
A DIFÍCIL INTREGRAÇÃO DOS ILÍCITOS (ADMINISTRATIVOS) CONTRAORDENACIONAIS NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA VERSUS A NATURAL RELAÇÃO ENTRE OS ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPANHOL

(Singularidades de uma comparação *jus administrativa*)

*João Vilas Boas Pinto*¹

Sumário: I. Enquadramento e Pressupostos; II. Brevíssimo incurso histórico pelo ordenamento jurídico alemão: do direito penal administrativo ao direito das contraordenações; III. O ilícito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português e a (*incompreensível*) competência dos tribunais judiciais para a impugnação de decisões administrativas de aplicação de coimas; IV. A afirmação de um direito administrativo sancionatório e de um correspondente controlo contencioso-administrativo no ordenamento

¹ Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas.

jurídico espanhol; V. Conclusão; VI. Síntese Comparativa – tabela de micro-comparação; VII. Referências Bibliográficas.

I.

Enquadramento e pressupostos

O presente estudo tem por objetivo primordial proceder a uma comparação, no quadro ibérico, quanto à jurisdição competente em matéria de sanções administrativas, isto é, perscrutar, num e noutra ordenamento jurídicos, se o controlo dos atos administrativos sancionatórios - no caso português, *maxime* em matéria de ilícito de mera ordenação social - é efetuado pelos tribunais comuns (penais), pelos tribunais administrativos ou por ambas as jurisdições, por forma a destacar os principais pontos de convergência e divergência.

Se o desiderato a que nos propomos aparenta um mero quadro de comparação linear, a realidade envolvente é profundamente diagonal e, diremos mesmo, assimétrica. Por via desta comparação, não nos bastaremos com uma mera declaração da jurisdição competente num e noutra ordenamento jurídico, mas antes buscaremos encontrar respostas – ou, *minimum*, possíveis soluções - para questões e problemas que, repetidamente, nos têm inquietado. No acerto de contas, que razões levaram, em matéria de sanções administrativas, os ordenamentos jurídicos português e espanhol a seguir caminhos tão distintos? Em face das sucessivas alterações e reformas num e noutra, aproximar-se-ão – *quicá*, unir-se-ão – os caminhos? E que consequências daí decorrem para a tutela jurisdicional efetiva? No fundo, almejamos compreender, através de duas óticas distintas, a forma como é encarada a relação jurídica assente num ilícito administrativo.

Tendo por adquirido que «o objeto do direito comparado é formado pela comparação (tendencialmente sincrónica e atual) entre ordens jurídicas, podendo estas ser consideradas quer na sua globalidade quer em relação a algum instituto, conjunto de institutos ou normas»⁽²⁾, o labor a que nos propomos assume-se, indubitavelmente, como objeto de direito comparado. Não temos a pretensão de comparar o sistema jurídico português com o sistema jurídico espanhol, considerados na sua globalidade, mas apenas comparar institutos jurídicos afins em ordens jurídicas distintas: no caso concreto, o instituto do controlo jurisdicional dos ilícitos administrativos. Trata-se, portanto, de um estudo de micro-comparação.

Delimitado o objeto – e porque tal delimitação é feita mediante os fins que se desejam alcançar –, os objetivos principais do nosso estudo coincidem com algumas das funções do direito comparado: do ponto de vista do direito na-

² FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos / MORAIS CARVALHO, Jorge – *Introdução ao Direito Comparado*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 12.

cional, perspetiva-se um melhor conhecimento do sistema jurídico e do referido instituto jurídico, ambicionando-se igualmente que constitua um instrumento de política legislativa. Para além desses objetivos-funções, é nosso intento que contribua para a harmonização de direitos, neste caso, sobretudo ao nível das garantias do sancionado⁽³⁾.

Resta-nos, pois, apontar referência ao método, isto é, ao processo de comparação propriamente dito. Sendo que *só é possível comparar aquilo que é comparável*, entendemos igualmente não ser possível, no presente estudo, preterir os contributos dos vários métodos utilizados pelo direito comparado. Se de facto o método primordial é o normativo-funcional, ou seja, a depuração da função que determinado quadro normativo desempenha num dado ordenamento jurídico, não menos verdade é a relevância assumida pelos métodos analítico e histórico, através da convocação e decomposição de um conjunto de elementos relevantes, por forma a apreender a integração sistemática desses mesmos elementos. Socorrer-nos-emos, enquanto principais fontes da comparação, do quadro legislativo, da doutrina e da jurisprudência.

As diferenças que ao longo do texto se assinalam entre os dois sistemas jurídicos não obstam à comparação: se, de facto, no decurso histórico-cronológico é possível indicar múltiplas diferenças entre os dois sistemas, tanto ao nível das influências iniciais como ao nível das razões históricas locais, atualmente também é possível recortar nos dois sistemas jurídicos, tão próximos (ou mesmo convergentes) em diversas matérias, aproximação essa proporcionada sobretudo pelo processo de integração europeia, numerosas dissemelhanças no que à temática das sanções administrativas respeita. A *diferença*, enquanto expressão do pluralismo jurídico, não é, assim, sinónimo de proibidade, mas elemento nuclear da comparação⁽⁴⁾.

Convém igualmente, de antemão, subscrever, em jeito de declaração de interesses, a posição que perfilhamos sobre a temática em causa. Desse modo, o nosso entendimento cifra-se naturalmente na nossa condição de administrativista, pelo que propugnamos uma compreensão do Direito Administrativo Sancionatório por recurso à substância própria do Direito Administrativo, isto é, propenderemos a aceitar soluções, embora não acriticamente, que melhor se coadunem com tal posicionamento. Nesse sentido, o presente estudo pretende

³ Sobre as funções do Direito Comparado, vd. *Idem*, pp. 16 a 19.

⁴ Em sentido próximo, JERÓNIMO, Patrícia – *Lições de Direito Comparado*, Braga: ELSA UMI-NHO, 2015, pp.40 e 42: «A diversidade cultural traz consigo o pluralismo jurídico, ou seja, a existência de uma multiplicidade de fontes de Direito, de formas de conceber o Direito e de modos de o realizar na prática»; «O pluralismo jurídico não é observável apenas entre tradições ou famílias jurídicas, mas também entre Estados pertencentes a uma mesma família».

contribuir para a (futura) apresentação de propostas de reforma de *iure condendo*⁽⁵⁾.

