

ACÓRDÃO N.º 298/2021

Processo n.º 942/2021

3ª Secção

Relator: Conselheira Joana Fernandes Costa
(Lino Rodrigues Ribeiro)

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

I - Relatório

1. No âmbito dos presentes autos, vindos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em que é recorrente o Ministério Público e recorrido A., foi interposto recurso, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional («LTC»), da decisão proferida por aquele Tribunal, em de 24 de setembro de 2019, que recusou a aplicação do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto, com fundamento na sua inconstitucionalidade, por violação do disposto no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

2. A decisão foi proferida na sequência da impugnação judicial deduzida pelo ora recorrido contra a decisão administrativa proferida pela Autoridade Nacional de Aviação Civil (ANAC) em 28 de janeiro de 2019, que lhe aplicou a coima de 3.900 euros, pela prática da contraordenação aeronáutica civil muito grave, prevista no artigo 22.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 163/2015, de 17 de agosto, em virtude de ter feito entrar aeronaves não tripuladas (drones) na área proibida do Aeroporto Humberto Delgado.

Com relevo para a apreciação do presente recurso, lê-se na decisão recorrida o seguinte:

«(...)

2 A Recorrente pretende ver discutidas, entre o mais, designadamente a seguinte questão, assim se delimitando o objeto do recurso: i) *ne bis in idem* e remessa do processo para inquérito pendente no Ministério Público. Mantêm-se válidos e regulares os pressupostos da instância.

3 Como questão prévia e prejudicial, importa analisar a invocada questão atinente à remessa do processo para inquérito pendente no Ministério Público por prevalência do princípio *ne bis in idem*.

4 Importa considerar como factualidade relevante para a decisão o seguinte: (i) A. vem condenado pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelo artigo 22.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 163/2015, de 17 de agosto, porquanto no dia 20 de agosto de 2018 manobrava um drone, com o número de série ES 112324586655, no entroncamento entre a Avenida Estados Unidos da América, ..., e a Avenida Rio de Janeiro, ambas em Lisboa, em zona de proibição de sobrevoo; (ii) Corre termos inquérito sob o número 62/18.4SJLSB, na 5.ª Secção do DIAP Lisboa, no Ministério Público, tendo estes autos sido informados que o objeto discutido é o mesmo nos dois processos, “estando a ser realizadas diligências para apurar se os factos integram a prática de crime ou de contraordenação”.

5 O estado atual da jurisprudência nacional permite afirmar, sem equívocos, que é consensualmente aceite a plena aplicabilidade do princípio *ne bis in idem*, devidamente plasmado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (“ninguém pode ser julgado mais que uma vez pela prática do mesmo crime”), já no âmbito do direito da mera ordenação social, já quando se interponha uma relação de concurso entre crime e contraordenação por recurso ao conceito material de sanção vastamente trabalhado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (conferir, entre outros, acórdãos Engel e Outros c. Países Baixos, A. Menarini S.R.l. c. Itália e Grand Stevens e Outros c. Itália), sempre que se afira de uma “identidade substancial” entre as infrações, havendo que perscrutar o bem jurídico tutelado por cada uma das normas punitivas, sendo que quando a Constituição da República

Portuguesa refere “julgado mais que uma vez” não alude a um conceito próprio sensu de julgamento, mas a situações análogas e que possam implicar julgamento ou possam acarretar a sujeição do arguido a dois julgamentos pelos mesmos factos - conferir, por todos, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 244/99, disponível eletronicamente em tribunalconstitucional.pt, Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza; conferir Nuno Brandão, Crimes e Contraordenações, Da cisão à Convergência Material, pp.256/7.

6 Tal valência e abrangência decorrem inclusivamente de instrumentos internacionais, que se afere despidendo esmiuçar, mas que se encontram plasmados ora no artigo 4.º, do protocolo adicional n.º 7, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ora no artigo 50.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ora no artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

7 Ora considerando os factos a atender no caso presente tal como são desde logo assumidos pelo Ministério Público, e olhadas as normas infratoras em causa no âmbito contraordenacional (conferir artigo 22.º, n.º 1, alínea f) do Decreto-Lei n.º 163/2015, de 17 de agosto - “Para efeitos da aplicação do regime das contraordenações aeronáuticas civis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro, constituem contraordenações aeronáuticas civis muito graves: A realização de voos em zonas proibidas ou restritas, em violação do disposto na norma SERA 3145 do anexo ao Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, de 26 de setembro de 2012”) e no âmbito criminal (conferir artigo 288, n.º 1, alínea b), do Código Penal: “Quem atentar contra a segurança do transporte por ar, água ou caminho de ferro: b) colocando obstáculo ao funcionamento ou circulação, é punido com pena de prisão de um a oito anos”) logo se compreende a absoluta identidade do bem jurídico, conquanto redundante na segurança do espaço aeronáutico, pelo que de imediato se vislumbra a necessidade de convocar a norma atendível no caso de concurso entre crime e contraordenação. Tal norma, sabendo-se que *lex specialis derogat legi generali*, é a constante do artigo 12.º, do Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto (equivalente à solução da Lei n.º 50/2006, no seu artigo 28.º, relativamente ao qual se pode convocar o estudo de Alexandra Vilela, “Crime e contraordenação: por morrerem algumas andorinhas pode acabar a primavera”, disponível eletronicamente em revistas-ulosofona.pt, no qual conclui pela inconstitucionalidade da referida norma) o qual dispõe que se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação aeronáutica civil, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se, para o efeito, processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo da decisão que aplique coima ou sanção acessória caducar quando o arguido venha a ser condenado em processo criminal pelo mesmo facto.

8 Esta norma não só não evita violações do *ne bis in idem*, como inclusivamente as admite. Isto é, a norma contém enquanto previsão a constatação da violação do princípio constitucional, remetendo em seguida para um remédio, também ele, incapaz de a contrariar. Vejamos.

9 A norma vertente assume que ao arguido possam ser impostos dois processos por infrações idênticas, processos esses a correr simultaneamente, e dos quais possam vir a resultar duas condenações, e tanto basta, considera o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, para concebermos a existência de violação ao princípio constitucional plasmado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

10 Ademais, o remédio sugerido pela lei não o é na verdade, porquanto não esclarece como se processará a caducidade e processo de revisão da sentença judicial, qual o desconto a efetuar na sanção penal e de que modo será feito o desconto, se a coima pode ser imediatamente executada ainda que na pendência de processo-crime, admitindo assim uma suprema desproporcionalidade no lenitivo a que recorre para a violação que consente.

11 Por essa razão, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão entende que a norma plasmada no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto é materialmente inconstitucional por violação do disposto no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

12 Por conseguinte, desaplicada a norma em causa, o Tribunal está impedido de proferir sentença de mérito, porquanto entende que é de aplicar as normas conjugadas nos artigos 20.º e 38.º, n.º 1, do Regulamento Geral das Contraordenações e Coimas, aplicável *ex vi* artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º

10/2004, que determinam a remessa do processo ao Ministério Público para incorporação nos autos de inquérito a correr termos sob o número 62/18.4SJSLB.

13 Em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão decide providor totalmente o recurso e:

Declarar materialmente inconstitucional a norma plasmada no artigo 12.º, do Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto, por violação do disposto no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, e em consequência, não havendo que proferir decisão de mérito, determinar a remessa dos autos ao Ministério Público para incorporação nos autos de inquérito a correr termos sob o número 62/18.4SJSLB, ao abrigo do disposto nos artigos 20.º e 38.º, n.º 1, ambos do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, aplicável ex vi artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro.»

3. Determinado o prosseguimento dos autos, o Ministério Público produziu alegações, pugnado pela procedência do recurso com base nos seguintes fundamentos:

«(...)

9º

Desde logo, a aceitar-se a argumentação do tribunal recorrido, ficaria automaticamente arredada a possibilidade de instauração simultânea, por exemplo, de procedimento disciplinar e criminal, pelos mesmos factos.

Ora, tal solução nunca foi acolhida por este Tribunal Constitucional.

Por exemplo, no Acórdão 635/2015, de 9 de dezembro (...)

10º

Temos, pois, por um lado, a afirmação de que não é confundível o domínio dos ilícitos e sanções criminais com outros tipos de ilícito (designadamente o disciplinar). A Lei Fundamental distingue-os, desde logo, ao nível do âmbito da competência exclusiva reservada à Assembleia da República.

Depois, há lugar a diferenciação quanto à densidade constitucional dedicada a cada um dos regimes sancionatórios, sendo que apenas o ilícito criminal e as sanções de natureza criminal se encontram extensamente regulados na Constituição (cfr. artigo 29.º do texto constitucional). E uma das consequências desta diferenciação é a da ausência de identidade normativa entre medidas penais e outras medidas sancionatórias, como as disciplinares.

Em terceiro lugar, o Direito Penal e o Processo Penal visam tutelar interesses gerais e fundamentais da comunidade, enquanto outras medidas sancionatórias estão ligadas a necessidades específicas, como, no caso dos autos, a proteção da segurança da aeronáutica civil. Nessa medida, as sanções previstas nos dois ramos têm âmbito e natureza diversos.

Finalmente, são ainda marcantes as diferenças que separam o processo penal de qualquer outro regime sancionatório, distinguindo a Constituição, no seu artigo 32º, as garantias que deve assegurar o processo criminal e as garantias que irradiam para outros domínios sancionatórios (cfr. n.º 10 do artigo 32º da Constituição).

11º

Posição idêntica havia sido anteriormente consagrada por este Tribunal Constitucional, no seu Acórdão 263/1994, de 23 de março (...)

12º

Pode, pois, concluir-se, da leitura do Acórdão 263/1994, que não há razões que impeçam a coexistência de ilícitos criminais distintos de outros ilícitos sancionatórios públicos, como os disciplinares.

Desta autonomia e independência do direito criminal e de outro direito sancionatório público decorre, como natural corolário, que a valoração da mesma conduta pode ser feita e sancionada concomitantemente no âmbito respetivo sem que isso envolva violação do princípio *non bis in idem*, que só funciona no âmbito de cada específico ordenamento punitivo. Ainda que, no caso de excepcionalmente a tutela penal, por mais ampla, abranger também outro domínio sancionatório, pode este atuar, e deve até, em caso de aquela tutela não se ter concretamente efetivado ou, apenas, se mostrar insuficiente.

Trata-se, pois, de uma situação de convergências ou concursos de normas sancionadoras de natureza diversa, situação conhecida dos diferentes ordenamentos, não podendo dar-se prevalência a uma sobre a

outra, na ausência de norma que disponha nesse sentido.

