que representam perturbações da paz e da ordem pública, de modo que se trata de infrações conhecidas também como delitos políticos; e um (2) “magistério criminal”, que se ocupa de comportamentos cujo desvalor resulta de uma agressão aos fundamentos da sociedade e revestem natureza contratual. Nessa época o poder de polícia institucionalizou-se em uma imensa pirâmide administrativa em que o rei se encontrava no topo, de maneira que a polícia respondia somente perante o rei e as suas inspeções (DIAS, 2018, p.10).

Ainda no século XVIII, com o projeto de Código Criminal, surgem as molduras penais aplicáveis aos delitos políticos, de modo que eram criadas com fundamentos próprios as infrações às regras de governo da polis de caráter administrativo cuja jurisdição administrativa autônoma incumbia de apreciar e julgar essas infrações (DIAS, 2018, p. 11).

Já no século XIX, período em que surge o Estado de Direito liberal e a jurisdicionalização das contravenções, buscava-se combater a ideia de haver poderes do Estado acima do Direito sob sustentação do princípio da divisão dos poderes com respaldo nos princípios da subordinação de toda a atividade administrativa à lei e da jurisdicionalização de todas as medidas restritivas de direitos e liberdades (DIAS, 2018, p. 11).

Nessa época as infrações de polícia passaram a integrar o elenco das infrações penais e a ser designadas como contravenções por influência do Code Penal de Napoleão, de 1810. Os delitos de polícia nada mais eram do que as ditas contravenções. A jurisdicionalização das contravenções foi acompanhada pela sua inclusão nos códigos penais, de sorte que no ordenamento jurídico penal português a maior parte das contravenções encontrava previsão em legislação penal avulsa (DIAS, 2018, p. 13).

Já ingressando no século XX, a doutrina portuguesa exprimia uma preocupação focada na dogmática da natureza dos litígios. Henrique da Silva adianta que o perigo típico da contravenção não é certo nem provável, mas presumido pelo legislador. O autor vai além das questões sistemáticas atinentes ao lugar das contravenções na legislação penal, criticando o Código Penal português, influenciando ainda outros autores, como Beleza dos Santos e Eduardo Correia que exploraram o tema no plano das consequências e da reforma do Direito Penal (apud DIAS, 2018, p. 16).

No tocante aos antecedentes mais próximos, no período entre as duas grandes guerras mundiais, houve uma crescente intervenção estatal na atividade econômica em que se criaram deveres jurídicos cuja violação acarretaria crime ou contravenção. Ganha relevo a teoria do Direito Penal Administrativo cujas bases foram lançadas por Eberhard Goldschmidt e Max E. Mayer. Essa teoria tinha como propósito a reforma legislativa e a criação de um ordenamento sancionatório independente do Direito

Penal, de modo que impunha a distinção entre matéria penal e não penal, e a definição legal de um regime punitivo próprio. Na teoria de Goldschmidt divisou como espécies de infrações (1) os crimes ou delitos de justiça e (2) os delitos administrativos ou contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeit*), classificando sua divisão em infrações penais e contra-ordenações a qual foi vertida na lei das infrações antieconômicas (DIAS, 2018, p. 17-20).

A Lei de Simplificação do Direito Penal Econômico, de 26 de julho de 1949, acolheu a figura do *Ordnungswidrigkeit*, porém não continha o regime jurídico da nova espécie de infrações, de forma que essa lacuna veio a ser preenchida com a Lei das Contra-Ordenações, de 25 de março de 1952. Essa primeira lei possibilita a extensão das novas infrações a outros setores da atividade social e a continuação do programa político-criminal de depuração do Direito Pena de meras infrações administrativas (DIAS, 2018, p. 20).

Nasce, pois, um novo ramo do Direito - Direito das Contra-Ordenações - cuja discussão acerca dos seus pilares fundamentais durou até a edição da Lei de 28 de maio de 1968 (OWIG), de sorte que “definiam-se a figura da contra-ordenação (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) como censurável (*Vorwerfbarkeit*)” (PEREIRA, 2015, p. 33). A OWIG veio a substituir aquela de modo a simplificar o processo contra-ordenacional, criando pontes e possibilidades de ligação com o processo penal, ao passo que no plano substantivo eliminou a figura dos tipos mistos acolhidos pela lei anterior e encorpou a parte geral com regras oriundas do StGB.

A evolução da reforma legislativa no Direito das Contra-Ordenações na Alemanha revela uma crescente aproximação ao regime do Código Penal (DIAS, 2018, p. 21). Historicamente, a Alemanha foi campo de gênese e desenvolvimento do direito de mera ordenação social, cuja evolução se deu no período subsequente à Segunda Guerra Mundial (BRANDÃO, 2013, p. 18), de sorte que esse ordenamento jurídico-penal influenciou o direito português na construção do seu atual modelo de Direito Contra-Ordenacional (VILELA, 2013b, p. 11), coroando a teorização da matéria do chamado direito penal administrativo (PEREIRA, 2018, p. 19-20).

Ainda no tocante à evolução histórica, importante lembrar que Portugal não entrou diretamente na Segunda Guerra Mundial, o que justifica o ordenamento jurídico português não conhecer um desenvolvimento tão precoce e acentuado do Direito Penal Administrativo nesta fase. Todavia, o Estado Novo produziu uma complexa legislação penal avulsa em razão da crescente intervenção na vida econômica e social (DIAS, 2018, p. 22).

A origem do Decreto-Lei nº 41.204, de 24 de julho de 1957, que tratou das infrações contra a saúde pública e a ordem econômica, demonstra a preocupação em codificar e ordenar sistematicamente as infrações econômicas, de modo que as inobservâncias das regras e orientações implicavam em infrações disciplinares. Essas infrações também foram referidas no Decreto-Lei nº 48.547, de 27 de agosto de 1968, que regulou o exercício da atividade farmacêutica. As infrações disciplinares corporativas e as sanções dos diplomas mencionados eram ajustadas ao funcionamento de uma economia corporativa (DIAS, 2018, p. 22-25). Alexandra Viela pontua que na ordem jurídica portuguesa, o legislador, quando pretende criar

infrações para específicos campos, como por exemplo o ambiental, o informático, o da saúde, o da regulação da concorrência, recorre ao ilícito penal como também ao de mera ordenação social (VILELA, 2013a, p. 3). Outrossim, esses diplomas podem ser vistos como um embrião das contra-ordenações que emergiram no ordenamento jurídico português (DIAS, 2018, p. 22-25).

Mais tarde, Eduardo Correia contribuiu extraordinariamente para toda a evolução subsequente do Direito Penal português ao lançar as bases do que é hoje o Direito das Contra-Ordenações, de sorte que distinguiu crime e contra-ordenação elencando como pontos essenciais (1) a estrutura do ilícito, (2) a configuração da culpa, (3) a natureza da sanção e (4) a competência processual e punitiva (BRANDÃO, 2013, p. 134), tendo em conta sua importante atuação nos trabalhos de preparação do Projecto de um novo Código Penal.