II.

Brevíssimo incurso histórico pelo ordenamento jurídico alemão: do direito penal administrativo ao direito das contraordenações

O Direito dos Ilícitos de Mera Ordenação Social (comummente designado Contraordenacional) – e, diríamos mesmo, o Direito Administrativo Sancionatório – é resultado de uma trajetória histórica própria, marcada inevitavelmente por um conjunto de circunstâncias endógenas e exógenas. Não pairam dúvidas de que constitui uma realidade histórica, ou não fossemos prontamente alertados por FARIA COSTA de que «(...) *quem pensasse que o direito de mera ordenação social era uma disciplina jurídica sem uma longa gestação doutrinal cometeria um erro grave de análise*»⁽⁶⁾.

Desde as suas origens, o direito das *Ordnungswidigkeiten* colheu o interesse e o estudo dos administrativistas germânicos, que o configuravam como instituto próprio da Administração, isto é, autêntico direito administrativo. Contam-se entre eles, em especial, JAMES GOLDSCHMIDT e EBERHARD SCHMIDT. Devem-se a estes autores os primeiros estudos relativos ao *Direito Penal Administrativo* e ao *Direito de Mera Ordenação Social*. O sistema das sanções administrativas é tributário do processo de despenalização registado pós-Segunda Guerra Mundial. A JAMES GOLDSCHMIDT deve-se o início da doutrina do direito penal administrativo, cabendo-lhe a destriça deste em relação ao direito penal: «*enquanto o fundamento do direito penal está na lei, como manifestação do allgemeiner Willen [vontade geral], o do direito penal administrativo encontra-se no Sonderwillen [vontade especial] do Estado, o que, de resto, corresponde às representações contemporâneas, assentes no equilíbrio de poderes do monarca constitucional e do parlamento*»⁽⁷⁾ (tradução e destacado nossos). O ambiente em que esta doutrina se fecunda é marcadamente de cunho social: se, por um lado,

⁵ Comungamos, pois, da ideia de PIERRE LEGRAND, segundo o qual os transplantes legais desempenham um relevante papel na produção de mudanças legislativas (*Apud* GRAZIADEI, Michele – «Comparative Law as the study of transplants and receptions», in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2012, p. 467).

⁶ FARIA COSTA, José - «A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social», in *Revista de Direito e Economia*, ano 9, n.ºs 1 e 2, Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos, 1983, p. 45.

⁷ *Apud* VILELA, Alexandra - *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 57.

a Administração assume as funções de um aparelho prestador ou de promoção do bem-estar, por outro, emerge a necessidade de criar um sistema repressivo próprio que se encaixe nesse novo modelo de relacionamento entre os cidadãos e a Administração. Para o direito penal administrativo, a pena é representada pela multa, sendo considerado verdadeiro direito administrativo, protegendo não bens jurídicos individuais, mas sancionando uma falta para com a Administração⁽⁸⁾. Numa segunda fase, JAMES GOLDSCHMIDT distingue o ilícito criminal do penal administrativo em razão da natureza das normas de cada um: se o direito penal/criminal se encontrava ancorado nas convicções éticas da comunidade, o direito penal administrativo consubstanciava uma criação positiva do Estado, para além da diferença tanto dos valores ofendidos como no modo dessa ofensa⁽⁹⁾.

A ERIK WOLF coube um especial papel no desenvolvimento da doutrina de GOLDSCHMIDT, teorizando um esforço de separação entre direito penal administrativo e direito penal de justiça, distinção essa de cariz material e não meramente lógico-formal: «*o propósito do direito penal administrativo não é o de servir a justiça através da aplicação de penas expiatórias, mas de servir o bem-estar através de repreensões funcionalmente adequadas*»⁽¹⁰⁾. Ainda, do ponto de vista processual, WOLF advoga um processo junto dos tribunais administrativos.

Anos volvidos, EBERHARD SCHMIDT vem alertar para a necessidade de uma distinção qualitativa-objetiva entre os dois ilícitos, dando origem ao direito das contraordenações (direito de mera ordenação social), numa clara assunção de um movimento de despenalização no período pós guerra mundial, sobretudo no âmbito do direito económico. Assim, enquanto as contraordenações não lesam materialmente o conteúdo dos bens jurídicos, os crimes traduzem-se na destruição ou no perigo aos bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos⁽¹¹⁾, tendo tal doutrina respaldo na lei de simplificação do direito penal económico de 1949 (substituída em 1954). Ora, em síntese, as contraordenações representam infrações a normas e interesses administrativos, com um processo igualmente distinto do processo penal. Em extrema sinopse, as contraordenações eram, pois, sancionadas por meio de um procedimento sancionatório

⁸ Idem, p. 58.

⁹ Idem, pp. 61 e 62.

¹⁰ BRANDÃO, Nuno - *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Coimbra: Tese de Doutoramento, texto policopiado, 2013, p. 42.

¹¹ VILELA, Alexandra - *O Direito de Mera Ordenação Social (...)*, op. cit., p. 79.

administrativo, naturalmente conduzido por uma autoridade administrativa⁽¹²⁾. Nesses casos, rejeita-se o recurso a multas para se aplicar uma coima, com uma conotação de censura ou advertência social (mera ordenação social). A extensão das contraordenações a outros ramos do direito que não o direito económico sucede em paralelo com a também extensão da intervenção Estatal a diversos setores da vida social. «*Mas com isto logo se abre caminho à descriminalização no plano em que a hipertrofia da legislação penal, desde sempre, foi criticada: o da atribuição de competência aos tribunais ordinários para aplicar medidas que são materialmente administrativas, o que conduz, para além do mais, a uma insuportável massificação das suas sentenças*»⁽¹³⁾.