Não se vê, por isso, por que razão teria de se considerar que a norma sancionadora administrativa já aplicada (ou a aplicar, como no caso dos presentes autos) haveria de ceder perante a norma penal incriminadora que ainda não foi aplicada pelo juiz penal, ou que a aplicação daquela ficasse dependente de uma prévia declaração de responsabilidade penal.

O n.º 5 do art. 29.º da Constituição proíbe o julgamento de alguém "*mais do que uma vez pela prática do mesmo crime*", mas o princípio *non bis in idem* coloca-se relativamente a cada direito sancionatório, sendo certo que só no plano do direito criminal o princípio tem expressa consagração constitucional.

Tratando-se de atos ilícitos de diferente natureza, sancionados com penas diferentes, apreciados em processos diversos por autoridades diferentes (num caso, uma entidade administrativa; no outro, um juiz penal) não pode falar-se de um duplo julgamento, não havendo o risco de se conseguir nem uma condenação penal de quem já haja sido definitivamente absolvido pela prática do ato ilícito, nem uma nova aplicação de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo ato ilícito. De facto, trata-se de responsabilidades diversas e autónomas que tutelam bens jurídicos perfeitamente distintos, podendo o agente ser censurado pelo seu comportamento em dois planos diversos, o penal e o contraordenacional, sem ofensa de qualquer princípio constitucional.

13.º

No caso dos presentes autos de contraordenação, são claros os fins que nortearam a instauração do procedimento contraordenacional, desde logo, a necessidade de punir a utilização de *drones* (aeronaves não tripuladas) em áreas proibidas, designadamente aeroportos.

E precisas são, também, as disposições legais violadas, não só nacionais, como comunitárias, justificando talvez, por isso mesmo, ao tribunal recorrido, um pouco mais de prudência antes de proferir a sua decisão de remissão dos autos para apreciação por outra instância, designadamente criminal, em vez de aplicar a sanção que o processo contraordenacional exigiria.

14.º

Relativamente a disposições nacionais, nos termos do artigo 4.º, n.º 3, alínea j) dos Estatutos da ANAC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março, são atribuições desta Autoridade "*assegurar a regulação de segurança do setor da aviação civil*".

Para tal, estabelece o artigo 32.º, n.º 5, alínea d) do mesmo diploma (destaques do signatário):

"5 - Estão sujeitos a autorização da ANAC, designadamente:

d) A realização de atividades da aviação civil que impliquem afetações ou restrições de espaço aéreo significativas que envolvam ou possam interferir com o uso de espaço aéreo em todo o território nacional e espaço aéreo sujeito à jurisdição do Estado português ou que, por isso, requeiram reserva de espaço aéreo, nomeadamente festivais aéreos e aeronáuticos, demonstrações aéreas, exibições aeronáuticas e outras demonstrações ou eventos;"

15.º

Ora, a operação de aeronaves não tripuladas (designadas vulgarmente de *drones*) é uma atividade que pode interferir - e no caso dos autos interferiu -, com o uso do espaço aéreo.

Por esse motivo, foi publicado o Regulamento 1093/2016, de 14 de dezembro, da ANAC, que aprovou as condições de operação aplicáveis à utilização do espaço aéreo nacional pelos sistemas de aeronaves civis pilotadas remotamente (*drones* ou RPAs - *remotely piloted aircraft*).

O artigo 11.º, n.º 4 deste Regulamento veio estabelecer o seguinte, em matéria de "*restrições à operação ou voo de RPAs*" (destaques do signatário):

"4 - Salvo se expressamente autorizado pelas respetivas entidades competentes, e sem prejuízo do disposto na norma SERA.3145 do Anexo ao Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, de 26 de setembro de 2012 e na alínea f) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 163/2015, de 17 de agosto, as RPA não podem voar igualmente em áreas proibidas, perigosas, restritas, reservadas e temporariamente reservadas de espaço aéreo, devidamente publicadas, nomeadamente no LAIP." (IAIP - Integrated Aeronautical Information Publication).

16.º

Em matéria de disposições comunitárias, o Regulamento de execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, de 26 de setembro de 2012, referido no Regulamento da ANAC 1093/2016, anteriormente citado, veio,

pelo seu lado, estabelecer as regras do ar comuns e as disposições operacionais no respeitante aos serviços e procedimentos de navegação aérea.

Ora, nos termos do artigo 3º deste Regulamento, os Estados Membros devem assegurar o cumprimento das regras e disposições comuns estabelecidas no anexo ao mesmo Regulamento.

Do Anexo a este Regulamento consta a norma SERA.3145, relativa a “*Zonas proibidas e zonas restritas*”, que dispõe o seguinte (destaques do signatário):

“As aeronaves não devem efetuar voos em zonas proibidas ou restritas, cujas características tenham sido devidamente publicadas, salvo se cumprirem as condições das restrições ou dispuserem de uma autorização do Estado-Membro sobre cujo território essas áreas foram estabelecidas.”

17º

Ora, o espaço aéreo do aeroporto de Lisboa está classificado como espaço aéreo controlado - Classe C (nos termos de AIP Portugal, na parte ENR 1.4 - 1, 29 May 2014, ponto 1.4.2.2.1) (cfr. fls. 18 dos autos).

E o local onde foi realizado o voo denunciado - a partir da Avenida Estados Unidos da América, até à pista do Aeroporto Humberto Delgado, insere-se, sem margem para dúvidas, numa zona proibida de sobrevoos.

18º

Aplica-se, nessa medida, a esta situação o Decreto-Lei 163/2015, de 17 de agosto, que criou os regimes sancionatórios aplicáveis aos regimes jurídicos do céu único europeu, constante de diversos Regulamentos da União Europeia.

Ora, o Capítulo XVII deste Decreto-Lei 163/2015 veio definir o regime sancionatório do Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, a que atrás se fez referência, estabelecendo o art. 22º, n.º 1, alínea f) (aplicado pela ANAC no processo de contraordenação em apreciação), em matéria de aplicação de contraordenações, o seguinte (destaques do signatário):

“1 - Para efeitos da aplicação do regime das contraordenações aeronáuticas civis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro, constituem contraordenações aeronáuticas civis muito graves:

f) A realização de voos em zonas proibidas ou restritas, em violação do disposto na norma SERA.3145 do anexo ao Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, de 26 de setembro de 2012;”

Por seu lado, o Decreto-Lei 20/2004, de 9 de janeiro, a que se refere o Decreto-Lei 163/2015, aprovou o regime aplicável às contraordenações aeronáuticas civis.

19º

São, pois, claras e inequívocas as disposições legais, quer nacionais, quer comunitárias, que impunham à ANAC instaurar procedimento contraordenacional contra o arguido.

Sendo certo, por outro lado, que ao contrário do entendido pelo tribunal recorrido, estas disposições são diferentes, quer quanto à natureza, quer quanto ao conteúdo, quer quanto à sanção aplicável, quer ainda quanto ao elemento volitivo, do disposto no artigo 288º do Código Penal (...)

20º

Nada parece obstar, por isso, pelos factos em apreciação nos presentes autos, que se instaure, por um lado, procedimento contraordenacional contra o arguido, tendente a salvaguardar a segurança da aviação civil e das pessoas que a ela recorrem, prevenindo a ocorrência de circunstâncias idênticas, que poderão ocasionar desastres graves.

E, por outro lado, que simultaneamente se instaure, independentemente do procedimento contraordenacional, procedimento criminal, tendente a acautelar os bens jurídicos garantidos pelo artigo 288º do Código Penal.

Não se trata, com efeito, de dois julgamentos pelos mesmos factos criminais, mas sim de um procedimento contraordenacional e de um processo crime que correm paralelamente e que prosseguem bens jurídicos distintos, em resultado de um concurso de normas de diferente natureza.

Não sendo, aliás, seguro, neste momento, que qualquer dos processos leve à aplicação de uma sanção, nem se sabendo de que tipo, uma vez que ambos os processos se encontram em curso, correndo independentemente um do outro.

Acresce, que dificilmente se pode aceitar o argumento do tribunal recorrido de que se mostra aplicável, por analogia, o disposto no artigo 28º da Lei 50/2006, de 29 de agosto (Lei Quadro das contraordenações em matéria ambiental), tanto mais que os factos, na base dos presentes autos, permitem, como se procurou salientar anteriormente, a instauração simultânea de um procedimento contraordenacional e de um processo crime, por entidades distintas, com processos diferentes, por infrações distintas (uma contraordenacional, a outra criminal) e com a aplicação igualmente de sanções distintas (coima e pena de prisão).

21º

Ainda a propósito do princípio *ne bis in idem*, julga-se de referir o Acórdão 244/99, de 29 de abril (...):

“Conclui-se, pois, no sentido de que o princípio "ne bis in idem" consagrado no nº 5 do artigo 32º da Constituição, pode ter aplicação, por analogia, em hipóteses de concurso de crimes e contraordenações, quando os bens jurídicos tutelados pelas respetivas normas sejam idênticos. No fundo, é o reconhecimento de que estão em causa os mesmos bens jurídicos nas infrações correspondentes a factos que, pelo mesmo diploma, o RJIFNA, "constituem simultaneamente crime e contraordenação" que justifica o artigo 14º, e não qualquer desvio às regras do concurso de crimes atrás referidas.”

No entanto, não parece que estejamos, no caso dos presentes autos, ao contrário do alegado pelo tribunal recorrido, perante uma situação de concurso de crimes e contraordenações, como o referido neste Acórdão 244/99, em que os bens jurídicos tutelados pelas respetivas normas sejam idênticos.

Com efeito, como referido anteriormente, os bens jurídicos prosseguidos pelo processo criminal e pelo procedimento contraordenacional, relativamente aos factos na base dos presentes autos, são distintos.

(...)

24º

Também se crê útil referir, no âmbito destas alegações, o Acórdão 356/2006, de 8 de junho (...).

Ora, julga-se que o caso dos autos integra, também, uma situação de perigo de bens (neste caso, dos aviões em circulação de e para o aeroporto de Lisboa) de particular gravidade, fazendo incorrer o arguido numa contraordenação muito grave e paralelamente, a uma situação de violação do artigo 288º do Código Penal, crime de perigo comum, ao colocar obstáculos ao funcionamento ou circulação do transporte por ar.

25º

Relativamente à invocada desconformidade da legislação nacional com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, este Tribunal Constitucional também apreciou argumentação semelhante à utilizada pelo ora recorrente, afirmando, no Acórdão 265/2016 (Relatora: Conselheira Ana Guerra Martins) (destaques do signatário):

“Relativamente ao segundo argumento invocado pelo reclamante, o qual se prende com a atual Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em sede de princípio ne bis in idem, importa, desde já, esclarecer que, encontrando-se os Acórdãos daquele Tribunal identificados apenas pelo nome, parte-se do princípio que o caso Engel que se menciona corresponde ao citado no n.º 50 do caso Zolotukhin v. Rússia (appl. 14939/03, decisão de 10 de fevereiro de 2009), ou seja, Engel and Others v. the Netherlands, de 8 junho de 1976.