Em 24 de julho de 1979 é publicado o Decreto-Lei nº 232 que introduz no ordenamento jurídico português o regime das contra-ordenações. As razões trazidas no nº 1 do preâmbulo sinalizam pela necessidade de adotar no ordenamento jurídico português um direito de mera ordenação social, de modo que a carência se justifica pela urgência de um ordenamento sancionatório alternativo distinto do direito criminal. Entretanto, houve suscitação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 232 no tocante à falta de competência do Governo para despenalizar as contravenções, consoante o art 1º, nº 3 e 4, posteriormente revogados pelo Decreto-Lei nº 411-A/79.

Nessa esteira evolutiva, foi publicado o Decreto-Lei nº 433/1982, de 27 de outubro que, através do seu art. 96º, revogou o Decreto-Lei nº 232/1979 e introduziu de forma estável o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) e do seu processo. Em Portugal, portanto, instituiu-se o ilícito de mera ordenação social primeiramente na Constituição da República Portuguesa (CRP) e posteriormente por esse diploma (VILELA, 2013b, p. 352). Ademais, imperou no ordenamento jurídico português, por quase duas décadas e meia, os crimes, as contra-ordenações e as contravenções regulados, respectivamente, pelo Código Penal de 1982, pelo Decreto-Lei nº 433/82 e pelo Código Penal de 1886 (DIAS, 2018, p. 30).

As normas sobre contravenções permaneceram em vigor quando tratadas pelo Decreto-Lei nº 17/91, de modo que preservou predito diploma a matriz da contra-ordenação que a distingue das clássicas formas do ilícito administrativo: a ligação de direito penal e processual penal à título de direito subsidiário. Termina, pois, importante etapa da implementação do ilícito de mera ordenação em Portugal (DIAS, 2018, p. 30) que, para Augusto Silva Dias, na constituição do ilícito típico das contra-ordenações, é mais nítida a influência jurídico-administrativa do que a jurídico-penal (DIAS, 2018, p. 44).

Voltando os olhos para o Decreto-Lei nº 433/82, algumas alterações no mencionado diploma caminharam no sentido de aproximar o regime das contra-ordenações aos princípios e quadros categoriais do Direito Penal, isto é, a criação de um Direito Penal de “segunda velocidade”, tese levantada por Silva Sanchez, no ordenamento jurídico espanhol (VILELA, 2013b, p. 24). Nessa esteira evolutiva, em Portugal, o Direito das Contra-Ordenações converteu-se progressivamente no instrumento sancionatório por excelência do Estado regulador, de sorte que chega em

Portugal um modelo que, no domínio contra-ordenacional, passa pela existência de um RGCO e de regimes setoriais contra-ordenacionais (contra-ordenações laborais, fiscais, segurança social, entre outros) de que aquele primeiro funciona, em regra, como legislação subsidiária (PEREIRA, 2015, p. 6).

A realidade normativa e social da época fez com que alguns autores propusessem a distinção de regimes jurídicos entre as contra-ordenações “modernas” e as “tradicionais” (DIAS, 2018, p. 32-34). É essa clivagem que fundamenta a necessidade de se revisar o Direito das Contra-Ordenações no sentido de criar um regime punitivo e processual a “duas velocidades” com sede no RGCO (DIAS, 2018, p. 35).

A esse respeito, Alexandra Vilela considera haver fundamento para distinguir contra-ordenações dotadas de conteúdo ético social e contra-ordenações de “ordenação social”, destituídas desse conteúdo (VILELA, 2013b, p. 307 e ss), de forma que traz propostas para a reforma do Direito das Contra-Ordenações vigente. Sobre essa questão, Silva Dias entende que “a distinção entre infrações de mera ordenação e contra-ordenações com conteúdo ético social não é suficientemente preciso e seguro para perceber em cada caso a que regime punitivo deve-se submeter uma determinada contra-ordenação” (DIAS, 2018, p. 37).

De todo modo, insta destacar que o território das contra-ordenações é marcado pela disfuncionalidade dos comportamentos. A distinção entre contra-ordenações tem de ser encontrada dentro deste território, convocando critérios como a relevância social do interesse de ordenação e causa, o grau de perturbação que a conduta provoca à promoção desse interesse, e a desnecessidade ou inconveniência de sujeição da conduta a um regime jurídico mais rigoroso e solene, ou seja, mais próximo dos princípios e regras do Direito Penal e Processual Penal (DIAS, 2018, p. 41).

A respeito da localização do Direito das Contra-Ordenações no quadro da ordem jurídica, razões materiais e históricas indicam tratar-se de um ramo do Direito Público, antes tratado como um filho “bastardo” (Goldschmidt) do Direito Penal e do Direito Administrativo, cuja natureza do ilícito é administrativa enquanto cabe para esse domínio alguns princípios e garantias de defesa característicos do Direito Penal.

O conceito formal de contra-ordenação é apresentado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 433/82 como “todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima” e o Código Penal também o traz quando trata da infração consoante o princípio da legalidade. Insta observar que a exigência de que o fato ilícito seja censurável tem por subjacente o princípio *nulla poena sine culpa* (PEREIRA, 2018, p. 24), princípio com previsão no art. 8º da RGCO e no Código Penal.

Alexandra Vilela leciona que contra-ordenação é todo o facto ilícito, típico e censurável que ou viola o dever administrativo ou viola uma norma que proteja ou promova o bem-estar social, além de ser também toda infração que visa proteger bens jurídicos com dignidade penal, embora não seja necessário aplicação da pena (prisão e multa), mas a lei comine uma coima que, por sinal, é a sanção principal única do ilícito de mera ordenação social (VILELA, 2013a, p.1). Logo, a coima, diferente de multa, é uma “sanção pecuniária” (PEREIRA, 2018, p.23) própria do direito das contra-ordenações, que restringe direitos patrimoniais e liberdades econômicas.

A doutrina tem debatido a questão concernente à distinção entre crime e contra-

ordenação (PEREIRA, 2018, p. 21 e ss; DIAS, 2018, p. 45 e ss), de modo que elencam-se entre as posições (1) a que considera não haver mais do que uma diferença quantitativa ou de gravidade entre ambas as formas de ilícitos, (2) a que defende a existência entre as duas infrações de uma diferença material ou qualitativa, e (3) a que sustenta pela teoria mista, qualitativa-quantitativa, porquanto varia a resposta em conformidade ao termo de comparação em que é constituído pelo Direito penal nuclear ou Direito penal secundário.

Faria Costa leciona que “Entre o Direito Penal e o direito de mera ordenação social intercede uma diferença qualitativa e não meramente quantitativa” (COSTA, 2017, p. 35), concluindo que o Direito penal vive e se estrutura pelo crime e pela pena, enquanto o direito de mera ordenação se constrói por meio da contra-ordenação e da coima. Por isso já basta o sentido literal do art. 1º do RGCO que deixa bem clara a estrutura para que se defenda para o direito de mera ordenação social, tendo em conta a categoria dogmática da contra-ordenação e a categoria sancionatória que a coima representa (COSTA, 2017, p. 36).