Não isento de críticas - e dando nota da crescente hipertrofia e consequente “desnaturalização” do direito das contraordenações -, o rumo iniciado pelos mestres germânicos viria a sofrer um desvio significativo. Com a reforma de 1968, a OWiG negou a existência de especificidades materiais entre os crimes e as contraordenações. O § 1, n.º 1 da OWiG define contraordenação como «*uma conduta ilícita e censurável que preencha o tipo para o qual uma lei admita a aplicação de uma coima*». O núcleo fundamental do discurso da jurisprudência constitucional alemã tem sido, desde então, dominado por uma teoria mista qualitativa-quantitativa. Em resumo, recorrendo à explanação de NUNO BRANDÃO⁽¹⁴⁾, podem registar-se, no ordenamento jurídico alemão e no que ao direito das contraordenações (mera ordenação social) em concreto respeita, as seguintes principais fases evolutivas: Renascimento da Teoria do Direito Penal Administrativo (SCHMIDT) – Domínio da Teoria Qualitativa (OWiG de 1952) – Preterição da Teoria Qualitativa e consolidação de uma Teoria Mista Qualitativa-Quantitativa (OWiG de 1968).

¹² Assim, CORREIA, Eduardo – «Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XLIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973, p. 271: «*Pode considerar-se um dos maiores serviços prestados por EBERHARD SCHMIDT à dilucidação do problema que vimos tratando – até pelo largo eco que teve na legislação alemã – o ter chamado a atenção para a necessidade de considerar a aplicação de reações que traduzem advertências meramente sociais, como actividade da pura competência dos órgãos administrativos*».

¹³ Idem, pp. 27 e 272.

¹⁴ BRANDÃO, Nuno - *Crimes e Contra-Ordenações(...)*, op. cit., especialmente pp. 44 e ss’.

III.

O ilícito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português e a (*incompreensível*) competência dos tribunais judiciais para a impugnação de decisões administrativas de aplicação de coimas

No que ao ordenamento jurídico português concerne, e não obstante ter vigorado no nosso sistema penal a figura da contravenção, anterior ao direito de mera ordenação social, é sobretudo o acolhimento da doutrina do direito penal administrativo e os seus posteriores desenvolvimentos que mais acuidade assume, em estreita ligação com o ordenamento germânico, para a nossa narrativa. Como já demos conta, entronca no processo de despenalização, tendo-se positivado, entre nós, com o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, que instituiu o ilícito de mera ordenação social e o respetivo processo. Em 1982, com o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, procede-se a uma revisão do primeiro diploma, tendo o legislador avançado com uma definição de contraordenação: «*constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*» (art. 1.º). A coima é, desta feita, a sanção administrativa por excelência do ilícito contraordenacional.

Tal como pregado por NUNO BRANDÃO, «*A Eduardo Correia deve creditar-se o indeclinável mérito de ter aberto definitivamente o direito português à inovadora e frutífera experiência contra-ordenacional alemã*»¹⁵. E, por conseguinte, cabe aqui recordar o pensamento do ilustre professor, que esteve na base da importação do ilícito de mera ordenação social, tal como perspectivado pelos autores germânicos a que já aludimos, para o nosso ordenamento jurídico: «*(...) uma coisa será o ilícito criminal, outra coisa o direito relativo à violação de uma certa ordenação social, a cujas infracções correspondem reacções de natureza própria. Este é, assim, um aliud que, qualitativamente, se diferencia daquele, na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal*»¹⁶.

O concatenamento, no ordenamento jurídico português, das impugnações de decisões administrativas de aplicação de coimas e a respetiva jurisdição competente para a apreciação daquelas deve contemplar três principais momentos, cronologicamente sucedâneos: (1) a instituição do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social de 1979 e, logo no imediato, do Regime Geral de 1982; (2) a revisão constitucional de 1989 e a posterior revisão do Regime Geral

¹⁵ Idem, p. 145.

¹⁶ CORREIA, Eduardo – *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, op. cit., pp. 267-268.

das Contraordenações de 1995; e (3) as reformas da Justiça Administrativa de 2002 e de 2015.

O primeiro momento⁽¹⁷⁾ coincide com a instituição do ilícito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português pelo DL n.º 232/79, de 24 de julho, tendo como mentor o então Ministro da Justiça, EDUARDO CORREIA. Do preâmbulo do referido diploma é possível recortar a atribuição aos tribunais judiciais da competência para conhecer dos recursos de impugnação, designadamente no ponto 5: «*Após algumas hesitações, optou-se por atribuir aos tribunais comuns a competência para conhecer do recurso de impugnação judicial. Reconhece-se de boamente que a pureza dos princípios levaria a privilegiar a competência dos tribunais administrativos. Ponderadas, contudo, as vantagens e desvantagens que qualquer das soluções irrecusavelmente comporta, considerou-se mais oportuna a solução referida, pelo menos como solução imediata e eventualmente provisória. E isso por ser a solução normal em direito comparado. E ainda por se revelar mais adequada a uma fase de viragem tão significativa como a que a introdução do direito de ordenação social representa. Além do mais, afiguram-se mais facilmente vencíveis as naturais resistências ou reservas da comunidade dos utentes do novo meio de impugnação judicial*» (sublinhado nosso). Este diploma, considerado uma espécie de «nado-morto»⁽¹⁸⁾, veio a ser revogado pelo DL n.º 433/82, de 27 de outubro, que consagra o Regime Geral das Contraordenações, *rectius* do Ilícito de Mera Ordenação Social, e o respetivo processo. Integrado numa reforma global do sistema penal, postulava o artigo 61.º, n.º1 desse diploma, novamente, a competência dos tribunais judiciais para conhecer dos recursos das decisões administrativas que apliquem coimas: «*É competente para conhecer do recurso o juiz de direito da comarca em cuja área tem a sua sede a autoridade que aplicou a coima*». É curioso constatar que, a par da sustentação de um ilícito diferente do ilícito criminal⁽¹⁹⁾ (20), o legislador tivesse consagrado os tribunais judiciais como competentes para conhecer da impugnação da decisão administrativa de aplicação de uma coima. Identificamo-nos, portanto, com a posição de CAVALEIRO FERREIRA, de que «*(...) admitida a natureza de um ilícito penal administrativo diferente do ilícito criminal, a consequência seria (...) que da decisão administrati-*

¹⁷ Sem prejuízo do passado relativo à figura das *contravenções*, com forte influência francesa, e dos contributos, entre nós, de Mello Freire e Henriques da Silva.

¹⁸ Vd. BRANDÃO, Nuno - *Crimes e Contra-Ordenações (...)*, op. cit., pp. 170-171.