Note-se que, no caso Zolotukhin, o queixoso foi sancionado, pela prática de atos menores de violação da ordem pública previstos no Código das Contraordenações (Administrative Offences) da Federação Russa (artigo 158.º), no âmbito de um processo administrativo que poderia implicar, entre outras sanções, a detenção administrativa até 15 dias, a cumprir imediatamente e sem recurso, tendo cumprido 3 dias detenção, e ainda foi punido, no âmbito de um processo penal, por violação da ordem pública (artigo 213.º do Código Penal), uso de violência contra um oficial público (artigo 318.º, § 1.º do Código Penal) e insultos em público contra um oficial público (artigo 319.º do Código Penal) que poderia igualmente ser punido com uma pena de prisão.

É certo que o Tribunal invoca os critérios do caso Engel para definir o que se deve entender por acusação penal (criminal charge), tendo chegado à conclusão que, no caso concreto, a privação da liberdade nas duas situações apontava no sentido da natureza criminal das duas punições. Mas não é menos certo que o Tribunal considerou que apenas foi violado o princípio ne bis in idem em relação à primeira acusação de violação da ordem pública porque os factos puníveis eram os mesmos. Quanto às restantes acusações o Tribunal considerou que tal não se verificava.

Além disso, o TEDH admite que a mesma conduta possa constituir vários crimes (cfr. §72 do caso Zolotukhin).

Em suma, não se vislumbra, por um lado, onde reside o paralelo entre o caso Zolotukhin e o caso dos presentes autos e, por outro lado, em que é que este Tribunal decidiu em desconformidade com a Jurisprudência do TEDH.

E o mesmo se diga relativamente ao caso Grande Stevens v. Italy (appl. 18640/10, decisão final de 7 de julho de 2014).

Seguindo a sua jurisprudência anterior, o TEDH apurou se os novos processos se baseavam em factos que eram substancialmente os mesmos que tinham estado na base da condenação definitiva a que os queixosos tinham sido já sujeitos. No fundo, a questão era a de saber se os crimes pelos quais os queixosos tinham já sido condenados diziam respeito à mesma conduta. O Tribunal chegou à conclusão que, naquele caso concreto, os vários processos diziam respeito à mesma conduta praticada pelas mesmas pessoas na mesma data, pelo que decidiu que tinha havido violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção.

Se aplicarmos os critérios usados pelo TEDH para determinar se existe acusação penal, nos presentes autos, estão em causa dois processos qualificados pela legislação nacional de forma diversa, sendo um de natureza penal e outro de natureza contraordenacional. À mesma conclusão se chega se procedermos à comparação entre a sanção de privação da liberdade decorrente do processo de natureza penal e a aplicação de uma coima, mesmo que de valor elevado, decorrente do processo de natureza contraordenacional, ou seja, o desvalor jurídico da conduta totalmente diverso, o que mostra igualmente a clara diferença entre os dois processos em causa nos presentes autos. Por último, o facto de o valor da coima aplicado ser relativamente elevado, não implica, por si só, que estejamos automaticamente perante um processo contraordenacional com natureza materialmente penal. Aliás, para o TEDH, só uma análise casuística permitirá concluir num ou noutro sentido, análise essa que, obviamente, está vedada ao Tribunal Constitucional.

Note-se que a aplicação das coimas depende de vários fatores, como, por exemplo, o perigo ou dano causado ao sistema financeiro ou à economia nacional ou a existência de um benefício, ou intenção de o obter, para si ou para outrem.

Acrescente-se ainda que o Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão Åkerberg Fransson, de 26 de fevereiro de 2013, admitiu que “o artigo 50.º da Carta [referente ao princípio ne bis in idem] não se opõe a que um Estado-Membro imponha, para os mesmos factos de inobservância das obrigações de declaração em matéria de IVA, uma combinação de sobretaxas fiscais e de sanções penais. Com efeito, para garantir a cobrança da totalidade das receitas provenientes do IVA e, assim, a proteção dos interesses financeiros da União, os Estados-Membros dispõem de uma liberdade de escolha das sanções aplicáveis (n., neste sentido, acórdãos de 21 de setembro de 1989, Comissão/Grécia, 68/88, Colet., p. 2965, n.º 24; de 7 de dezembro de 2000, de Andrade, C-213/99, Colet., p. I-11083, n.º 19; e de 16 de outubro de 2003, Hannl-Hofstetter, C-91/02, Colet., p. I-12077, n.º 17). Estas podem, portanto, assumir a forma de sanções administrativas, de sanções penais ou de uma combinação de ambas. Só quando a sanção fiscal reveste caráter penal, na aceção do artigo 50.º da Carta, e transita em julgado é que a referida disposição se opõe a que seja intentado um processo-crime pelos mesmos factos contra a mesma pessoa.

Em suma, as soluções consagradas na Ordem Jurídica portuguesa estão igualmente em consonância com o Direito da União Europeia.”

Ora, também se crê que considerações idênticas se poderão aplicar ao caso dos presentes autos.»

4. O recorrido contra-alegou, pronunciando-se pela improcedência do recurso e apresentando as seguintes conclusões.

«(...)

a. Ao contrário “da ausência de identidade entre o direito penal e o regime sancionatório disciplinar” existe outrossim, uma forte identidade entre o regime contraordenacional e o direito penal.

b. Tal proximidade vem bem patente nos Acórdãos supra referidos.

c. Não se podendo descurar a proximidade inegável existente entre o regime substantivo penal e o contraordenacional, de tal forma que o Regime Geral das Contra Ordenações (RGCO) previu mesmo a possibilidade de sobreposição material entre crime e contraordenação, consagrando a hipótese de concurso no seu artigo 20.º, segundo o qual “se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação”.

d. Esta norma, sobretudo quando conjugada com o regime de conexão processual entre crime e contraordenação, previsto nos artigos 38.º, 56.º, 57.º e 78.º do RGCO, significa ainda que constituindo um

facto simultaneamente crime e contraordenação, o agente para além de ser punido sempre a título de crime, terá necessariamente de ser sancionado por um tribunal no decurso de um processo penal, sendo a administração neste caso incompetente para o processamento da infração.

e. Face ao disposto no artigo 38º, n.º 1, do RGCO, estende-se, pois, a nosso ver, a competência da jurisdição penal para o conhecimento das contraordenações que surjam em concurso real com as infrações criminais. (cfr., neste mesmo sentido, Simas Santos e Lopes de Sousa, in “Contra Ordenações - Anotações ao Regime Geral”, 4ª ed., 2007, págs. 320 e 321, e Ac. da R.P. de 28-01-2004, in www.dgsi.pt).

f. Por outro lado, o direito a um processo equitativo, estabelecido no artigo 6º da CEDH e no artigo 20º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, impõe, não só a plenitude da jurisdição em matéria penal, de que a suficiência do processo penal (cfr. artigo 7º do C. P. Penal) é uma das suas vertentes, mas também a realização de um julgamento num prazo razoável e sem a necessidade de o arguido ter de duplicar meios e instrumentos de defesa.

g. O artigo 38º do RGCO abrange assim todas as situações de concurso ideal ou de concurso real de ilícitos criminais com as infrações contraordenacionais que estejam conexas com aqueles.

O art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2004 de 19 de agosto viola o princípio *ne bis in idem* previsto no n.º 5 do art.º 29.º da Constituição da República Portuguesa?!

h. Alexandra Vilela in “*Crime e contraordenação: por morrerem algumas andorinhas pode acabar a primavera*” disponível eletronicamente em revistas-lusofonia.pt, obra citada na decisão recorrida, e analisando solução idêntica à do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2044 de 19 de agosto, designadamente o n.º 1 do art.º 28.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto aborda a questão da seguinte maneira: “... a norma em apreço pretende regular uma situação de concurso efetivo ideal, caracterizado pelo facto de o mesmo agente, através de uma única ação, violar uma pluralidade de normas jurídicas, em que o número de infrações é determinado “pelo número de valorações que, no mundo jurídico-criminal, correspondem a uma certa atividade”. Logo, se diversos valores ou bens jurídicos são negados, outros tantos crimes haverão de ser contados, independentemente de, no plano naturalístico, lhes corresponder uma só atividade, isto é, de estarmos perante um concurso ideal”. Ao analisarmos esta norma, concluímos que ela se distancia consideravelmente do disposto no artigo 20.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), previsto no Decreto-Lei n.º 433/82, onde se encontra tratado o já mencionado concurso efetivo ideal heterogéneo (posto que são diferentes os bens jurídicos violados). Com efeito, do teor da norma vinda de referir, resulta que, quando se verificar um concurso de crime e de contraordenação, isto é, usando as expressões da lei, se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o agente é punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação. (...) Retomemos, por conseguinte, a análise do concurso efetivo ideal heterogéneo, previsto no artigo 20.º do RGCO. (...) Do exposto decorre que concordamos com o sentido de disposição da norma do artigo 20.º do RGCO. Logo, a contrario, manifestamos a nossa oposição ao teor do artigo 28.º da LQCA. É claro que, ciente do risco que corria, o seu legislador ainda tentou salvar o mencionado princípio *ne bis in idem*, na medida em que, no n.º 2 daquele artigo, estipulou que a decisão administrativa que aplicar a coima caduca na hipótese de o arguido vir a ser condenando em processo-crime pelo mesmo facto. Esta norma, de resto, é em tudo semelhante à do n.º 1 do artigo 82.º do RGCO. No entanto, segundo o nosso juízo, tal disposição não basta para evitar violações do *ne bis in idem* e prova disso mesmo foi, justamente, o que aconteceu no âmbito do caso em apreço. Rejeitamos, por conseguinte, esta solução legislativa plasmada no artigo 28.º da LQCA, a qual, além do que já foi dito, representa mais uma das sucessivas e constantes derrogações a que o RGCO é sujeito através da criação de mini-regimes gerais próprios de cada setor específico de infrações, facto que também não vemos com bom grado. (...) Não é, todavia, absolutamente inédito o teor desta norma, no ordenamento jurídico contraordenacional português. Bem sabemos que, por exemplo, o atual Código de Valores Mobiliários (CVM), no seu artigo 420.º, prevê idêntica dualidade de processos, dispondo, inclusivamente, de forma mais drástica do que a LQCA, uma vez que o seu n.º 1 diz o seguinte: “Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte”. A nossa discórdia face às sucessivas violações do regime geral das contraordenações foi já manifestada em Alexandra Vilela, O Direito de Mera Ordenação Social..., p. 401. (...) Em jeito de conclusão, afirmamos, em consequência, que os casos de concurso efetivo ideal heterogéneo, entre um crime e uma contraordenação, em que o mesmo facto preenche, simultaneamente, uma norma penal e outra contraordenacional devem ser resolvidos de acordo com as regras previstas no artigo 20.º do RGCO, sendo de ordenação

seja imputável ao mesmo agente pelo mesmo título de imputação subjetiva, há lugar apenas ao procedimento de natureza criminal”.