Alexandra Vilela entende o ilícito de mera ordenação como pertencendo à ciência do direito penal total ou conjunta, assim acompanhando Faria Costa (VILELA, 2013a, p. 4). Em sua obra, seguida por Figueiredo Dias, a autora se refere que “é inconcebível aceitar que a quantidade, uma vez atingido um certo grau, se transfigure em qualidade” (DIAS, 1983, p. 330), concluindo que o direito de mera ordenação social pertence ao Direito Penal e vive uma intensa relação com o Direito penal secundário (VILELA, 2013b, p. 211;12). Ana Maria Pereira compartilha do mesmo raciocínio de Faria Costa ao afirmar que “a adesão a um critério misto quantitativo-qualitativo, efectivamente, a diferenciação é feita através de um critério qualitativo” (PEREIRA, 2013, p. 28-29).

Em síntese, ensina Beça Pereira que o Direito Contra-Ordenacional é um direito público sancionatório (cf. DIAS, 2018, p. 15; ALBUQUERQUE, 2011, p. 29) e é hoje um ramo do direito penal secundário (cf. DIAS, 1889/1990, p. 22; COSTA, 2017, p. 22; VILELA, 2013b, p. 243 e ss) “com uma conexão” (ALBUQUERQUE, 2011, p. 29) em virtude dos bens jurídicos que tutela, dos princípios em que se funda, da relevância social conferida pelo legislador, do direito que subsidiariamente recorre, e pelo peso de algumas das coimas e das sanções acessórias que prevê (PEREIRA, 2018, p. 22).

Não se pode deixar de anotar a autonomia do direito substancial das contra-ordenações em relação ao direito penal no tocante ao fato de a extinção da responsabilidade criminal decorrente do pagamento de impostos não incluir as infrações contra-ordenacionais (ALBUQUERQUE, 2011, p. 29).

Alexandra Vilela ensina que o Código Penal, nos termos do artigo 32º, do RGCO, é aplicável subsidiariamente às questões substanciais que o seu regime geral não resolva, sendo válidos os princípios da legalidade e da tipicidade (artigo 2º), da não retroatividade da lei (artigos 5º e 3º, nº 2), da territorialidade em sentido estrito (artigo 4º e 6º), da responsabilidade irrestrita das pessoas colectivas, enquanto o traçado processual das contra-ordenações encontra-se previsto entre os artigos 33º a 58º, do RGCO (VILELA, 2013a, p. 4).

Para efeitos de cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

(CEDH), as contra-ordenações podem constituir matérias criminais e as garantias da predita Convenção aplicam-se no direito e processo contra-ordenacional. Ademais, insta esclarecer que o preâmbulo do Decreto-Lei 433/82, em seu nº 2, trata da urgência de conferir efetividade ao direito de ordenação social como ramo distinto e autônomo do direito penal em razão das transformações concretizadas no ordenamento jurídico português, sobretudo do quadro jurídico-constitucional que reconhece e estrutura o direito contra-ordenacional consoante princípios com assento constitucional, como os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpa, e que estruturam o Direito das Contra-Ordenações.

1. Funções dos princípios com assento constitucional e distinção entre norma-princípio e norma-regra

Em linhas iniciais é necessário entender a definição do termo “princípios”, de maneira que Aristóteles encontrou vários significados para defini-lo, a saber: ponto de partida do movimento de uma coisa; a melhor partida; o elemento primeiro e imanente da geração, aquilo do qual parte um processo de conhecimento (premissas) (apud PEIXINHO, 2000, p. 101-102).

A distinção entre norma-regra e norma-princípio “constitui a base da fundamentação jusfundamental (ALEXY, 1993, p. 81 e ss). Essa diferenciação é trazida por Robert Alexy de sorte que aponta uma distinção entre regras e princípios em comparação à hermenêutica de Ronald Dworkin. Enquanto em Dworkin regras são as normas jurídicas positivas nos textos jurídicos (Constituição, leis, precedentes) e princípios são os princípios de moralidade política que justificam as regras, em Alexy tanto as regras quanto os princípios são uma questão de positividade. Outrossim, a teoria do direito constitucional alemã adota como um dos critérios o grau de generalidade da norma, o que significa dizer que quanto mais genérica for a norma, mais caráter de princípio ela tem (ALEXY, 1993, p. 82).

Ivo Dantas conceitua princípio como sendo uma “[...] categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que [...] refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade” (DANTAS, 1995, p. 59). Nesse sentido, os princípios constituem-se em mandamentos nucleares e basilares de um sistema, são base fundamental do ordenamento normativo no tocante à seara jurídica, de modo que atuam como critérios orientadores para direcionar a elaboração e aplicação das outras normas jurídicas.

Em relação à natureza jurídica dos princípios jurídicos, questão um tanto polêmica, prevalece o entendimento no sentido de que são espécies de normas jurídicas, posto que, consoante a corrente pós-positivista, são a pedra angular do sistema constitucional com caráter normativo e vinculante na resolução de problemas concretos. Além disso, insta ressaltar que os princípios jurídicos são normas jurídicas hierarquicamente superiores às regras jurídicas, por isso essas não podem contrariá-los, sob pena de colocar em risco tanto a lógica quanto a racionalidade do sistema normativo.

Posto isso, merece destaque alguns princípios estruturantes do Direito Penal - proporcionalidade, culpa e legalidade - que são comuns ao Direito das Contra-ordenações, cuja característica para aplicação nesse direito é dotada de flexibilidade em virtude de não se estar em causa na intervenção contra-ordenacional a privação da liberdade das pessoas. Por isso a força normativa desses princípios varia conforme a razão direta da espécie e medida de restrição dos direitos que decorre das típicas formas de intervenção daqueles na área do Direito. Igualmente, a questão da flexibilidade e da adequação dos princípios constitucionais é tema debatido no Tribunal Constitucional (cf. acórdãos ns. 659/2005 e 461/2011), de modo que reconhece a necessidade flexibilizatória destes quando aplicáveis ao Direito das Contra-ordenações (DIAS, 2018, p. 57).

Esses princípios desempenham um papel configurador do regime punitivo das contra-ordenações e exercem importante função interpretativa e aplicativa. Nessa esteira insta ressaltar o preceituado no art. 18º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa (“1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”), cujo conteúdo do respectivo artigo integra o essencial do regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias, de sorte que o preceito implica a força normativa e os limites da relevância da Constituição no contexto da ordem jurídica global (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 144).

No tocante ao sentido de garantia dos princípios da proporcionalidade e da culpa, “são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” porquanto obrigam e revelam no exercício da competência sancionatória, quando da concreta interpretação e aplicação das normas contra-ordenacionais (DIAS, 2018, p. 57-58), o que significa dizer que essas regras normativas devem estar em consonância com os respectivos princípios, considerando, sobretudo a flexibilidade que contraem no Direito das Contra-Ordenações.

2. Princípio da proporcionalidade

A Lei Complementar nº 1/82 deu expressa guarida constitucional ao princípio da proporcionalidade (art. 18º, nº 2, 2ª parte, CRP), mas antes disso, mesmo diante da ausência de texto expresso, era considerado um princípio material inerente ao regime dos direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 151).