¹⁹ Abstemo-nos, aqui, de um pronunciamento sobre a coexistência das *contravenções* com as *contraordenações*. Com efeito, só em 2006 foi eliminada do nosso ordenamento jurídico a figura da *contravenção*. Para uma descrição e crítica sobre o assunto, vd. BRANDÃO, Nuno - *Crimes e Contra-Ordenações (...)*, op. cit., pp. 175-178 e bibliografia aí citada.

²⁰ Veja-se o disposto no ponto 2 do preâmbulo: «*No mesmo sentido, ou seja, no da urgência de conferir efectividade ao direito de ordenação social, distinto e autónomo do direito penal (...)*»

va de aplicação de coimas houvesse recursos para os tribunais administrativos»⁽²¹⁾. Mas, repetidamente, a “doutrina” legislativa explanada em 1979, ancorada na solução abundante preconizada em outros ordenamentos jurídicos e na ideia de maior facilidade na ultrapassagem das “naturais resistências”, fez predominar a opção pelos tribunais judiciais. Um outro argumento para a preferências pelos tribunais judiciais prende-se com o acautelamento dos direitos dos indivíduos, isto é, o facto de se reconhecer autonomia ao direito de mera ordenação social não implica que se olvide que este possa afetar, de uma maneira similar ao direito penal, os direitos daqueles⁽²²⁾, pelo que a última decisão deverá ser acometida ao sistema judicial – aos tribunais judiciais, bem entendido, - que melhores garantias oferece ao indivíduo. Cremos que esse argumento faria algum sentido quando sustentado no então artigo 3.º, n.º2 do regime, que previa o trânsito em julgado da decisão administrativa: « *Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se já tiver transitado em julgado a decisão da autoridade administrativa ou do tribunal*». De facto, admitir-se que o processo das contraordenações fosse instruído e julgado pelas entidades administrativas, sendo que essas decisões transitavam em julgado, não poderia deixar de suscitar a inconstitucionalidade da norma, do ponto de vista da intromissão da função administrativa na função jurisdicional. Destarte, parece-nos ser esse, em rigor, o único critério jurídico aceitável para a atribuição daquela competência aos tribunais judiciais, ou em abono da verdade, ao sistema judicial. *A contrario*, os demais argumentos invocados para júbilo dos tribunais judiciais assumem-se de índole pragmática (ou, dir-se-á também, política) e, por isso mesmo, não jurídicos.

Com a revisão constitucional de 1989, inaugura-se um outro momento. Com ela se introduziu na nossa lei fundamental o atual artigo 212.º, preceituando-se incumbir aos tribunais administrativos e fiscais « *o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*». Ora, a opção legislativa do Código das Contraordenações violaria essa reserva constitucional da jurisdição dos tribunais administrativos? A maioria dos autores propende a dar uma resposta negativa. CARDOSO DA COSTA advoga a ideia de que existem outros princípios constitucionais, designadamente o princípio da tutela jurisdicional, que reclamam a preferência do legislador pelos tribunais judiciais, em virtude de

²¹ CAVALEIRO FERREIRA, Manuel – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I – A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4.ª Ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1992, pp. 115-119.

²² Em sentido similar, CORREIA, Eduardo – *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, op. cit., p. 281: «(...) ao definir as formas de exprimir esta censura e de formular as regras da sua aplicação, o chamado direito de pura ou mera ordenação social não pode desligar-se da especificidade dos interesses que o determinam, nem deixar de garantir, em medida adequada, os direitos de defesa daqueles que sujeita às suas reações».

estes assegurarem uma proteção dos direitos fundamentais mais intensa que a jurisdição administrativa⁽²³⁾. No que tange à competência dos tribunais judiciais, a reforma do Regime Geral das Contraordenações de 1995 não produziu, portanto, qualquer alteração.

Um novo momento é encetado pela Reforma da Justiça Administrativa de 2002, que altera o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF). Se é mister aplaudir solenemente este acontecimento, dando dignidade à jurisdição administrativa, não é menor o lamento no que à matéria das contraordenações (*lato sensu*, ao direito administrativo sancionatório) respeita. Com efeito, é o próprio artigo 1.º, alínea l) da Lei n.º 107-D/2003, de 31 de dezembro que exclui expressamente do âmbito da jurisdição administrativa os litígios referentes a matéria contraordenacional («*desde que não constituam ilícito penal ou contraordenacional*»). É evidente que a maioria da doutrina penal aplaudiu a continuidade da solução, entendendo, como sintetiza ALEXANDRA VILELA, que «(...) *quando a autoridade administrativa profere uma decisão condenatória, o seu acto aproxima-se muito pouco de um verdadeiro ato administrativo, pelo que, também por esse motivo, não faz sentido a sua impugnação para os tribunais administrativos, que, por regra, se encontram pouco vocacionados para a apreciação deste tipo de problemas*»⁽²⁴⁾.

Também a Reforma de 2015 pouco ou nada veio a acrescentar à narrativa. Apesar de ter alargado o âmbito da jurisdição administrativa, e não obstante a Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais (Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto) também registar uma tendência expansiva, designadamente por força do novo artigo 75.º-A⁽²⁵⁾, introduzido pela Lei n.º 114/2015, de 28 de agosto, a verdade é que tais alterações ficam aquém das propostas registadas no anteprojeto da

²³ CARDOSO DA COSTA, Joaquim - «O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas», in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 366, abril-junho, Lisboa: Ministério das Finanças, 1992, pp. 39 e ss.

²⁴ VILELA, Alexandra - *O Direito de Mera Ordenação Social (...)*, op. cit., p. 382. Em posição contrária, tal como também preconizamos, PRATA ROQUE, Miguel - «O Direito sancionatório público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional», in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 14/15, abril-setembro, Coimbra: Almedina, 2013, especialmente pp. 137-141.

²⁵ Impugnação Judicial de contraordenações: «*Caso o mesmo facto dê origem à aplicação, pela mesma entidade, de decisão por contraordenação do ordenamento do território, prevista na presente lei, e por contraordenação por violação de normas constantes do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, a apreciação da impugnação judicial da decisão adotada pela autoridade administrativa compete aos tribunais administrativos*».

reforma⁽²⁶⁾. Em rigor, como bem sintetiza ISABEL CELESTE FONSECA, as propostas do anteprojecto não vingaram por razões de matriz técnica e pragmática, fazendo pender sobre a jurisdição administrativa «(...) o receio [de] não estar física e humanamente preparada para a ampliação das suas competências (...)»⁽²⁷⁾.