i. Está aqui em causa a violação do princípio *ne bis in idem*, garantia processual e constitucional dos cidadãos e estruturante em um Estado de Direito Democrático.

j. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (*in Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 3ª edição revista, pág. 194* “...a garantia prevista e estatuída no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa comporta duas dimensões importantes, a saber: a) como direito subjetivo fundamental - na medida em que garante ao cidadão o direito a não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, a possibilidade de se defender contra atos estaduais violadores desse direito; e b) enquanto princípio constitucional objetivo (dimensão objetiva do direito fundamental, obrigando o legislador à confirmação do direito processual e à definição do caso julgado material de modo a impedir a existência de uma pluralidade de julgamentos pelo mesmo facto.

k. A admitir-se a aplicação do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2004 de 19 de agosto, estar-se-ia a sujeitar o recorrido a dois julgamentos pelos mesmos factos, e em consequência, a violar a garantia constitucional prevista no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, além de normas de direito internacional diretamente aplicáveis no nosso país que, em caso de violação, seria suscetível de originar uma ação de incumprimento e de indemnização contra o Estado português.

l. O que se deve entender ou considerar por “o mesmo substrato material”, “o mesmo facto” ou, segundo o n.º 5 do artigo 29.º da CRP, “mesmo crime” para, por esta via, evitar o designado duplo julgamento e consequente violação do caso julgado material?

m. A jurisprudência tem vindo a entender que a expressão “mesmo crime”, a consagrada pelo legislador “*não deve ser interpretada, no discurso constitucional, no seu estrito sentido técnico-jurídico, «mas antes entendido como uma certa conduta ou comportamento, melhor como um dado de facto ou acontecimento histórico que, porque subsumível em determinados pressupostos de que depende a aplicação da lei penal, constitui um crime.»* - Ac Rel Coimbra de 28-05-2008, Rel. Alberto Mira (No mesmo sentido, Ac. deste TRC de 09-03-2016, proc. n.º 48/15.0GBLSA.C1, relatora Isabel Valongo).

n. Decidiu-se no Ac. do STJ, de 15-03-2006, relator Cons. Oliveira Mendes: “O termo “crime” não deve pois ser tomado ao pé-da-letra, mas antes entendido como uma certa conduta ou comportamento, melhor como um dado de facto ou um acontecimento histórico que, porque subsumível em determinados pressupostos de que depende a aplicação da lei penal, constitui crime. É a dupla apreciação jurídico-penal de um determinado facto já julgado - e não tanto de um crime - que se quer evitar”.

o. “A doutrina aponta três vetores da identidade do facto que devem ser tipos em conta, a saber: a identidade do agente, a identidade do facto legalmente descrito e a identidade de bem jurídico agredido. Agente, facto e bem jurídico são os três crivos de identificação da identidade do acontecimento que se pretende submeter a um processo. Só perante a identidade destes três conjuntos de elementos (agente, facto legalmente descrito e bem jurídico) é que se pode afirmar que o facto que se pretende submeter a um certo processo é o mesmo ou é distinto de outro facto submetido, anteriormente ou concomitantemente, a outro processo. Os três crivos de identidade do facto atrás avançados (agente, facto e bem jurídico) correspondem ao núcleo mais consensual que sobre a matéria se encontra na doutrina. A sua explicitação analítica pode trazer mais alguns elementos que contribuem para tornar mais precisa a comparação entre os factos cuja identidade ou dissemelhança se pretende afirmar». (Teresa Pizarro Beleza e Frederico da Costa Pinto, ob. cit, pg. 25).

p. No caso vertente, existe identidade do agente (o arguido é o mesmo), do facto (realização de voo em zona proibida) e do bem jurídico (segurança do espaço aéreo).

q. Os factos (diga-se que foram assumidos pelo Ministério Público em 1.ª Instância, conforme aliás refere expressamente a decisão recorrida) são suscetíveis de serem subsumíveis a uma contraordenação aeronáutica civil muito grave e ao crime previsto na alínea b) do n.º 1 do art.º 288.º do Código Penal.

r. E existe uma absoluta identidade do bem jurídico que se pretende proteger com a aplicação de ambas as normas.

s. Daí que, existe a aplicar-se o aludido art.º 12.º estar-se-ia a violar o disposto no n.º 5 do art.º 29.º da Constituição da República Portuguesa.

t. O princípio *ne bis in idem* numa perspetiva da União Europeia/Existem restrições do princípio a nível da União Europeia que justificam a manutenção da vigência do art.º 12.º?!

u. O princípio *ne bis in idem* é reconhecido, como já se referiu, tanto pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

v. Como vimos, chamado o Tribunal de Justiça Europeu, a pronunciar-se em quatro processos italianos, quanto à interpretação do princípio *ne bis in idem* no âmbito da Diretiva IVA 4 e da Diretiva dos Mercados Financeiros, em que foram instaurados processos contraordenacionais e criminais pelo não pagamento do IVA, o Tribunal de Justiça considerou que, nas situações referidas, pode existir um cúmulo entre «procedimentos/sanções penais» e «procedimentos/sanções administrativas de natureza penal» contra a mesma pessoa pelos mesmos factos, e que o mesmo constitui uma restrição ao princípio *ne bis in idem*.

w. Todavia, porque se trata de uma restrição a um direito fundamental, o Tribunal de Justiça impõe determinados requisitos e exigências para o efeito, relativamente à legislação nacional que autorize um cúmulo de procedimentos e de sanções de natureza penal, cabendo o julgador nacional averiguar quanto ao seu preenchimento.

x. A aplicação do princípio fora do âmbito estadual depende, quase exclusivamente, de um ato de vontade político-legislativa materializado na assinatura e ratificação das convenções bilaterais ou multilaterais e dos tratados internacionais e das disposições normativas do direito interno.

y. Além de que, não podemos olvidar que existem Estados, que ao contrário do Estado português, como é o caso do Estado italiano, em que este princípio não tem sequer consagração constitucional.

z. A ordem jurídica nacional aceita a vigência, no plano interno, de normas internacionais com previsões *ne bis in idem*, desde que tais normas constituam *ius cogens*, princípios gerais de direito internacional ou façam parte integrante de instrumentos internacionais, ratificados pelo Estado português e vigorem na nossa ordem interna, dependendo sempre da mediação de um instrumento jurídico convencional.

aa. Tais considerações afastam o entendimento explanado nas doutas alegações do Ministério Público.

bb. Existe ainda um longo caminho a percorrer quanto à consonância entre a Ordem Jurídica interna portuguesa com o Direito da União Europeia no que tange à aplicação do princípio *ne bis in idem*, delegando-se no Julgador interno as competências necessárias para balizar quanto a eventuais restrições na sua aplicação.

cc. Não sendo de se aplicar tal argumento para afastar a aplicação do juízo de inconstitucionalidade ao art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2004 de 19 de agosto

Síntese conclusiva

dd. Voltando ao caso que nos ocupa, dir-se-á que, o tribunal que viesse a conhecer do crime teria que aferir das circunstâncias de facto do crime e da contraordenação, pois a absolvição do crime não impede o conhecimento da contraordenação, evitando-se decisões contraditórias sobre a mesma factualidade imputada ao recorrido, e ocorrida na mesma ocasião, observando-se assim os princípios da concentração processual, da economia processual e de esforços e a boa administração da justiça.

ee. Permitindo-se a aplicabilidade do citado art.º 12.º, existiram dois julgamentos do recorrido, no âmbito dos quais, estariam em discussão e apreciação os mesmos factos, e a mesma prova, se poderiam extrair conclusões distintas quanto ao modo e circunstâncias em que os mesmos factos ocorreram, o que naturalmente não foi o que pretendeu o legislador.

ff. Pelas sobreditas razões julgamos, que este Venerando Tribunal deve negar provimento ao presente recurso de constitucionalidade interposto pelo Ministério Público, e em consequência, determinar a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 12.º do Decreto-Lei 208/2004 de 19 de agosto, por a mesma violar o artigo 29.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa.»

Cumprе apreciar e decidir.

II - Fundamentação

5. Importa, antes do mais, delimitar o objeto material do presente recurso, tendo em conta que tanto a decisão recorrida como o próprio recorrente fazem referência a um preceito que não integra a norma que este pretende impugnar.

O recorrente, seguindo o lapso em que incorreu a decisão recorrida, indica que a norma impugnada está contida no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto, quando, na verdade, só poderia pretender dizer que a mesma foi extraída do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro. De facto, aquele artigo limita-se a alterar os artigos 33.º, 35.º e 38.º do Decreto-Lei n.º 275/99, de 23 de julho - diploma que regula o acesso às atividades de assistência em escala a entidades que efetuam transporte aéreo de passageiros, carga ou correio e o respetivo exercício (artigo 1.º) -, tipificando as contraordenações aeronáuticas civis muito graves, graves e leves (artigo 33.º), prevendo as sanções acessórias que podem ser aplicadas em simultâneo com as coimas (artigo 35.º) e remetendo para o Decreto-Lei n.º 10/2004, em tudo o que não se encontrar previsto no capítulo IV do Decreto-Lei n.º 275/99, de 23 de julho (artigo 38.º). Nenhuma das disposições contidas nestes preceitos respeita à norma que a decisão recorrida julgou inconstitucional, por violação do princípio *ne bis in idem*.

A norma que foi objeto do juízo positivo de inconstitucionalidade formulado pelo Juiz a quo está integrada no n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, diploma que veio estabelecer o regime aplicável às contraordenações aeronáuticas civis, adaptando o regime geral das contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (RGCO), às normas legais e regulamentares específicas do setor da aviação civil, de modo a «que a garantia do respeito pelas mesmas e o fim de prevenção geral sejam asseguradas por um regime sancionatório adequado» (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2004).