Tendo em conta que as coimas restringem a liberdade económica e patrimonial, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade na cominação e aplicação das coimas considerando a gravidade das infrações, consagrado no art. 18, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.

Em análise ao dispositivo constitucional, Gomes Canotilho ensina que o regime próprio dos direitos, liberdades e garantias constitucionais não veda de todo a probabilidade de restrição, por via de lei, do exercício desses direitos, liberdades e garantias. Essas restrições, todavia, estão submetidas a alguns rigorosos requisitos, de modo que será constitucionalmente legítima essa restrição nos casos em que respeitar algumas condições. A primeira delas refere-se à previsão expressa pela

Constituição admitindo essa restrição (nº 2, 1ª parte). A segunda condição é que a restrição tenha em vista salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº 2). A terceira condição é que seja a restrição exigida por essa salvaguarda e se limite à medida necessária de modo a alcançar esse desígnio (nº 2, 2ª parte). Por último, a condição de que a restrição não extinga o direito em causa alcançando o teor essencial da respectiva norma (nº 3). Insta observar que essas condições são requisitos cumulativos (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 148-149).

Segundo a doutrina constitucional, o princípio da proporcionalidade decompõe nos seguintes corolários no tocante à sujeição das leis restritivas: princípio da exigibilidade, princípio da necessidade, princípio da adequação e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 140 e ss; MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 41 e ss).

Augusto Dias observa que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito notadamente assume sublime relevância no tocante à correspondência entre a gravidade das infrações e a gravidade das coimas, de sorte que se deve atentar ao escalão de critérios ao aplicar as sanções, ou seja, as sanções mais graves aplicam-se às contra-ordenações mais graves, as menos graves às contra-ordenações mais leves, e assim sucessivamente (DIAS, 2018, p. 58).

Observa ainda que a exigência de proporcionalidade não parece ser obedecida pela Lei da Concorrência vigente no ordenamento jurídico português porquanto o legislador não estatuiu uma coima para cada tipo contra-ordenacional. Embora o legislador tenha ampla margem na definição dos montantes das coimas, a proporcionalidade requer uma ponderação sobre a gravidade do ilícito e da culpa de cada infração, de modo que se deve evitar a desproporcionalidade das sanções.

3. Princípio da culpa

Em linhas iniciais cumpre ressaltar que a culpa, enquanto princípio jurídico, encontra seu baldrame constitucional no próprio valor da dignidade humana, o que já infere que fica ou deve ficar já afastada preliminarmente toda e qualquer probabilidade de fundamentação da culpa a partir da perspectiva de prevenção (COSTA, 2015, p. 327).

Crespo Pereira lembra, sob a óptica das contra-ordenações no ordenamento jurídico alemão, autores alemães como Heliana Maria de Azevedo Coutinho diziam que “o agente não se conduz dolosa ou culposamente (Schuldhaft) apenas merecendo uma censura social por meio de coima (Geldbusse) por ter agido contrariamente aos seus deveres de cidadão de um Estado social” (PEREIRA, 2015, p. 33)

No ordenamento jurídico português é ademais princípio basilar do Código Penal assim como o é no Direito das Contra-Ordenações. O RGCO ainda na versão do Decreto-Lei nº 232/79 previa que “a lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto” (art.1º, nº 2) e complementava que nesses casos não haveria lugar à imputação de dolo e negligência (art. 8, nº 1). Nesse sentido, era admitida a responsabilidade contra-ordenacional à revelia total do princípio da culpa. O Decreto-Lei nº 433/82 mudou

parcialmente esse regime por meio da supressão da reserva da parte inicial do art. 8º, nº 1, de modo a instituir o princípio da culpa na sua dimensão de imputação subjetiva. Esse cenário foi alterado pelo Decreto-Lei nº 244/95 porquanto mandou “eliminar a possibilidade de punição de contra-ordenações independentemente do carácter censurável do facto”, o que fez o princípio da culpa adquirir plena vigência no Direito das Contra-Ordenações (DIAS, 2018, p. 63-64).

Considerando que o Decreto-Lei nº 232/79 não avançava nenhum critério qualitativo ou quantitativo para determinar as contra-ordenações que poderiam ser punidas ainda que não houvesse culpa, a questão era deixada à decisão do legislador. Por essa razão teria esse diploma, se mantido em vigor, auxiliado para que outros setores das contra-ordenações “modernas” assentassem hoje em responsabilidade sem culpa. Insta observar que na Lei de Concorrência não contém um rol fechado de fatores de determinação da medida da coima e não faz menção à culpa entre os critérios ali traçados.

Faria Costa leciona que o princípio da culpa revela a ideia de reprovação individual e cuja noção de culpa se desdobra no quadro de princípio orientador de política criminal, no plano de ideia regulativa e no horizonte da pura censurabilidade concreta (COSTA, 2015, p. 329). Beça Pereira leciona que a culpa, no ilícito de mera ordenação, traduz-se na imputação do fato à responsabilidade social do agente, o que ocorre de modo distinto no ilícito penal, em que se funda na censura ética do agente (PEREIRA, 2018, p. 57).

No direito contra-ordenacional, pois, infere-se que o significado do princípio da culpa resulta de uma decomposição desse princípio na imputação subjetiva, censura da culpa e critério de medida da coima, segmentos aplicáveis com maior flexibilidade dogmática e probatória nesse direito quando comparada a sua aplicação no Direito Penal (DIAS, 2018, p. 64-65). Isso porque a justiça penal é um valor que se mede pelos resultados e nesse âmbito o princípio da culpa “[...] detém a autonomia do normativo, estrutura-se na complexidade multifacetada do diálogo que realiza com o real-problemático do Direito Penal” e também “cumpre-se na prática fecunda da realização do justo historicamente situado” (COSTA, 2015, p. 330).

Em relação à flexibilidade desse princípio no Direito das Contra-ordenações em comparação ao Direito Penal decorre da circunstância de ser o direito contraordenacional constituído pelo papel social. Esse papel fornece o padrão de cuidado cujo cumprimento constitui o desvalor da ação em se tratando do plano da imputação subjetiva, particularmente na negligência, enquanto que no plano da culpa, a censura é o papel defeituoso do papel, isto é, o desvio no tocante ao procedimento-padrão no setor da atividade em causa (DIAS, 2018, p. 64-65).

Por outro viés, a medida da culpa contra-ordenacional, em comparação à culpa penal na medida da pena, não tem um peso tão marcante e decisivo na medida da coima. Crespo Pereira salienta que a comparação da pena de multa com coima faz-se de maneira cada vez mais difícil, porquanto ambas comungam do atributo da patrimonialidade (cf. art. 47º do Código Penal e art. 17º do RGCO) sendo ambas aplicadas pelo Estado por via de Tribunais e das entidades administrativas e, mais atualmente, por entidades reguladoras que, sem embargo, são supervisionadas pelo

Estado (PEREIRA, 2015, p. 36).

Augusto Dias aponta que a doutrina, pois, tem reconhecido que a coima, diversamente da multa, tem como papel absorver as vantagens econômicas e oriundas da infração, ainda que essa não seja uma função exclusiva e ilimitada (DIAS, 2018, p. 66).