Em jeito de balanço, poder-se-á afirmar que, para além da sua complexidade, o processo do ilícito de mera ordenação social encontra-se embrenhado no enredo da subsidiariedade do Direito Penal, para o qual o próprio regime geral remete nos artigos 32.º e 41.º. Mas, apesar da marcada tendência de jurisdicionalização (de cunho penalista), não podemos deixar de registar a importância assumida pelo Direito Administrativo na modelação da sua identidade. Assim, considerou o Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 09/02/2004 (Proc. 0345075), que «(...) o direito de mera ordenação social constitui um tertium genus entre o direito processual administrativo e o direito processual penal, não sendo um direito penal menor, mas respeitando a um ilícito de natureza diversa».

A fase administrativa do processo contraordenacional constitui um verdadeiro procedimento administrativo. Nesse sentido, no Acórdão *supra*, entendeu o Tribunal: «nem se diga que a evolução legislativa tem seguido no sentido de que a fase administrativa se encontra sujeita aos mesmos princípios e regras, ainda que subsidiariamente aplicáveis, da fase judicial. Antes pelo contrário». Os atos sancionatórios são, em abono da verdade, autênticos atos administrativos. Neste último sentido, esclareceu o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 19/2011, Proc. n.º 489/10: «cumpre afirmar que as decisões administrativas que aplicam determinada sanção não podem deixar de ser consideradas como «actos administrativos», na medida em que visam produzir efeitos jurídicos, numa situação individual e concreta». Acresce que tal “acto administrativo” afigura-se sempre como uma manifestação da actividade administrativa de tipo agressivo, na medida em que comprime direitos subjectivos dos administrados, sujeitando-os a um determinado ónus - in casu, o pagamento de determinada quantia, a título de coima. Assim sendo, afigura-se igualmente incontroverso que o exercício de poder sancionatório pela Administração Pública implica sempre a contingência de uma relação jurídico-administrativa entre aquela e o sujeito da sanção aplicável»⁽²⁸⁾.

²⁶ A título exemplificativo, veja-se a proposta da Comissão de Revisão do ETAF e do CPTA para o artigo 4.º (âmbito da jurisdição administrativa): «n) impugnações judiciais de decisões da Administração Pública que apliquem coimas, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, por violação de normas de direito administrativo em matéria de ambiente, ordenamento do território, urbanismo, património cultural e bens do Estado».

²⁷ FONSECA, Isabel Celeste – *As incertezas em torno do direito administrativo sancionatório: lamentos...*, Braga: texto policopiado de apoio ao Mestrado em Direito Administrativo, 2016, pp. 16 e ss.º

²⁸ Em linha com esta jurisprudência, vd. GOMES DIAS, Mário - «Breves reflexões sobre o processo de contra-ordenação», in *Revista do Ministério Público*, ano 5, volume 20, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1984, pp. 91-110;

Quanto à fase judicial, autêntico quebra-cabeças, resulta essencialmente da impugnação das decisões administrativas condenatórias. Sucede, porém, que se processa junto dos tribunais comuns⁽²⁹⁾: mais uma surpreendente incompreensão. Em rigor, não se trata de um verdadeiro recurso, mas da impugnação de uma decisão administrativa. Não deveria, então, a jurisdição competente ser a administrativa?

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁽³⁰⁾ aceitam que o desvio possa ter por base a existência de um obstáculo intransponível que se prenda por razões logísticas e de insuficiência dos tribunais administrativos e pela necessidade de acautelar a tutela jurisdicional efetiva que, devido ao entupimento e irregular funcionamento da jurisdição administrativa, poderia ficar comprometida. Há, no entanto, quem perfilhe um outro entendimento: é o caso de SIMAS SANTOS e LOPES DE SOUSA⁽³¹⁾, que consideram que a atribuição da competência aos tribunais judiciais é uma clara violação de preceitos constitucionais. De facto, o instrumentário garantístico de uma e outra jurisdição é, deveras, distinto, o que leva a questionar se as providências ao dispor dos sancionados cumprirão os requisitos da adequação e da eficácia. Estas, e outras, questões, longe de incontroversas, reforçam a urgência de um debate sério sobre a necessidade de um procedimento administrativo sancionatório e da redistribuição de competências entre os tribunais administrativos e os tribunais comuns. Reflexão essa onde a identidade autonómica das contraordenações terá de assumir um valor similar. E nesta última componente, se se aceitar a autonomia do Direito das Contraordenações, em que medida se poderá reclamar uma aplicação subsidiária do Direito Administrativo? Em face de prontas críticas, o Tribunal da Relação de Lisboa, de forma surpreendente, decidiu no seu Acórdão de 17/12/1997 (repare-se bem, 1997): «(...) *tem natureza administrativa a fase do recurso de impugnação em processo contra-ordenacional. Por isso, não há razões para se lançar mão do regime do artigo 41.º do DL n.º 433/82, que manda remeter subsidiariamente para o processo penal*». Recentemente, o Tribunal da Relação de Évora, no seu Acórdão de 06/12/2016, Proc. 236/15.0T8PTM.E1, veio estabelecer precisamente o inverso: «*Um recurso de “impugnação judicial” em processo contra-ordenacional, como tal definido por lei – artigo 59º, n. 1 do RGCO - não é um recurso administrativo. Nem se lhe aplicam normas administrativas*» e «*Ao recurso de impugnação judicial do processo contra-ordenacional aplicam-se as normas do RGCO; em caso de lacuna neste aplicam-se as normas do C.P.P. (artigo 41º do RGCO); em caso de lacuna*

²⁹ Cfr. artigos 87.º e ssº da LOFTJ.

³⁰ *Apud* FONSECA, Isabel Celeste – *As incertezas em torno do direito administrativo sancionatório: lamentos...*, op. cit., pp.28-29.

³¹ SIMAS SANTOS, Manuel / LOPES DE SOUSA, Jorge – *Contra-ordenações: anotações ao Regime Geral*, Editora Áreas, 2011, p. 479 a 491.

deste, aplicam-se as normas do C.P.C. (artigo 4º do C.P.P.)». De forma flagrante, considerou ainda que «O direito administrativo só serve para definir a entidade administrativa com competência decisória e qual a sua forma de decisão. O Código de Procedimento Administrativo é, pois, uma inutilidade no Direito contra-ordenacional. E indesejável porquanto limitador de direitos do acusado».