Que é de um mero lapso que se trata resulta com clareza da própria decisão recorrida. Afirma-se aí que, em face da «absoluta identidade do bem jurídico» protegido pela lei contraordenacional e pela lei penal, «de imediato se vislumbra a necessidade de convocar a norma atendível no caso de concurso entre crime e contraordenação», que é - afirma o tribunal recorrido - «a constante do artigo 12.º, do Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto (equivalente à solução da Lei n.º 50/2006, no seu artigo 28º, (...) o qual dispõe que se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação aeronáutica civil, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se, para o efeito, processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo da decisão que aplique coima ou sanção acessória caducar quando o arguido venha a ser condenado em processo criminal pelo mesmo facto» (cf. a fl. 397 dos autos). Simplesmente, este é o conteúdo do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro, e não do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de agosto, que verdadeiramente nada tem que ver com a questão. Esse equívoco original foi sendo sucessivamente replicado nas várias peças processuais subsequentes, incluindo no próprio requerimento de interposição de recurso.

Dúvidas não há, porém, de que se trata de um simples equívoco.

Repare-se como o tribunal recorrido, ao referir-se à norma cuja aplicação afastou com fundamento em inconstitucionalidade, indica que se trata de uma norma «equivalente à solução da Lei n.º 50/2006 [Lei Quadro das Contraordenações Ambientais], no seu artigo 28.º», cujo conteúdo reproduz fielmente o do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro. O equívoco aqui em causa, que diz respeito apenas ao preceito aplicável, é processualmente irrelevante, visto que todas as partes se pronunciaram em relação à norma de facto desaplicada pelo Tribunal a quo.

Assim, deve entender-se que o objeto do presente recurso é integrado pela norma contida no n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004.

Dispõe-se aí o seguinte teor:

«Artigo 12.º

(*Concurso de infrações*)

1 - Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação aeronáutica civil, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se, para o efeito, processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 - A decisão do INAC que aplique uma coima ou uma sanção acessória caduca quando o arguido venha a ser condenado em processo criminal pelo mesmo facto».

Por força do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março, que aprovou os Estatutos da Autoridade Nacional da Aviação Civil (doravante, ANAC), a referência ao INAC constante do n.º 2 do referido artigo 12.º passou a considerar-se feita àquela Autoridade.

6. A resposta à questão de saber se o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004 viola o artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, de acordo com o qual «[n]inguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime», pressupõe que comece por se apurar se a proibição ali contida opera estritamente dentro do domínio penal ou, pelo contrário, se estende a outros domínios sancionatórios, designadamente se opera entre processos penais e processos contraordenacionais.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre aplicação do princípio *ne bis in idem* às situações de concurso, quer entre ilícitos criminais e ilícitos disciplinares, quer entre ilícitos criminais e ilícitos contraordenacionais. Traçando uma distinção entre as duas situações, resulta dessa jurisprudência que, se o ilícito penal e o ilícito disciplinar se encontram separados, para uma série de efeitos constitucionais, por uma fronteira que pode considerar-se bem vincada (Acórdãos n.º 263/1994, n.º 161/1995 e n.º 635/2015, e, na doutrina, Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, 3.ª ed., 2019, Gestlegal, págs. 196 ss.), já a linha que separa o ilícito criminal do ilícito contraordenacional surge com menor nitidez.

No Acórdão n.º 244/1999, o Tribunal, acentuando mais os pontos de «conexão» do que os de cisão entre o direito penal e o direito contraordenacional, respondeu à questão de saber se a regra *ne bis in idem* se aplica entre esses dois âmbitos através da fixação do seguinte entendimento:

«[...] independentemente dos critérios materiais que poderão fundamentar a distinção entre ilícito criminal e de mera ordenação social, não parece que tal distinção signifique a existência de total autonomia dos dois domínios. Na verdade, a conexão entre eles resulta, entre outros aspetos: da aplicação subsidiária do direito e processo penais no âmbito do ilícito de mera ordenação social (arts. 32.º e 41.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro); da construção da infração contraordenacional um pouco à imagem da infração criminal; da competência, salvo disposições especiais, dos tribunais comuns para apreciarem os recursos das decisões administrativas em matéria de contraordenações; da semelhança entre a coima e a multa criminal, mormente quando está em causa uma pessoa coletiva; da semelhança entre as sanções acessórias previstas no ilícito de mera ordenação social e as penas acessórias do direito criminal. Acresce que, no caso *sub judicio*, as normas sancionadoras dos dois tipos de ilícito se inserem em um único diploma legal.

Assim, não parece poder repetir-se nesta sede, ao menos em geral, o juízo formulado sobre o concurso de responsabilidade criminal e disciplinar. Com efeito, os bens jurídicos tutelados, embora tendam a extremar-se em termos gerais (cf. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que aprovou o regime geral do ilícito de mera ordenação social) são neste caso idênticos. Os órgãos de aplicação são em princípio diferentes, mas podem em certas hipóteses ser os mesmos, como no caso dos autos. As penas principais aplicáveis nos dois âmbitos (coimas e multas criminais) apresentam semelhanças, tanto mais que, sendo responsabilizadas pessoas coletivas, a multa não é naturalmente suscetível de conversão em prisão subsidiária.

Conclui-se, pois, no sentido de que o princípio “*ne bis in idem*” consagrado no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição, pode ter aplicação, por analogia, em hipóteses de concurso de crimes e contraordenações, quando os bens jurídicos tutelados pelas respetivas normas sejam idênticos. No fundo, é o reconhecimento de que estão em causa os mesmos bens jurídicos nas infrações correspondentes a factos que, pelo mesmo diploma, o RJIFNA, “constituem simultaneamente crime e contraordenação” que justifica o artigo 14.º, e não qualquer desvio às regras do concurso de crimes atrás referidas.»

Tal entendimento foi subsequentemente desenvolvido no Acórdão n.º 356/2006, que o explicitou nos seguintes termos:

«O recorrente invoca a violação do princípio *ne bis in idem*, sustentando que, no caso, o mesmo facto foi valorado duplamente, ao ser sancionado como crime e como contraordenação.

Não se questiona a relação do princípio *ne bis in idem* com os casos de concurso entre crime e contraordenação. De resto, o Tribunal Constitucional já admitiu diversas vezes a invocação desse parâmetro de constitucionalidade em casos com esta configuração (cf., entre outros, os Acórdãos n.ºs 244/99, 566/04 e 102/99 - www.tribunalconstitucional.pt).

A questão de constitucionalidade normativa que os presentes autos suscitam, porém, é a de saber se a norma que fundamenta a condenação, em concurso efetivo, pela prática da contraordenação do artigo 44.º do Código da Estrada e do artigo 292.º do Código Penal violará ou não o disposto no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição.

No que releva para a decisão da presente questão, o princípio *ne bis in idem* impede que o mesmo facto seja valorado duas vezes, isto é, que uma mesma conduta ilícita seja apreciada com vista à aplicação da sanção mais do que uma vez (não se pretende naturalmente abranger, nesta explicitação do princípio *ne bis in idem*, os casos em que o julgamento é repetido na sequência da anulação, em sede de recurso, a anterior julgamento). A esta aplicação subjaz a ideia segundo a qual a cada infração corresponde uma só punição, não devendo o agente ser sujeito a uma repetição do exercício da pretensão punitiva do Estado.

Assim, e ainda em abstrato, o mesmo facto que lese ou afete uma só vez um bem jurídico não pode ser valorado duas vezes.

No caso dos autos, a conduta do agente, ora recorrente, traduziu-se na condução sob o efeito de bebida alcoólica (a taxa detetada foi de 1,58g/l). Tal atuação constitui o crime previsto no artigo 292.º, n.º 1, do Código Penal. Trata-se de um crime de perigo abstrato que é suscetível de pôr em perigo vários bens jurídicos relacionados com a circulação rodoviária, presumindo-se o elevado grau de perigosidade da ação. O perigo relativamente a esses bens é o motivo da incriminação, mas o facto incriminado é a conduta tipicamente perigosa e elevadamente perigosa.

No entanto o recorrente incumpriu ainda as regras do artigo 44.º do Código da Estrada, relativas à mudança de direção, incorrendo, por essa razão, na inerente responsabilidade contraordenacional. Trata-se da realização de uma concreta infração pela mesma conduta de condução no sentido naturalístico, mas que corresponde a uma realização de factos com diversa relevância jurídica.

Verifica-se, pois, autonomia entre a conduta relativa à manobra perigosa que originou responsabilidade contraordenacional e a conduta que originou responsabilidade penal.

É verdade que ocorrem ambas no mesmo contexto. Porém, tal circunstância não impede um desvalor plúrimo. Na verdade, a condução sob o efeito do álcool põe em causa uma multiplicidade de bens, em si mesmo, independentemente da realização de manobras perigosas. Não se tem de concretizar nelas para que possa ser incriminada. Por outro lado, a realização de manobras perigosas pode, evidentemente, não estar associada a uma condução sob o efeito do álcool.

Não há, portanto, qualquer relação de instrumentalidade ou funcionalidade típica entre as duas condutas, nem em abstrato, nem sequer em concreto, que impusesse como obrigatória do ponto de vista constitucional uma consunção. Assim, os bens jurídicos afetados não são em concreto postos em perigo de maneira coincidente. No caso da condução perigosa, estamos perante uma multiplicidade de bens como é característico dos crimes de perigo comum, cuja afetação se verifica em todo o tempo de condução sob o efeito do álcool. No caso da manobra perigosa de mudança de direção, dá-se uma colocação em perigo de bens em certo momento específico de condução, prevenindo-se apenas o perigo para os bens que seriam afetados com a manobra.

Na perspetiva do grau de desvalor é, assim, sustentável que o legislador entenda que há um acréscimo de desvalor pela realização da manobra perigosa de mudança de direção relativamente à condução sob o efeito do álcool. É, deste modo, esse acréscimo de desvalor que torna justificável o ponto de vista legal de um concurso efetivo, sendo, naturalmente, possíveis, outras opções segundo uma lógica de concurso ideal. Todavia, a Constituição não impõe uma única solução jurídica nesta matéria.»

Segundo decorre desta linha jurisprudencial, a proibição consagrada no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição opera entre o âmbito penal e o âmbito contraordenacional quando - e somente quando - a norma penal e a norma contraordenacional em concurso exprimam uma valoração jurídica idêntica. Isto é, nas palavras do Acórdão n.º 244/1999 (ponto 8), quando a infração sancionada no tipo penal e no tipo contraordenacional for «substancialmente a mesma» - ou seja, quando se verifique um *idem factum illicitum* -, o que pressupõe a «identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes, ou do desvalor pressuposto por cada uma delas». Existindo uma «relação de instrumentalidade ou funcionalidade típica» entre as duas normas sancionadoras, a opção por uma solução de consunção pode tornar-se «obrigatória do ponto de vista constitucional» (Acórdão n.º 356/2006).