Na reforma do RGCO promovida pela Lei nº 13/95 definiu-se o objetivo de elevar o limite das coimas até ao montante do benefício económico “sem que tal elevação possa exceder um terço do limite legalmente estabelecido”, consoante redação do art. 3º, alínea d, DL nº 433/82. Hoje esse limite máximo figura no art. 18, nº 2 do mesmo diploma. Tendo em conta que a culpa não define isoladamente o limite máximo da coima, contrariamente do que ocorre na responsabilidade penal, também é verdade que ela pressiona a fixação da coima em medida inferior à que resulta da ponderação de fatores como as vantagens económicas e a necessidade de prevenção geral quando apontar no sentido contrário ao destas (DIAS, 2018, p. 66). A culpa conta com certo espaço de realização na medida da coima cuja possibilidade de determinar sua atenuação consta no art. 18, nº 3 do RGCO.

O tema das coimas fixas chegou aos tribunais, de modo que no Tribunal Constitucional a jurisprudência passou a reconhecer a vigência do princípio da culpa no Direito das Contra-Ordenações. A posição dominante fixou entendimento, no tocante ao princípio da culpa, admitindo-se uma “diferente gradação da sua força impositiva nessa área sancionatória” (acórdão nº 481/2010), defendendo, pois, a não transposição para o domínio das coimas das razões que sustentam a inconstitucionalidade da cominação de penas fixas. A previsão de coimas fixas pode estar inquinada de inconstitucionalidade por violação do princípio da culpa nos casos em que as contra-ordenações não forem praticadas em massa (DIAS, 2018, p. 66-67). Quanto aos tribunais judiciais, o entendimento firmado no Tribunal do Porto (acórdão de 3 de fevereiro de 2011) é no sentido de se tratar de norma inconstitucional o art. 27, nº 1, do DL 399-F/84, no tocante a coima fixa estabelecida, em virtude de violar os princípios constitucionais da culpa, da igualdade, da legalidade e da proporcionalidade (DIAS 2018, p. 67).

Ainda no âmbito dos tribunais, o princípio da culpa obteve seu reconhecimento no Tribunal da Relação de Coimbra (acórdão 529/2008) como princípio basilar do direito contra-ordenacional. O entendimento firmado exige que seja imputado à título de dolo ou negligência no cometimento do fato para que exista à culpabilidade do agente. Na aceção dos termos, o dolo constitui-se na prática do fato descrito na lei contra-ordenacional enquanto a negligência caracteriza-se pela falta de atenção e por isso viola um dever de cuidado (PEREIRA, 2018, p. 58).

Logo, o *nullum crimen sine culpa* demonstra uma extraordinária conquista civilizacional porquanto superou o modelo de responsabilidade objetiva, de sorte que implica em evidente racionalização e humanização do *jus puniendi*. O seu âmbito de vigência, portanto, alcança somente quando se trata da imposição de uma pena.

4. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade consagrado na Constituição da República Portuguesa dispõe que “1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior” (art. 29º, nº 1 da CRP). No direito substantivo contra-ordenacional, o Decreto-Lei nº 433/82 salvaguarda que “Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática (art. 2º)”, enquanto no direito processual “O processo das contra-ordenações obedecerá ao princípio da legalidade” (art. 43, RGCO).

A aplicação do princípio da legalidade ao direito contra-ordenacional decorre diretamente do princípio da segurança jurídica, consoante se extrai de pronunciamento do Tribunal Constitucional em um caso em que estava em causa o ilícito disciplinar (acórdão nº 666/1994). Segundo seu entendimento, a regra da tipicidade das infrações, corolário do princípio constitucional da legalidade, não cabe para esse direito assim como vale no domínio do direito penal. Isso porque se fazem sentir em menor grau as exigências de tipicidade nos demais ramos do direito público sancionatório (DIAS, 2018, p. 67-68).

Gomes Canotilho leciona que o preceito do dispositivo constitucional contém o essencial do regime constitucional da lei criminal quando declara ser criminalmente “punível uma acção ou omissão” (art. 29, nº 1, CRP), pois a definição de um determinado crime conseqüentemente cabe a previsão da sua respectiva pena, já que “não existe crime sem pena, nem pena criminal sem crime”. A Constituição, ademais, determina que “[...] só deve haver sanção criminal quando tal se mostre necessário para salvaguardar esses bens constitucionais” (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 191).

Do mesmo modo que é aplicado na teoria da lei penal, o princípio da legalidade contra-ordenacional desdobra-se em quatro corolários e que encontram acolhimento no Direito das Contra-Ordenações e dos quais decorrem as exigências (1) de lei escrita, (2) de lei estrita, (3) de lei certa e (4) de lei prévia (DIAS, 2018, p. 68).

4.1. A exigência de lei escrita e o problema da reserva de lei

O ultimato de lei escrita tem como função impedir que jurisprudência, costumes e usos sociais se constituam fontes de criação de contra-ordenações, assim como na criação ou agravamento de coimas ou sanções acessórias. Todavia, as contra-ordenações singulares e suas sanções não se limitam constitucionalmente à reserva de lei, contrariamente dos crimes e das penas, porquanto essa reserva abrange somente o Regime Geral da Constituição (cf. art. 165º, nº 1, alínea d, CRP) (DIAS, 2018, p. 68).

No Direito das Contra-Ordenações, diferentemente do que ocorre no Direito Penal, o princípio da legalidade contrai maior flexibilidade no tocante à matéria de fontes normativas. Corrobora com essa afirmação a previsão das antigas contravenções em que a punição era somente a multa (cf. 486º do CP/1886). O que podia ser colocado como oposição a essa solução se levado em conta que a criação

de contra-ordenações produz uma restrição de direitos, liberdades e garantias que deve revestir a natureza de lei formal (cf. art. 18, n.º 3, CRP: “3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”).

Gomes Canotilho aponta como um dos requisitos de legitimidade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias “o seu carácter geral e abstracto” (n.º 3, 1.ª parte). Não basta que as leis sejam formalmente ou aparentemente gerais e abstractas, devem, pois, possuir as tradicionais características da lei, de modo que não tem lugar, neste domínio, as modernas figuras da lei (leis-medida, leis-plano, leis-de-grupo, para não falar nas leis-acto-administrativo), que todavia não estão constitucionalmente proibidas noutros domínios (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 151).

No tocante ao problema da reserva de lei, trata-se de um requisito importante da legitimidade constitucional das restrições aos direitos, liberdades e garantias, tendo em conta o duplo sentido da reserva de lei (material e formal). Significa a reserva de lei material que os direitos, liberdades e garantias somente podem ser restringidos (ou regulados) por via de lei e nunca por regulamento. Inclui dizer que não se admite a lei delegar em regulamento ou diferir para ele qualquer aspecto desse regime. Já a reserva de lei formal significa dizer que os direitos, liberdades e garantias somente podem ser regulados por lei da Assembleia da República ou, nos termos do art. 168.º, por decreto-lei governamental devidamente autorizado, havendo casos constitucionalmente previstos (cf. art. 167.º) em que não existe sequer essa possibilidade de delegação (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 153).