Recentemente fomos confrontados com uma inovação legislativa quanto ao âmbito da jurisdição administrativa. Estamos a referir-nos à Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro, que procede à décima segunda alteração ao ETAF. Em especial, procede-se a uma adição à parte final do artigo 4º, n.º 1, alínea l): «impugnações judiciais de decisões da administração pública que apliquem coimas, no âmbito do ilícito de mera ordenação social por violação de normas de direito administrativo em matéria de urbanismo e do ilícito de mera ordenação social por violação de normas tributárias». Apraz somente lamentar que, do ponto de vista dogmático-estrutural, pouco nos esclarece. A título exemplificativo, registamos a permanência da fissura entre direito do urbanismo/direito do ordenamento do território. De novo se faz sentir um certo movimento pendular: entre os argumentos de receios da inovação e das questões de não preparação da jurisdição administrativa e os argumentos arreigados na maior preparação da jurisdição comum na aplicação do Código de Processo Penal e do Regime Geral das Contraordenações, continua a balançar, incerta e perigosamente, o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Estamos convictos de que, a passo com a falta de vontade política, coexiste uma nítida falta de coragem, que atinge em primeira linha a própria doutrina administrativista, conduzindo fatalmente a uma constante discutibilidade da legitimidade da jurisdição administrativa. Urge, neste sentido, uma reforma profunda ao Regime Geral das Contraordenações, a par de um alargamento da jurisdição administrativa em matéria contraordenacional, para o que serão decisivos os contributos de direito comparado, em especial do ordenamento jurídico que nos é geograficamente mais próximo.

IV.

A afirmação de um direito administrativo sancionatório e de um correspondente controlo contencioso-administrativo no ordenamento jurídico espanhol

Em Espanha, contrariamente ao que sucedeu em Portugal, o direito administrativo sancionatório não recebeu no berço a herança germânica, de tal forma que alguns autores falam em fuga do direito penal para o direito administrativo⁽³²⁾. O poder sancionatório da Administração Pública espanhola foi,

³² Por exemplo, GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador; parte general*. Madrid: Thomson, 2008, p. 50.

durante grande parte da sua existência, pautado por grandes notas de discricionariedade e de cunho marcadamente político. Nesse sentido, seguindo a lição de RAMÓN PARADA⁽³³⁾, verificou-se, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos como o francês, uma interpretação radical do princípio da separação dos poderes, de tal forma que a Constituição de Cádiz consagrou o monopólio repressivo dos juízes e dos Tribunais, ao mesmo tempo que negou a atribuição de poderes repressivos ao Governo e à Administração. Desse modo, aos *Alcaldes* atribuíam-se, enquanto representantes do Governo no Município, poderes sancionatórios limitados, relacionados, no essencial, com a repressão de faltas leves. Com o Código Penal de 1822, o ordenamento jurídico espanhol adotou a conceção tripartida francesa das infrações (crimes, delitos e contravenções), encontrando-se as sanções previstas intimamente conectadas com os Tribunais, competentes para as impor. Não tardou a que a doutrina se insurgisse contra a solução preconizada, usando contra ela o princípio da separação de poderes. COLMEIRO afirma impressivamente: «*la independencia de la Administración estaría comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observância de sus actos, aplicando penas pecuniárias o corporales dentro de los limites de una simple corrección de policía o por vía disciplinaria. El poder legislativo delega en la Administración esta parte de funciones propias del poder judicial*»⁽³⁴⁾.

O panorama descrito alterou-se com o período ditatorial de Primo de Rivera. Não é estranho que, ante um regime ditatorial, se perscrute o exponencial crescimento e concentração dos poderes sancionatórios da e na Administração. Veja-se, a título meramente exemplificativo, o preceituado nos artigos 1 e 3 do Decreto-Real de 18 de maio de 1926: «*en materias administrativas y disciplinarias, el Gobierno usará de facultades discrecionales en la adopción de medidas, imposición de sanciones (...). Sobre tales determinaciones del poder público (...) no se admitirá ni tramitará outro recurso que el elevado al próprio Consejo de Ministros (...)*».

No período da II República, é da maior importância a Lei de Ordem Pública de 1933 para a afirmação do poder sancionatório da Administração. Como dá nota RAMÓN PARADA, a inovação primordial em matéria sancionatória relacionava-se com a atribuição à autoridade governativa das facultades sancionatórias ordinárias fora da declaração formal dos estados de exceção, e na própria possibilidade de decretar a detenção do infrator em determinadas circunstâncias, o que leva a afirmar que o poder sancionatório personificava uma poderosa arma política ao serviço das autoridades administrativas, tanto ao nível central

³³ PARADA, Ramón – *Derecho Administrativo I. Parte General*, 15.ª ed., Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, especialmente pp. 464 a 477.

³⁴ *Apud* PARADA, Ramón – *Derecho Administrativo I. Parte General (...)*, op. cit., p. 466.

como local³⁵). No período Franquista, sublinham-se a Lei de 17 de julho de 1958, que instituiu um sistema de garantias administrativas e judiciais, e a nova Lei de Ordem Pública de 1971, que aumentou o âmbito setorial de intervenção do poder sancionatório, ao ponto de superar os da própria polícia geral.

Mas, se de facto a afirmação da repressão política pode justificar o desenvolvimento de parte do poder administrativo sancionatório, não consegue sustentar, do ponto de vista jurídico, a sua expansão a certos domínios, como sejam, por exemplo, o urbanismo ou o rodoviário. Considera RAMÓN PARADA que «*Si la legislación ha optado por la solución administrativa ello debe obedecer, al menos en buena parte, a que el legislador desconfía de que el sistema judicial penal pueda cumplir satisfactoriamente con aquella función*»³⁶).