Em ambos os arestos citados, o Tribunal fez depender o juízo parametrizado pelo princípio *ne bis in idem* da indagação do tipo de relação existente entre os tipos de ilícito em concurso. Assim, no Acórdão n.º 244/1999, o Tribunal entendeu que, «no crime previsto nos artigos 23º e 7º do RJIFNA (fraude fiscal), está em causa um desvalor fundamentalmente idêntico ao que se encontra subjacente às contraordenações fiscais» previstas nos artigos «29º, n.ºs 1 e 6 alínea a) e 9º do RJIFNA», o que lhe permitiu concluir que a «norma que a decisão recorrida implicitamente aplic[ara] - o artigo 14º do RJIFNA, entendido no sentido de permitir a cumulação da punição a título de crime e a título de contraordenação, pelas normas do RJIFNA, pelos mesmos factos - contraria [...] o princípio “ne bis in idem” constitucionalmente consagrado». Já no Acórdão n.º 356/2006, o Tribunal considerou que a «norma que fundamenta a condenação, em concurso efetivo, pela prática da contra ordenação do artigo 44º do Código da Estrada e do artigo 292º do Código Penal» não viola «o disposto no n.º 5 do artigo 29º da Constituição» uma vez que, no «caso da condução perigosa, estamos perante uma multiplicidade de bens como é característico dos crimes de perigo comum, cuja afetação se verifica em todo o tempo de condução sob o efeito do álcool», e, no «caso da manobra perigosa de mudança de direção, dá se uma colocação em perigo de bens em certo momento específico de condução, prevenindo se apenas o perigo para os bens que seriam afetados com a manobra».

7. O tipo contraordenacional em causa nos presentes autos encontra-se previsto no artigo 22.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 163/2015, de 17 de agosto, que criou, entre outros, o regime sancionatório aplicável ao regime jurídico do céu único europeu, constante dos Regulamentos (CE) n.ºs 549/2004, 550/2004, 551/2004 e 552/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2004, alterados pelo Regulamento (CE) n.º 1070/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, e das regras de execução aprovadas pela Comissão com base nos regulamentos anteriores, ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 549/2004 (artigo 1.º, n.º 1).

Na alínea f) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 163/2015 dispõe-se o seguinte:

«Artigo 22.º

(Contraordenações no âmbito do Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, de 26 de setembro de 2012, que estabelece as regras do ar comuns e as disposições operacionais no respeitante aos serviços e procedimentos de navegação aérea e que altera o Regulamento de Execução (CE) n.º 1035/2011, e os Regulamentos (CE) n.º 1265/2007, (CE) n.º 1794/2006, (CE) n.º 730/2006, (CE) n.º 1033/2006 e (UE) n.º 255/2010)

1 - Para efeitos da aplicação do regime das contraordenações aeronáuticas civis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro, constituem contraordenações aeronáuticas civis muito graves:

(...)

f) A realização de voos em zonas proibidas ou restritas, em violação do disposto na norma SERA.3145 do anexo ao Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012, da Comissão, de 26 de setembro de 2012».

Por sua vez, a norma SERA.3145, inserida no referido Anexo ao Regulamento de Execução n.º 923/2012, intitulado «*regras do ar*», apresenta o seguinte conteúdo:

«SERA.3145

(Zonas proibidas e zonas restritas)

As aeronaves não devem efetuar voos em zonas proibidas ou restritas, cujas características tenham sido devidamente publicadas, salvo se cumprirem as condições das restrições ou dispuserem de uma autorização do Estado-Membro sobre cujo território essas áreas foram estabelecidas».

Tal norma integra a Secção 3 daquele Anexo, respeitante às «regras gerais de prevenção de colisões», mais especificamente no seu Capítulo 1, referente à «proteção de pessoas e bens».

Já o artigo 288.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal, que o tribunal a quo considerou passível de conflitar, em face da proibição *in bis in idem*, com o indicado preceito do Decreto-Lei n.º 163/2015, tem a seguinte previsão:

«Artigo 288.º

(Atentado à segurança de transporte por ar, água ou caminho de ferro)

1 - Quem atentar contra a segurança de transporte por ar, água ou caminho de ferro:

(...)

b) Colocando obstáculo ao funcionamento ou circulação;

(...)

é punido com pena de prisão de um a oito anos.»

Este tipo legal de crime insere-se no Título IV do Código Penal, relativo aos «crimes contra a vida em sociedade», mais especificamente no seu Capítulo IV, relativo à «segurança das comunicações».

8. A norma cuja aplicação foi recusada pelo Tribunal recorrido determina que, se o *mesmo facto* constituir simultaneamente crime e contraordenação aeronáutica civil, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se, para o efeito, processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo de a decisão do INAC que aplique uma coima ou uma sanção acessória *caducar* caso o arguido venha a ser condenado em processo criminal *pelo mesmo facto*.

De acordo com a metódica seguida na jurisprudência constitucional, para aferir da compatibilidade entre normas que permitem a aplicação de diferentes sanções pelo *mesmo facto* e a proibição contida no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, é indispensável determinar qual o *tipo de relação* que efetivamente intercede entre os ilícitos típicos em concurso. Para isso, torna-se necessário verificar se à pluralidade de tipos violados corresponde uma «pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos-típicos cometidos e, deste ponto de vista, uma pluralidade de factos sancionáveis», ou se, pelo contrário, apesar de serem efetivamente preenchidos vários tipos legais, o comportamento do agente «é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude», correspondendo-lhe «uma predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos-típicos praticados» (Figueiredo Dias, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª edição, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, p. 990). No primeiro caso, estaremos perante um *concurso efetivo, verdadeiro ou puro de infrações*, que integra também as situações em que, através de uma só ação ou omissão (*ideal*), o mesmo agente comete uma pluralidade de infrações (*efetivo*), preenchendo, designadamente no caso de se tratar de infrações de diferente natureza, distintos tipos legais (*heterogéneo*); no segundo, estaremos em face de um *concurso aparente, legal ou impuro* de ilícitos, hipótese em que a conduta do agente, apesar de formalmente subsumível a mais do que um tipo legal, apenas poderá ser efetivamente subsumida a um dos tipos em confronto, sob pena de o *mesmo facto* vir a ser punido mais do que uma vez.

9. Em todos os casos em que aferiu da existência de uma *relação de preclusão constitucionalmente imperativa* entre um tipo penal e um tipo contraordenacional em concurso, o Tribunal Constitucional recorreu a critérios de *natureza estritamente normativa* para determinar, à face da proibição contida no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição, se o ilícito por ambos sancionado era o *mesmo*.

Tomando o facto - «o *mesmo facto*» -, não de um ponto de vista *naturalístico*, que coloca a tónica sobre a ação proibida, mas de um *ponto de vista normativo*, que atende à valoração jurídica da conduta, o Tribunal entendeu verificar-se um *idem factum illicitum* quando os tipos em confronto tutelam o mesmo «*bem jurídico*» ou pressupõem o mesmo tipo de «*desvalor*» (Acórdão n.º 244/1999); inversamente, entendeu que

esse “*idem factum illicitum*” não verifica quando uma «mesma conduta (...) no sentido naturalístico» «corresponde a uma realização de factos com diversa relevância jurídica» e, na «perspetiva do grau de desvalor», o legislador sustentadamente entenda que existe «um acréscimo de desvalor» pela realização do tipo contraordenacional relativamente àquele que subjaz à realização do tipo criminal, optando, com base nesse «acrécimo de desvalor», por uma solução de «concurso efetivo» entre crime e contraordenação em detrimento de «outras opções segundo uma lógica de concurso ideal», tendo em conta que a «Constituição não impõe uma única solução jurídica nesta matéria» (Acórdão n.º 356/2006).

Este último entendimento foi aplicado ainda no Acórdão n.º 265/2016, onde se concluiu que, «se um mesmo objeto material comporta teleologicamente diferentes valorações jurídicas», a existência de uma situação de «concurso efetivo e ideal de infrações de natureza distinta» - penal e contraordenacional - «não se afigura constitucionalmente inadmissível», já que a «lei confere distintas valorações jurídicas à mesma conduta, materialmente entendida».

10. Para concluir pela existência de uma *relação de consunção* entre os dois tipos sancionadores em confronto e pela conseqüente inconstitucionalidade da norma constante do 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, que permite a sua aplicação simultânea, a decisão recorrida baseou-se exclusivamente no critério do *bem jurídico protegido*. De acordo com o Tribunal *a quo*, «olhadas as normas infratoras em causa no âmbito contraordenacional (conferir artigo 22.º, n.º 1, alínea f) do Decreto-Lei n.º 163/2015, de 17 de agosto [...]) e no âmbito criminal (conferir artigo 288, n.º 1, alínea b), do Código Penal [...]), logo se compreende a absoluta identidade do bem jurídico, conquanto redundante na segurança do espaço aeronáutico».

A asserção é correta.

O tipo legal de crime constante do artigo 288.º do Código Penal «*protege o interesse da generalidade na segurança das comunicações*», incluindo as comunicações aéreas, e, «*ao mesmo tempo, bens jurídicos individuais, como a vida, a integridade e bens patrimoniais alheios de valor elevado*» (Paula Ribeiro Faria, “Artigo 288.º”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 1054). O tipo contraordenacional que resulta da conjugação da alínea f) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 163/2015 com a norma SERA.3145, constante do Anexo ao Regulamento de Execução n.º 923/2012, dirige-se igualmente à «*proteção de pessoas e bens*» através da prevenção do *risco de colisão entre aeronaves*.

Sucede que a identidade do bem jurídico protegido pelos tipos legais em concurso - no caso, a segurança das comunicações por ar -, se consiste numa *condição necessária* para se concluir que a infração sancionada pela lei penal e pela lei contraordenacional é «*substancialmente a mesma*», não constitui, todavia, uma *condição suficiente*. Para que a infração seja substancialmente a mesma, é ainda indispensável que o tipo penal *esgote* o desvalor do comportamento proibido, de modo que, em face dele, não possa reconhecer-se no tipo contraordenacional simultaneamente convocável a incorporação de um qualquer *desvalor acrescido e autónomo*.

A proibição subjacente à alínea b) do n.º 1 do artigo 288.º do Código Penal não se dirige a uma qualquer categoria de sujeitos em particular, nem tem em vista a utilização de qualquer meio em especial: quem quer que atente contra a segurança de transporte por ar, colocando seja que espécie de obstáculo for à circulação aérea, e crie, desse modo, um perigo concreto para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, realiza, com essa sua ação, o tipo objetivo de ilícito previsto na lei penal.