Silva Dias interpreta o art. 18, n.º 3, da CRP conjuntamente com outros dispositivos constitucionais, nomeadamente o art. 165, n.º, alínea d, que estende “[...] à criação de contra-ordenações singulares uma exigência de que a lei fundamental reserva às alterações ao RGCO”, completando que “[...] somente estas devem ser objecto de lei formal” (DIAS, 2018, p. 69). No plano concreto, Silva Dias não considera inconstitucional os preceitos do Regulamento dos Resíduos Sólidos da cidade de Lisboa por violação ao princípio da reserva de lei formal, entre outros mencionados por ele, que preveem contra-ordenações e coimas (DIAS, 2018, p. 70). Alexandra Vilela conclui esse raciocínio, concernente à sujeição a reserva de lei em sentido formal nas contra-ordenações, salientando que não deve o n.º 3 receber interpretação à revelia do conjunto do art. 18.º, já que aqui cabe aplicação do princípio da proporcionalidade no tocante às exigências de formalização da lei e a variação na razão direta da gravidade das coimas e das sanções acessórias cominadas (VILELA, 2013b, p. 70).

Os ensinamentos de Silva Dias acerca da variação na razão direta da gravidade das coimas e das sanções acessórias cominadas apontam no sentido de que se sujeitam à reserva de lei formal as contra-ordenações designadas “modernas” sancionadas com coimas elevadas e com sanções acessórias mais gravosas, enquanto que as infrações “tradicionais”, como as contra-ordenações de lixo domésticos pelos municípios, podem constar de regulamento da Câmara Municipal (DIAS, 2018, p. 70).

Gomes Canotilho aponta como aspectos específicos do princípio da legalidade,

primeiramente, a reserva de lei da Assembleia da República em matéria de crimes, penas, medidas de segurança e seus pressupostos, de modo que pode o Governo legislar somente sobre essas matérias por meio de autorização daquela (art. 168º, nº 1, alínea c, CRP). Também, ressalta a proibição de intervenção normativa de regulamentos, não podendo a lei cometer-lhes tal competência. Por último, a exclusão do direito consuetudinário como fonte de definição de crimes ou de punição penal (CANOTILHO, 1993, p. 192).

Embora não façam parte da fonte direta de contra-ordenações assim como não o fazem os usos e os costumes, a jurisprudência conforme as suas correntes fixam o sentido da lei e coordenam sua aplicação, mas a definição de termos e limites do exercício de atividades consideradas inadequadas socialmente é competência do legislador, por exemplo, quando estiver em pauta razões de interesse público que justifiquem medidas de redução do âmbito da proibição a certas tradições ou práticas culturais.

4.2. A exigência de lei certa e os limites da indeterminação legal

O princípio da legalidade (art. 29º, nº 1 da CRP) tem como corolários os princípios da *lex certa*, *prævia* e *stricta*, porém tanto o RGCO quanto a CRP são omissos a respeito das vertentes de lei certa (que significa exigência de tipicidade das contra-ordenações) e da lei estrita (que significa proibição da analogia). A esse respeito Gomes Canotilho trouxe algumas observações ao tecer comentários acerca do art. 29, nº 1º da CRP:

O princípio da tipicidade abrange os seguintes requisitos: (a) suficiente especificação do tipo de crime (ou dos pressupostos das medidas de segurança), tomando ilegítimas as definições vagas, incertas, insusceptíveis de delimitação; (b) proibição da analogia na definição de crimes (ou de pressupostos de medidas de segurança); (c) exigência de determinação de qual o tipo de pena que cabe a cada crime, sendo necessário que essa conexão decorra directamente da lei. O princípio da tipicidade exclui tanto as fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime, como as penas indefinidas ou de moldura tão ampla, que em tal redunde (CANOTILHO, 1993, p. 192) Comentário ao art. 29, nº 1

Na doutrina defendia já Figueiredo Dias que “se conduzem para o Direito das Contra-Ordenações as mesmas garantias constitucionalmente conferidas ao Direito Penal, mormente as resultantes dos princípios da legalidade e da aplicabilidade da lei mais favorável”. Vale preconizar também no Direito das Contra-Ordenações “a proibição de aplicação analógica in malam partem e a exigência de tipicidade e consequente determinabilidade” (DIAS, 1983, p. 330).

A exigência de lei certa visa impedir a utilização de conceitos extremamente indeterminados ou técnicas em branco difusas, que podem ampliar o espaço de apreciação, possibilitando a anulação do liame do aplicador à lei (DIAS, 2018, p. 77). Acerca dos limites da indeterminação legal, Nuno Brandão ensina que “igualmente em imediata consonância com a exigência de determinabilidade resultante do princípio constitucional da legalidade criminal (art. 29º, nº 1 da CRP), só é admissível uma

responsabilização contra-ordenacional com base num acto normativo suficientemente determinado (arts. 1.º e 2.º do RGCO)” (BRANDÃO, 2013, p. 797).

No Tribunal Constitucional, o Acórdão n.º 41/2004 pronunciou-se aí pela inaplicabilidade do art. 29.º, avocando portanto o princípio do Estado de Direito como fonte direta e imediata do “pensamento constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos” (acórdão 41/2004).

A partir dessa linha aberta pelo Acórdão 41/2004 culminou a posição de que é um erro pretender ampliar ao direito das contra-ordenações as projeções normativas do princípio da legalidade sancionatória previsto no art. 29.º, 1, 3 e 4, da CRP, sendo “assim bem certo que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contra-ordenacional” (acórdão 41/2004) (BRANDÃO, 2013, p. 800-801).

Pinto de Albuquerque, entretanto, leciona que não se pode afastar o art. 29.º da CRP do espaço contra-ordenacional, porque sempre emergirá a garantia dotada de força normativa supra-legal constituída pelo princípio da legalidade acolhido pela CEDH no seu art. 7.º (Cf. ALBUQUERQUE, Art. 1.º, n.º m. 10.)

Insta ressaltar que a proibição, notadamente de conceitos de elevado grau de indeterminação ou de técnicas em branco difusas, tem menor rigor e alcance no tocante à contra-ordenação em comparação ao Direito Penal, aplicando-se em situações de indeterminações extremas. Essa proibição, portanto, aplica-se às leis em branco globalmente remissivas e as sucessivamente remissivas (DIAS, 2018, p. 71-72).

O princípio da legalidade determina que a lei em branco faça de modo minimamente claro e objetivo a remissão interna ou externa ao diploma legal ou regulamentar em causa.

A esse respeito, o Tribunal Constitucional acordou que “o direito de mera ordenação social poderá adequar-se ao essencial das exigências em sede de direito penal, nomeadamente de direito penal secundário, em que haja remissão para normas técnicas”. No mesmo acórdão, também pronunciou no sentido de que “[...] Uma norma remissiva não pode ser vazia de orientação da conduta dos seus destinatários” (acórdão 41/2004). Nesse sentido, corrobora Silva Dias sustentando que somente assim poderá haver “uma conexão entre previsão e estatuição típicas que seja informativa para o conjunto dos destinatários e perceptível para o aplicador”, tendo em conta tratar-se de uma determinação irrevogável do princípio da legalidade, independentemente da sua flexibilidade (DIAS, 2018, p. 73).