Acentuando a desnaturalização do conceito de “ordem pública”, GARCÍA DE ENTERRIA propõe um único *ius puniendi* com duas manifestações: o direito penal e o direito administrativo sancionatório. Defendeu o mestre espanhol que ao direito administrativo sancionatório poderiam perfeitamente aplicar-se os princípios do direito penal, numa lógica de extensão garantística³⁷. Foi este o pensamento que se generalizou e consolidou no ordenamento jurídico vizinho: não se negando notas diferenciadoras entre os diversos ilícitos, reconhece-se uma unidade ontológica da sanção, verificando-se somente a coexistência de vários ordenamentos jurídicos especiais dentro de um ordenamento jurídico geral que todos abarca, pelo que a natureza jurídica do ilícito não é aferida senão em função do ordenamento especial que é atingido. Consequentemente, a doutrina maioritária tem aceite que a aplicação de sanções administrativas manifesta, tal como a imposição das penas pelos juízes, o *ius puniendi* do Estado, residindo a diferença tão-só na forma como o poder é exercido. O critério distintivo utilizado não é, portanto, material³⁸).

ALEJANDRO NIETO é o porta estandarte da acérrima crítica à conceção propugnada. Na sua célebre obra, *DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*, rejeita a ideia de que o direito administrativo sancionatório seja apenas uma das manifestações de um *ius puniendi* unitário. Desde a primeira edição da sua obra, em 1992, ALEJANDRO NIETO reclama a reversão da indiferença do

³⁵ Vd. Idem, p. 471.

³⁶ Idem, p. 473.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - «El Problema Jurídico de las Sanciones Administrativas», in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 10, Madrid: Civitas, 1976, p. 405.

³⁸ Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, vd. REBOLLO PUIG, Manuel / IZQUIERDO CARRASCO, Manuel / ALARCÓN SOTOMOMAYOR, Lucía / BUENO ARMIJO, Antonio - «Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos», in *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, N.º. 1, Colombia: Universidad del Rosario, 2005, pp.23-24

Direito Administrativo Sancionatório moderno perante o respeito pelos interesses públicos e gerais ⁽³⁹⁾. Assinalando alguns problemas e paradoxos em relação ao Direito Administrativo Sancionador, o insigne autor entende que as enfermidades de que padece o sistema espanhol não isenta nenhum dos intervenientes - legislador, Administração e tribunais: «*La potest sancionadora de la Administración – y su aparato técnico y jurídico, el Derecho Administrativo Sancionador – es, en definitiva, un montón de despropósitos en el que todos los Poderes están implicados*»⁽⁴⁰⁾. Reiterando que o direito administrativo sancionador é produto de uma construção abundantemente jurisprudencial, NIETO afirma com veemência: «*Vivimos en Españã en un Estado judicial de Derecho y en mi opinión es urgente que los Jueces rematem pronto la tarea, que ya han realizado en gran parte, de crear un Derecho Administrativo Sancionador completo*»⁽⁴¹⁾.

A Constituição Espanhola vigente (1978) é, em matéria de garantias do sancionado, bastante protecionista, assegurando-lhe um conjunto de direitos que trespassam o ciclo sancionatório, desde a tipificação da conduta à aplicação da sanção administrativa final. A Lei 30/1992 veio estabelecer o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum. Embora não avance com a apresentação ou densificação de conceitos, postulou um conjunto de garantias, adensando princípios constitucionais, como sejam o da *legalidade*, *tipicidade*, *ne bis in idem*, proibição da irretroatividade *in pejus*, e proporcionalidade. O regime espanhol encontra-se (também) inspirado parcialmente no direito penal e processual penal. A aceção de conceitos tem cabido à doutrina (administrativa) e, sobretudo, à jurisprudência constitucional. Embora lhes possam ser apontadas críticas, não pode olvidar-se o esforço crescente que tem vindo a ser feito no tratamento das questões do direito administrativo sancionatório, apontando na direção de um princípio de intervenção mínima do direito penal.

³⁹ Recordamos aqui algumas das suas passagens mais expressivas: «*El Derecho Administrativo Sancionador moderno –contaminado, sin duda, por las preocupaciones ideológicas constitucionales y por la tradición penalista– se autoproclamó de inmediato defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales, no descuidados ciertamente en la época anterior, pero a los que no se había dado la importancia que merecían, al menos en la materia de orden público*»; «*(...) la tarea primordial de la Administración es la gestión (y defensa) de los intereses públicos y generales*»; «*(...) para la Administración, y muy particularmente en su vertiente sancionadora, el objetivo es la protección y defensa de los intereses públicos y generales, operando la ley y el Derecho como un límite del ejercicio de su actividad, no como un fin de contenido próprio*». [NIETO, Alejandro - «Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador», in *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, n.º14, 2007, p. 11].

⁴⁰ NIETO, Alejandro – *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª Edição, Madrid: Tecnos, 2005, p. 30.

⁴¹ *Ibidem*.

A submissão do poder administrativo ao controlo jurisdicional é uma exigência do próprio artigo 24.º da Constituição Espanhola: «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*». E a submissão ao controlo contencioso-administrativo é uma marca distintiva em relação ao caso português. Neste sentido, notamos que já na sua Sentença 77/1983, o Tribunal Constitucional Espanhol havia instituído algumas condições para a imposição de sanções administrativas, umas das quais precisamente a subordinação do poder sancionatório da Administração ao poder jurisdicional (sistema judicial), estabelecendo o posterior controlo dos atos sancionatórios pela Jurisdição Contencioso-Administrativa, cabendo à Jurisdição Penal apreciar e determinar os factos suscetíveis de serem julgados pela ordem ou jurisdição administrativa.

A Lei Reguladora da Jurisdição Contenciosa-Administrativa (Lei 29/1998, de 13 de julho), por seu turno, consagra ainda em diversas disposições a inequívoca competência dos tribunais administrativos em matéria de sanções, como seja, por exemplo, no artigo 8.º: «*Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (...) Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las comunidades autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto: b) Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses*» (sublinhado nosso). Não sendo o lugar adequado para uma análise à forma como é exercido o controlo jurisdicional, parece-nos, ser, pois, de rematar com a ideia de «*en el contencioso de las sanciones, naturalmente, se pueden alegar todos los vicios que les afecten en los mismos términos y con la misma amplitud que en los contencioso-administrativos contra cualquier otro acto administrativo (...)*»⁽⁴²⁾, dando ressonância de que no ordenamento jurídico espanhol a jurisdição competente para conhecer das decisões administrativas que apliquem sanções administrativas é a jurisdição administrativa⁽⁴³⁾.

⁴² REBOLLO PUIG, Manuel / IZQUIERDO CARRASCO, Manuel / ALARCÓN SOTOMOMAYOR, Lucía / BUENO ARMIJO, Antonio – *Derecho Administrativo Sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 925.