O obstáculo colocado à circulação aérea pode consistir ou não numa *aeronave não tripulada*. Se consistir numa aeronave não tripulada, a sua colocação na via aérea encontra-se sujeita aos limites que derivam do Regulamento de Execução (UE) n.º 923/2012 da Comissão, de 26 de setembro de 2012, que estabelece as regras do ar comuns e as disposições operacionais no respeitante aos serviços e procedimentos de navegação aérea, em particular à proibição constante da norma da SERA.3145, constante do respetivo anexo, que impede as aeronaves de efetuarem voos em zonas proibidas ou restritas, cujas características tenham sido devidamente publicadas, caso não cumpram as condições das

restrições ou não disponham de uma autorização do Estado-Membro sobre cujo território essas áreas foram estabelecidas. A violação dessa proibição determina a realização do tipo objetivo do ilícito contraordenacional previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 163/2015.

À luz do *critério de natureza normativa* estavelmente seguido na jurisprudência deste Tribunal, a ideia de que não é possível identificar no tipo contraordenacional aplicável ao caso *sub judice* um conteúdo de desvalor *específico e autónomo*, e de que o legislador se encontra por isso constitucionalmente impedido de viabilizar a sua aplicação nos termos que decorrem da norma cuja aplicação foi recusada, pode não impor-se com evidência suficiente para dar por comprovada, logo quanto ao elemento “*idem*”, a violação da proibição constante do n.º 5 do artigo 29.º da Constituição. Se a ilicitude que se exprime no tipo contraordenacional releva diretamente da violação dos deveres que especialmente impendem sobre os operadores de aeronaves não tripuladas no âmbito da utilização do céu único europeu, parece não poder afirmar-se, pelo menos com toda a segurança, que o tipo penal aplicável - que desatende, como vimos, tanto à natureza como às características do obstáculo colocado à circulação aérea - *esgote* o desvalor da conduta a ambos formalmente subsumível ao ponto de, na hipótese de ambos se aplicarem, conduzir à duplicação do sancionamento pela prática do *mesmo ilícito*, como sucederia na hipótese de o crime ser qualificado e a pena agravada, caso o constrangimento à circulação aérea fosse criado através do voo não autorizado de uma aeronave em zona proibida ou restrita.

Mas esta não é sequer a única razão a apontar no sentido da procedência do recurso de constitucionalidade.

Mesmo que se entendesse que o comportamento em causa seria, afinal, dominado por um único sentido autónomo de ilicitude - com o que se comprovaria o “*idem*” -, sempre seria necessário averiguar, num segundo momento, se o legislador se encontra constitucionalmente impedido de obviar à dupla responsabilização pelo mesmo facto - ao “*bis*” - através de uma solução que, possibilitando a simultânea pendência dos dois procedimentos sancionatórios, criminal e contraordenacional, faça prevalecer a responsabilidade criminal do agente pela via da extinção, por *caducidade*, da decisão administrativa aplicativa de coima, no caso de esta ter sido proferida em primeiro lugar.

11. Ao determinar que «ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime», o artigo 29.º, n.º 5, da Constituição proíbe, não apenas a *dupla punição*, mas também o *duplo julgamento* pelos mesmos factos. Tal entendimento, estavelmente consolidado na jurisprudência constitucional, foi expresso no Acórdão n.º 319/2012 nos termos seguintes:

«(...)

7. O recorrente invoca que tal interpretação normativa viola o artigo 29º n.º 5 da Constituição, por infringir a proibição de *ne bis in idem*.

A referida norma constitucional – “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime” - dá dignidade constitucional expressa ao clássico princípio de *ne bis in idem*. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª edição, Coimbra, 2007, p. 497), fazem notar que o referido princípio comporta duas dimensões: a dimensão de direito *subjetivo*, que garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, e a dimensão de princípio *objetivo*, que obriga o legislador à conformação do direito processual e à definição do caso julgado material, de modo a impedir a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto».

A proteção conferida pelo *ne bis in idem* impede, pois, tanto a aplicação ao mesmo agente de uma dupla sanção pelos mesmos factos, como a respetiva sujeição a um segundo julgamento por factos relativamente aos quais haja sido já definitivamente julgado.

Este é também o entendimento das instâncias europeias: do TEDH, por exemplo em *Fischer c. Áustria*, n.º 37950/97, 29 de maio de 2001, § 29 s., *Zolotukhin, cit.*, § 98 s., ou *Dev c. Suécia*, n.º 7356/10, 27 de novembro de 2014, § 58 s.; bem assim o do TJUE, logo desde o inaugural *Gözütok e Brügger*, C-187/01 e C-385/01, 11 de fevereiro de 2003, § 26, reiterado em vários acórdãos subsequentes e articulado com especial clareza pelo Advogado-Geral Colomer nas suas Conclusões em *van Straaten*, C-

150/05, 8 de junho de 2006, onde se afirma que o *ne bis in idem* se «opõe à repetição quer do castigo quer da ação judicial e do julgamento» (§ 68). De resto, se o *ne bis in idem* se cingisse à *dupla punição*, ficariam de fora do seu âmbito de incidência hipóteses tão perturbadoras como a realização de um segundo julgamento de uma pessoa por factos relativamente aos quais a mesma fora já definitivamente absolvida.

A garantia conferida pelo *ne bis in idem* deve considerar-se, assim, ativada logo com a sujeição da pessoa já definitivamente julgada a um segundo julgamento pelos mesmos factos ou até mesmo com a sua simples colocação em condições de vir a ser novamente julgada pelos mesmos (neste sentido, cfr. Acórdão n.º 244/1999, apreciando o *ne bis in idem* a propósito de uma mera decisão instrutória de pronúncia, e os acórdãos do TEDH em *Zolotukhin*, *cit.*, § 110, e *Dev*, *cit.*, § 58

Ora, ao prescrever a *caducidade* da decisão administrativa sancionatória em caso de condenação penal posterior, a norma cuja aplicação foi recusada não infringe, antes concretiza, a proibição de *dupla punição* pelo mesmo facto.

O Tribunal recorrido parece considerar o contrário, ao afirmar que «o remédio sugerido pela lei não o é na verdade, porquanto não esclarece como se processará a caducidade e processo de revisão de sentença judicial, qual o desconto a efetuar na sanção penal e de que modo será feito o desconto, se a coima pode ser imediatamente executada ainda que na pendência de processo-crime, admitindo assim uma suprema desproporcionalidade no lenitivo a que recorre para a violação que consente».

Embora os aspetos salientados na decisão recorrida possam não ser totalmente irrelevantes no plano da operacionalização da solução sindicada, a posição ali articulada desvaloriza excessivamente o comando normativo essencial do n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, apesar de expressamente ressalvado pelo respetivo n.º 1: «A decisão do INAC que aplique uma coima ou uma sanção acessória caduca quando o arguido venha a ser condenado em processo criminal pelo mesmo facto». Tal norma tem o visível propósito e o concreto efeito de impedir a coexistência de uma *coima* e de uma *pena* pelo mesmo facto: se vier a ser aplicada a pena, a coima já aplicada caduca; *a fortiori*, se for logo aplicada uma pena, fica precluída aplicação de uma coima. Além disso, o regime geral previsto no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (RGCO) permitiria resolver pelo menos algumas daquelas dúvidas levantadas pelo tribunal recorrido.

12. O problema residirá antes no n.º 1 do mesmo artigo: «Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação aeronáutica civil, o arguido é responsabilizado por ambas as infrações, instaurando-se, para o efeito, processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte.»

Segundo se lê na decisão recorrida, a «norma vertente assume que ao arguido possam ser impostos dois processos por infrações idênticas, processos esses a correr simultaneamente, e dos quais possam vir a resultar duas condenações, e tanto basta, [...] para concebermos a existência de violação ao princípio constitucional plasmado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa».

Nos casos em que mesmo facto constitui simultaneamente crime e contraordenação, o Tribunal recorrido entende, assim, que a Constituição, ao determinar que «ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo crime», condiciona as opções do legislador não apenas a *jusante* mas também a *montante*, vedando-lhe a adoção tanto de soluções que permitam o *duplo sancionamento* através da aplicação simultânea de uma coima e de uma pena, como de regimes que admitam a *litispêndência* de procedimentos sancionatórios autónomos, mesmo nas situações em que, na presente sucede (artigo 1.º, n.º 2, dos Estatutos da ANAC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 40/2015), a competência para o procedimento contraordenacional se encontre atribuída a uma entidade administrativa especialmente qualificada para exercer os poderes de regulação, fiscalização, regulação e supervisão a que se encontra submetido o setor de atividade em causa.

Na hipótese de ambos os procedimentos terem sido instaurados, a proibição contida no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição imporá ainda, na lógica seguida pelo Tribunal recorrido, o estabelecimento de uma *exceção de litispêndência necessária* de modo a que, na hipótese de pender já contra o agente um

procedimento criminal pelos mesmos factos, o procedimento contraordenacional não possa subsistir autonomamente.

Pelas razões que seguidamente se exporão, o juízo formulado pelo Tribunal recorrido não pode ser aqui acompanhado.

13. Apesar de o princípio *ne bis in idem* constituir o «substrato dinamizador» tanto da *exceção de litispendência* como da *exceção de caso julgado* (Agostinho S. Torres, “O princípio *ne bis in idem* funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia”, Revista *Julgar*, n.º 14, 2011, Coimbra, Coimbra Editora, p. 84), estas não se relacionam com aquele em termos integralmente equiparáveis.

Embora ambas as exceções relevem do propósito de evitar a repetição de uma causa, a primeira basta-se com a instauração contra a mesma pessoa de processos paralelos e autónomos pelos mesmos factos, ao passo que a segunda pressupõe a insaturação de um segundo processo contra a mesma pessoa por factos relativamente aos quais a mesma foi já *definitivamente julgada*.

Assim, enquanto a preterição da exceção de caso julgado tem como consequência a sujeição a julgamento de alguém já definitivamente julgado pelos mesmos factos, originando um *resultado proibido* pelo n.º 5 do artigo 29.º da Constituição, a preterição da exceção de litispendência, na medida em que se esgota na pendência simultânea de processos autónomos pelos mesmos factos, apenas aumenta o risco dessa sujeição vir a ocorrer, o que acontecerá *se e quando* um desses processos vier a prosseguir apesar de o outro ter sido entretanto definitivamente julgado.