Também ocorre a violação ao princípio da legalidade no tocante às leis em branco sucessivamente remissivas, haja vista o percurso que abrange uma série de disposições legais ou regulamentares, independentemente seja a previsão no mesmo ou em diploma distintos.

No Tribunal Constitucional, discutiu-se a aplicação aos tipos e sanções contra-ordenacionais em branco um outro critério no quadro de compatibilidade

dos tipos penais em branco com as exigências da lei certa e determinada referente à disposição que preenche ou para a qual se remete tenha “carácter meramente técnico e não inovador” (cf. acórdão 492/1995; 534/1998; 115/2008). A esse respeito Silva Dias tece suas observações no sentido de que a disposição complementar deve ser compreendida à luz das regras de interpretação válidas no Direito das Contra-Ordenações, o que nesse caso exclui a possibilidade de integração analógica independente da aceitação pelo ordenamento primário em que se insere aquela disposição. Essa conclusão encontra fundamento em duas razões. De um lado, a mesma autoridade administrativa que cria o tipo contra-ordenacional também pode criar disposição complementar. De outra banda, os tipos contra-ordenacionais visam reforço sancionatório de normas de carácter mutável e podem ser construídos baseado em uma complementariedade extrema em relação ao ordenamento primário (DIAS, 2018, p. 73-74).

Em outro acórdão, concluiu o Tribunal Constitucional pela inconstitucionalidade de um tipo contra-ordenacional em função da enorme amplitude entre os limites da coima por ele cominada, dada “a possibilidade de, pela aceitação de limites extraordinariamente amplos, se pôs em causa a previsibilidade da sanção” (acórdão 574/1995). Insta ressaltar que o Tribunal deixou clara a sua posição no sentido da aplicabilidade do princípio constitucional da legalidade criminal ao direito das contra-ordenações, que tendo sido confrontado com o problema da admissibilidade constitucional de uma moldura legal de coima com limites mínimo e máximos extraordinariamente afastados entre si ponderou a questão justamente à luz do princípio da legalidade, decidindo-se pela sua compatibilidade constitucional: “a norma sub iudicio cumpre as exigências que vão implicadas no princípio da legalidade penal, consagrado no art. 29º, nº 1 e 3, da Constituição (nullum nulla poena sine lege) [...] e ainda, no princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida (consagrado no nº 1 do artigo 30º da Constituição), que é outra dimensão ou vertente do princípio da legalidade das sanções” (acórdão 574/1995). Em outro momento o mesmo Tribunal se posicionou em sentido oposto concernente ao grau de indeterminação admissível na moldura da coima, em que firmou acórdão considerando violadora disposição que previa uma coima considerada exagerada e reveladora de elevado grau de indeterminação (acórdão 547/2001).

Nos Tribunais, a violação ao princípio da tipicidade enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade voltou a ser ponderada no Tribunal Constitucional nos Acórdãos 338/2003 e 358/2005, desta vez na vertente da determinabilidade da descrição típica ínsita em normas tipificadoras de contra-ordenações. No tocante ao preceito da exigência de lei certa e os limites da indeterminação legal, o Tribunal Constitucional português começou por considerar válido o princípio da legalidade criminal para o domínio das contra-ordenações, ao menos na sua vertente de determinabilidade do tipo e da sanção, tendo porém depois passado a pronunciar-se pela sua inaplicabilidade (BRANDÃO, 2013, p. 799).

Silva Dias ressalta que uma distância elevada entre os limites máximo e mínimo da coima justifica-se nos domínios em que a mesma infração pode assumir formas graves e incluir condutas cuja gravidade de culpa é baixa, e por outro viés, entre as

finalidades da coima está a recuperação do benefício econômico auferido da infração, de modo que justifica a oscilação do limite máximo das coimas, limite esse que deve ser estabelecido na lei. Importa acrescentar que Nuno Brandão, assim como Silva Dias, também defende o efeito preventivo da função confiscatória ilimitada da coima (DIAS, 2018, p. 74; BRANDÃO, 2013, p. 483 e ss).

Silva Dias não discorda que os benefícios econômicos extraídos da infração sejam tecnicamente calculáveis posteriormente, mas não concorda que seja este o plano relevante da determinabilidade e da previsibilidade das sanções. Isso porque para que esse plano alcance um grau aceitável de realização é necessária a estatuição legal fixando um limite que assegure a determinabilidade ex ante do poder punitivo das autoridades administrativas, bem como a realização dessa outra função da coima, que é a punição da infração culposa de um dever. Por essas considerações é que se conclui que o legislador português agiu positivamente ao prescrever esse limite no art. 18, nº 2, do RGCO (DIAS, 2018, p. 75).

Alexandra Vilela sustenta que a pressuposição considerada pelo art. 18, nº 2 torna o parâmetro de determinabilidade da coima altamente variável, ao mesmo tempo impossibilita que o limite máximo da coima seja definido para cada contra-ordenação. Acompanhando o entendimento de Oliveira Mendes e Santos Cabral, tendo em conta a inexistência de um critério de determinação da medida da coima, já que a referida norma não indica a forma de a determinar (cf. MENDES; CABRAL, 2009, p. 59 e ss), Alexandra Vilela conclui que o benefício econômico auferido com a contra-ordenação não deve ser critério de medida da coima nem uma circunstância agravante (VILELA, 2013b, p. 360-363). Silva Dias discorda desse entendimento ressaltando que o montante dos benefícios econômicos oriundos da infração é sim calculável e por isso controlável pelo agente. Também porque sempre é possível determinar ex ante o limite máximo de cada contra-ordenação concreta, considerando para isso os ganhos econômicos, tendo em conta o limite máximo estatuído, elevado em um terço nos casos em que ultrapassarem esse limite (DIAS, 2018, p. 75).

Para Alexandra Vilela, a retirada do lucro ilicitamente obtido desempenha a “função preventiva da pena principal” e também uma censura do fato, de modo que cumpre a justiça relativa evitando-se a necessidade de elevação do limite máximo da coima até à supressão do benefício (VILELA, 2013b, p. 364-365). Em sentido oposto, Fernanda Palma e Paulo Otero defendem que a elevação do limite máximo da coima até à retirada do benefício melhor concretiza a justiça relativa (PALMA; OTERO, 1996, p. 564). Viu-se, portanto, que a determinação da medida da coima levanta discussões doutrinárias no tocante à realização de justiça em razão da indeterminação desse critério pelo dispositivo contra-ordenacional.

4.3. A exigência de lei estrita e a proibição da analogia

O princípio da legalidade contra-ordenacional encontra assentamento nos arts. 1º, 2º e 3º, nº 1 do RGCO. Crespo Pereira observa que, à semelhança do que sucede na área criminal, também na área das contra-ordenações vigora o princípio da tipicidade (lei certa) como corolário do princípio da legalidade – cfr. arts. 1º e 2º do

RGCO (PEREIRA, 2015, p. 16). Os arts. 1º e 2º do predito diploma resulta a proibição da analogia (lei estrita) para agravar a responsabilidade contra-ordenacional, haja vista sua correspondência material com o princípio constitucional da legalidade criminal, consagrado no art. 29º, nºs 1, 3 e 4, da CRP, bem como ainda em observância do princípio constitucional da separação de poderes (BRANDÃO, 2013, p. 796-797).