⁴³ REBOLLO PUIG, Manuel / IZQUIERDO CARRASCO, Manuel / ALARCÓN SOTOMOMAYOR, Lucía / BUENO ARMIJO, Antonio - «Panorama del derecho administrativo sancionador en España (...), op. cit. p. 52: «*La anterior supone la posibilidad de impugnar todas las sanciones administrativas, como cualquier otro acto administrativo, ante los tribunales. En España, esa labor está confiada por completo a los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, todas las sanciones administrativas sin excepción pueden ser impugnadas ante la dicha jurisdicción*». (sublinhado nosso)

Em suma, e fazendo eco das palavras de ALEXANDRA VILELA, em Espanha, «(...) o direito administrativo sancionador passou a ser usado, não só enquanto arma de luta política relativamente aos opositores das autoridades administrativas, num período de revolta ou de autoritarismo, mas também enquanto arma jurídica, para responder de uma forma eficaz a um conjunto de infrações, em relação às quais o sistema penal se revelava inadequado (...)»⁽⁴⁴⁾. De facto, esta tem sido uma marca indelével do regime sancionatório espanhol, pautado por um forte processo de administrativização, acompanhado pela arquitetura de uma panóplia de garantias a oferecer ao administrado/sancionado.

V. Conclusões

A narrativa comparativa apresentada não consegue fornecer, por si só, elementos claros e indiscutíveis acerca da natureza jurídica do ilícito de mera ordenação social e, bem assim, sustentar a autonomia do direito administrativo sancionatório. Não obstante, permite-nos, a partir de um referencial (minimamente) comum, traçar diferentes segmentos, isto é, constatar soluções divergentes para um mesmo problema.

Embora com múltiplas e oscilantes justificações, é indiscutível que a função subjacente à instituição de um ilícito administrativo, como o é o ilícito de mera ordenação social, nutre alguma similitude nos ordenamentos jurídicos germânico, português e espanhol. Seja por recurso a critérios objetivos ou subjetivos, qualitativos ou quantitativos, ou ainda critérios combinatórios, é notório que tem sido perfilhado, em larga escala e a diversos níveis (legislativo, jurisprudencial e doutrinal), uma distinção entre o ilícito de mera ordenação social, também denominado de contraordenação, e o direito criminal. O instituto do ilícito de mera ordenação social não cumpre, portanto, a mesma função que o ilícito criminal. Todavia, é na forma como é interpretada e desenvolvida essa diferença que encontramos o cerne da problemática.

Se em Portugal o ilícito de mera ordenação social colheu diretamente dos contributos germânicos, em Espanha o caminho foi distinto, escorando-se primeiramente em redutos franceses para, posteriormente, assumir uma densidade criativa própria, afirmando um autêntico direito administrativo sancionatório. E, se no nosso ordenamento coube à doutrina dar ancoramento para as soluções legislativas – ou, pelo menos, de algumas delas-, no ordenamento vizinho o protagonismo tem sido avocado pelos Tribunais, cujas resoluções irradiam para todo sistema jurídico.

⁴⁴ VILELA, Alexandra – *O Direito de Mera Ordenação Social (...)*, op. cit., p. 173.

Naturalmente, as diferenças de caminho repercutem-se na jurisdição competente para conhecer da impugnação das sanções administrativas, mormente consequentes de um ilícito de mera ordenação social: se em Portugal a desconfiança sempre pendeu sobre a jurisdição administrativa, cometendo-se continuamente aquela competência para os tribunais judiciais (penais), à exceção das infrações urbanísticas e tributárias, em Espanha, a competência para a apreciação das impugnações de (todas) as sanções administrativas foi conferida à jurisdição contencioso-administrativa, seja pela desconfiança que reiteradamente sobressaiu sobre os tribunais judiciais seja pela consolidação de um direito *administrativo* sancionador. Deve ainda registrar-se que, embora o caminho em Espanha tenha divergido da matriz germânica, a solução adotada quanto à jurisdição competente é, ironicamente, a mesma que os teóricos germânicos do direito penal administrativo e do direito das contraordenações vigorosamente defendiam.

O exercício comparativo permite-nos também constatar um total desfazamento entre os vários diplomas legais, e as respetivas reformas, que, no essencial, versam sobre o mesmo instituto. Estamos igualmente convictos de que a maioria dos argumentos e critérios invocados, em ambos os ordenamentos – embora com intensidades variáveis –, é iminentemente de índole pragmático-política e não de cariz jurídico.

Inseridos na mesma família jurídica (romano-germânica), é tempo de os ordenamentos jurídicos português e espanhol se harmonizarem em matéria de direito administrativo sancionatório. Almejamos, assim, que os dois “irmãos”, aparentemente de costas voltadas neste domínio, se reconciliem. E tal desiderato só poderá ser alcançado por meio de uma intervenção legislativa que não poderá prescindir dos contributos teórico-dogmáticos.

VI. Síntese comparativa - tabela de microcomparação

	Ordenamento Jurídico Português	Ordenamento Jurídico Espanhol
ELEMENTOS HISTÓRICOS E EXTERNOS	Influência predominantemente germânica	Influência predominantemente Francesa
	Forte influência do período pós-Guerra Mundial (Estado Social) e do movimento de despenalização	Forte influência do período Ditatorial
	Distinção entre ilícito criminal e ilícito administrativo assente em funções igualmente distintas	Distinção entre ilícito criminal e ilícito administrativo assente em funções igualmente distintas
	Construção inicial pela Doutrina	Construção inicial pela Jurisprudência
ELEMENTOS INTERNOS	Abordagem maioritariamente pela doutrina penal	Abordagem maioritariamente pela doutrina administrativista
	Ausência de um autêntico direito administrativo sancionatório	Construção e Consolidação de um verdadeiro direito administrativo sancionatório
	Existência de um regime específico de contraordenações	Ausência de um regime específico de contraordenações
	Desconfiança sobre a jurisdição administrativa	Desconfiança sobre a jurisdição comum (tribunais penais)
	A Jurisdição Comum é competente para apreciar impugnações de atos administrativos sancionatórios de mera ordenação social (exceção: contraordenações tributárias e urbanísticas)	Controlo contencioso-administrativo dos atos administrativos sancionatórios