Pinto de Albuquerque salienta que a Constituição não estabelece a garantia da tipicidade e também não proíbe a analogia no âmbito das contra-ordenações, garantia e proibição decorrentes do princípio da legalidade (ALBUQUERQUE, 2011, art. 2º, anot. 14, p. 34), mas a omissão da proibição expressa à analogia pode gerar um certo “enfraquecimento da tipicidade” (PALMA; OTERO, 1996, p. 564).

De modo a suprir essa lacuna, a doutrina (cf. ALBUQUERQUE, 2011, art. 2º, anot. 14; VILELA, 2013b, p. 510 e ss; BRANDÃO, 2013, p. 892 e ss; DIAS, 1983, p.330) e a jurisprudência (cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2008; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9 de junho de 1999) conferem à proibição da analogia plena vigência no Direito das Contra-Ordenações. Consoante Silva Dias, “uma vigência que não é ditada pela separação dos poderes, já que a Administração pode tanto criar como aplicar as contra-ordenações” (DIAS, 2018, p. 78).

Figueiredo Dias já deduzia a proibição da analogia do princípio da legalidade previsto no art. 2º do RGCO. Isso porque se conduz para o Direito das Contra-Ordenações as mesmas garantias constitucionalmente conferidas ao direito penal, mormente as resultantes dos princípios da legalidade e da aplicabilidade da lei mais favorável. Também no Direito das Contra-Ordenações preconiza-se “a proibição de aplicação analógica in malam partem e a exigência de tipicidade e consequente determinabilidade” (DIAS, 1983, p. 330).

No mesmo sentido, Nuno Brandão ressalta que “a imposição de tipicidade decorrente do princípio da legalidade encontra-se, como é evidente, acompanhada de uma proibição de analogia in malam partem (BRANDÃO, 2013, p. 892). Alexandra Vilela acrescenta que a aceitação do princípio da legalidade inscrito no art. 2º do RGCO traz, por inerência, a exclusão da analogia, concluindo que “[...] como sua decorrência, a descrição das contra-ordenações também não pode prescindir do princípio da tipicidade [...]” (VILELA, 2013b, p 510).

Portanto, no Direito das Contra-Ordenações vale a proibição de aplicação analógica in malam partem, mas assim como no Direito Penal, a analogia in bonam partem não é abarcada por essa proibição. Ademais, a propósito dos variados princípios que estruturam o Direito das Contra-Ordenações há uma transposição mais flexibilizadora desses princípios do domínio penal para o contra-ordenacional.

Considerações finais

Em Portugal, instituiu-se o ilícito de mera ordenação social primeiramente na Constituição da República Portuguesa (CRP) e posteriormente pelo Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de outubro, que através do seu art. 96º revogou o Decreto-Lei nº 232/1979, primeiro diploma jurídico português que tratou do regime das contra-

ordenações.

Algumas alterações no Decreto-Lei nº 433/82 caminharam no sentido de aproximar o regime das contra-ordenações aos princípios e quadros categoriais do Direito Penal. Consoante o preceito do preâmbulo do Decreto-Lei nº 433/82, em seu nº 2, viu-se tratar de medida urgente a questão de atribuir efetividade ao direito de ordenação social como ramo distinto e autônomo do Direito Penal, tendo em conta as mudanças efetivadas no ordenamento jurídico português, nomeadamente do quadro jurídico-constitucional que reconhece o direito contra-ordenacional em conformidade com princípios de assento constitucional que estruturam esse direito.

Com base na análise sistematizada da literatura, considerando ainda a questão da previsão legal e os debates nos Tribunais, o campo do direito substantivo do RGCO replica ou segue de perto a generalidade dos grandes princípios da lei penal ordinária. No tocante à questão que envolve a relação entre o Direito Contra-Ordenacional e o Direito Penal, viu-se que este é chamado à discussão para, mediatamente, por meio da sua provável influência sobre os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Contra-Ordenacional, elucidar questões de constitucionalidade atinentes a soluções legais que não podem rigorosamente ser vistas como balizas identitárias do ordenamento contra-ordenacional. Observou-se, ainda, a questão da flexibilidade e da adequação dos princípios constitucionais em debate no Tribunal Constitucional, de maneira que reconheceu em alguns acórdãos a necessidade flexibilizatória destes quando aplicáveis ao Direito das Contra-ordenações.

Entre os princípios constitucionais penais que estruturam o direito contra-ordenacional enumera-se o princípio da proporcionalidade, o princípio da culpa, o princípio da legalidade e seus corolários. O Direito das Contra-Ordenações pode beneficiar da aplicação desses princípios por ser legítimo e concebê-lo como parte integrante do direito penal em sentido amplo, já que evidente é a convergência material entre fatos penais e fatos contra-ordenacionais, além de conferir para esse direito uma maior flexibilidade de aplicação desses princípios tendo em conta não estar em causa na intervenção contra-ordenacional a privação da liberdade das pessoas.

Referências

ALBUQUERQUE, P. P. de. Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações. Lisboa: UCE, 2011.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRANDÃO, F. da R. A. Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, Coimbra, 2013.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. 1. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. XLIX. Coimbra, 1973.

- COSTA, José de Faria. Noções fundamentais de direito penal. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. Direito penal. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- DANTAS, I. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 1995.
- DIAS, A. S. Direito das Contra-ordenações. Coimbra: Almedina, 2018.
- DIAS, J. de F. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação. In: Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I, Lisboa, CEJ, 1983.
- GÓMEZ, M. Tomillo; RUBIALES, S. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, 3.a ed., Navarra:Aranzadi, 2013.
- MENDES, O.; CABRAL, S. Notas ao Regime-Geral das Contra-Ordenações. Coimbra: Almedina, 2009.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, R. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.^a ed., Coimbra, 2010.
- PALMA, M. F; OTERO, P. Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, V. 37, (2), 1996.
- PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da constituição e os princípios fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PEREIRA, Antonio Beça. Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas. Coimbra: Almedina, 2017.
- PEREIRA, Ana Marta Dias Crespo. Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto factor de autonomização do Direito das Contra-ordenações. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Universidade do Minho, Escola de Direito, 2015.
- PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro. Regime Geral das Contra-ordenações. Institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo.
- _____. Constituição da República Portuguesa de 1976. Assembleia Constituinte, 2 de Abril de 1976.
- SILVA, G. M da. Direito Penal Português - parte geral II. Lisboa: Verbo, 1998.
- VILELA, Alexandra. A segunda parte do regime geral do ilícito de mera ordenação social: um direito processual muitas vezes ignorado. Conferência no âmbito do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada da PUC de Minas Gerais, Brasil, 2013a.
- _____. O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico. Coimbra: Almedina, 2013b.