Mesmo no *domínio estritamente penal*, a diferença entre o modo como as exceções de litispendência e de caso julgado se posicionam perante o princípio *ne bis in idem* encontra-se suficientemente assimilada, tanto no Direito da União como no direito interno. Indicativo disso mesmo é o regime jurídico do mandado de detenção europeu, aprovado pela Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de junho. Em conformidade com a disciplina instituída nesta Decisão (artigos 3.º, n.º 2, e 4.º, n.º 2), resulta daquele regime que, enquanto a exceção de caso julgado constitui causa de *recusa obrigatória* de execução do mandado de detenção europeu (artigo 11.º, alínea *b*)), a litispendência figura como causa de *recusa facultativa* de execução, permitindo a recusa da execução de um mandado de detenção europeu quando estejam pendentes procedimentos criminais pelos mesmos factos no Estado-membro de emissão e no Estado-membro de execução (artigo 12.º, n.º 1, alínea *b*)).

Se, quando em causa está a pendência simultânea de *dois procedimentos criminais* pelos mesmos factos, alguma diferença entre os institutos da litispendência e do caso julgado pode, ainda assim, ser estabelecida quanto à margem de conformação do legislador ordinário, tal diferença não se atenua, antes acentua-se, quando se trate da pendência simultânea de um *procedimento criminal* e de um *procedimento contraordenacional* pelos mesmos factos e a competência para a instauração deste se encontre atribuída a uma entidade particularmente habilitada, do ponto de vista técnico, para exercer os poderes de regulação e ou de supervisão a que se encontra sujeito o domínio de atividade de que procedem os deveres violados pelo agente - como sucede, por exemplo, com o Banco de Portugal no âmbito das infrações ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e com a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários no âmbito de aplicação do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro. Neste segundo caso, a proibição contida no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição não veda ao legislador ordinário a possibilidade de recorrer a *outros instrumentos*, alternativos à exceção de litispendência - de que são exemplo a caducidade da decisão administrativa sancionatória prevista no n.º 2 do 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004 e o instituto do desconto contemplado no n.º 3 do artigo 420.º do Código dos Valores Mobiliários -, suscetíveis de impedir a *dupla punição* pelo mesmo facto nos mesmos termos em que tenderá a fazê-lo na primeira hipótese.

14. Ao determinar a extinção, por *caducidade*, da decisão administrativa sancionatória no caso o arguido vir «a ser condenado em processo criminal pelo mesmo facto», a solução acolhida no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004 não obsta apenas à aplicação de duas sanções pelo mesmo ilícito. Tal solução limita ainda relevantemente a possibilidade de realização de um duplo julgamento pelos mesmos factos, uma vez que não admite a instauração de um procedimento contraordenacional sempre que o procedimento criminal tiver sido já julgado. Isso afigura-se, aliás, suficiente para garantir a respetiva conformidade com o Protocolo Adicional n.º 7 à CEDH, conforme interpretada até ao momento pelo TEDH (vd. a mero título de exemplo *A e B c. Noruega*, n.ºs 24130/11 e 29758/11, 15 de novembro de 2016 e *Grande Stevens c. Itália*, n.º 18640/10, 4 de março de 2014), assim como com o Direito Europeu, conforme interpretado até agora pelo TJUE (vd. por exemplo *Menci*, C-524/15, 20 de março de 2018).

É certo que, tal como as soluções que decorrem do 308.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, e do artigo 420.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários, o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004 não evita que o mesmo agente seja exposto a dois distintos procedimentos de natureza sancionatória pela prática dos mesmos factos, onerando-o com a tarefa de ter de se defender em ambos os processos, com o inerente esforço pessoal e patrimonial. Simplesmente, nem a litispêndia entre o procedimento criminal e o procedimento contraordenacional surge sem mais, em face da proibição contida no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição, como uma *exceção constitucionalmente imperativa*, nem a exposição do arguido àqueles dois processos se poderá dizer em todos os casos *desnecessária ou arbitrária*, mesmo levando em conta que, tal como no presente sucede, só uma das sanções em concurso (a penal) acabará, na verdade, por ser efetivamente executada.

No caso de o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, a razão pela qual o legislador cuidou expressamente de acautelar a *autonomia do processo contraordenacional* em face do processo penal em determinados sectores de atividade prende-se diretamente com as particulares características e com o especial estatuto da entidade administrativa competente para exercer os poderes de fiscalização, regulação e supervisão a que, por força até do Direito da União, aqueles se encontram sujeitos.

Tal como sucede com o Banco de Portugal no que diz respeito à atividade desenvolvida pelas sociedades financeiras e instituições de crédito e com a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários relativamente aos mercados financeiros, a ANAC exerce «funções de regulação, fiscalização e supervisão do setor da aviação civil», tendo por missão «regular e fiscalizar o setor da aviação civil e supervisionar e regulamentar as atividades desenvolvidas neste setor» (artigos 1.º, n.º 2, e 4.º, n.º 1, dos respetivos Estatutos). Neste caso como naqueles, trata-se de uma *entidade administrativa especialmente qualificada* para intervir no sector sob regulação e, por isso, tecnicamente habilitada como nenhuma outra para proceder ao conjunto de indagações necessárias para aferir em cada caso da existência de uma violação das regras administrativas aplicáveis a que se encontra associada a prática da contraordenação.

Não sendo tal presunção, além do mais, infundada, não se vê como possa conflitar com a Constituição a norma que, no caso de o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação aeronáutica civil, mantém a autonomia do procedimento contraordenacional da competência da ANAC, mas impede tanto a efetivação das sanções administrativas aplicadas como o próprio julgamento da contraordenação logo que o arguido seja condenado no âmbito do processo crime instaurado em simultâneo. Tanto mais quanto certo é que qualquer solução que fizesse depender a possibilidade de instauração do procedimento contraordenacional pela entidade administrativa para o efeito competente da absolvição definitiva do agente no âmbito do procedimento criminal não só elevaria exponencialmente o risco de prescrição daquele, como diferiria a intervenção do órgão tecnicamente mais habilitado para aferir da violação das normas administrativas aplicáveis ao sector para um momento em que, tendo em conta o tempo já decorrido sobre a prática da infração, o essencial da respetiva (e especialmente qualificada) atividade indagatória poderia ficar irremediavelmente comprometido.

O recurso deverá, assim, ser julgado procedente.

III - Decisão

Pelo exposto, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de janeiro; e, em consequência,

b) Conceder provimento ao recurso, determinando a reforma da decisão recorrida em conformidade com o presente juízo negativo de inconstitucionalidade.

Sem custas.

Lisboa, 13 de maio de 2021 - *Joana Fernandes Costa - Maria José Rangel de Mesquita - Gonçalo Almeida Ribeiro - João Pedro Caupers*

Atesto o voto de vencido do Juiz Conselheiro *Lino Ribeiro*, nos termos do disposto no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março (aditado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio).

Joana Fernandes Costa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido por entender que a norma em questão viola o princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição.

1. Discordo, em primeiro lugar, do entendimento acolhido no Acórdão de que as regras penal e contraordenacional aqui em causa não exprimem uma valoração jurídica suficientemente idêntica para os efeitos do referido princípio constitucional. Apesar da referência na norma SERA.3145 a uma «*autorização*» por parte do Estado-Membro em causa, não se trata de uma proibição axiologicamente neutra, mas de uma norma abertamente preocupada com a segurança da aviação. É o que parece resultar do enquadramento sistemático da norma SERA.3145 na secção 3 do Anexo ao Regulamento de Execução n.º 923/2012, respeitante às «*regras gerais de prevenção de colisões*» e, mais especificamente, no seu capítulo 1, dedicado à «*proteção de pessoas e bens*»; é o que resulta também do próprio facto de a alínea f) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 163/2015 classificar as violações dessa norma como contraordenações *muito graves*; e, por fim, o que incorre do facto de, do ponto de vista da sua estrutura típica, o crime e a contraordenação em causa terem em comum a relevante característica de realizarem a tutela pretendida através da proibição de condutas a que se associa apenas um perigo abstrato.

A subsistir algum conteúdo autónomo no tipo contraordenacional, não consumido pelo tipo penal, ele será tão reduzido que atribuir-lhe o peso decisivo de excluir a aplicação do princípio *ne bis in idem* representaria praticamente um afastamento da aplicação deste princípio na relação entre quaisquer crimes e contraordenações, que dificilmente serão milimetricamente idênticos. A aplicação do princípio *ne bis in idem* em face de um desfasamento tão residual está alinhada com a ideia essencial subjacente à abordagem que este Tribunal vem seguindo nesta matéria, que é a de que a infração deve ser – mas que basta que seja – *substancialmente* a mesma.

A abordagem acolhida no Acórdão vem afastar a jurisprudência deste Tribunal, ainda mais do que aquilo que até aqui já acontecia, da abordagem de carácter naturalístico condensada na expressão “*idem factum*”, que coloca a tónica na ação proibida em si mesma considerada e, assim, na conduta do

destinatário das normas sancionatórias, independentemente da sua valoração jurídica. Note-se que a abordagem naturalística é aquela que tem vindo a receber ímpeto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), especialmente desde *Zolotukhin c. Rússia*, de 10 de fevereiro de 2009, §§ 70 ss., bem como do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), desde há mais tempo até (por exemplo em *van Esbroeck*, C-436/04, de 9 de março de 2006, §§ 26 ss.) e de modo porventura ainda mais incondicional do que no caso do TEDH (cf. *id.*, § 35, ou *Kretzinger*, C-288/05, 18 de julho de 2007, § 33), embora isso possa resultar do cariz transnacional do *ne bis in idem* relevante para os efeitos da jurisprudência do TJUE e da sua importância central num espaço jurídico-político desenvolvido grandemente em torno da liberdade de circulação.

É verdade que o entendimento normativo que o Tribunal Constitucional tem vindo a fazer do princípio *ne bis in idem* acaba por acomodar, em larga medida, a preocupação com o destinatário da norma ínsita na abordagem naturalística. É assim porque, em virtude da proximidade existente entre o direito contraordenacional e o direito penal, quando uma mesma conduta preencha em simultâneo um tipo contraordenacional e um tipo penal, esse *idem* naturalístico tenderá a traduzir-se também num *idem* normativo. Mas isso apenas será assim se, de facto, neste plano da valoração jurídica, se considerar bastante que a infração seja *substancialmente* a mesma.

2. A jurisprudência constitucional iniciada no Acórdão n.º 244/99 não se limita a estabelecer o significado do elemento “*idem*”, mas toma também, implicitamente, posição sobre um importante aspeto relativo ao elemento “*bis*”, o outro componente do princípio consagrado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição. Ao assumir que este princípio opera entre contraordenações e crimes quando a infração seja «*substancialmente a mesma*» (*i.e.* quando haja um *idem factum illicitum*), aquela jurisprudência está, desse passo, a assumir também que o processo ou a sanção penais constituirão uma duplicação do processo ou da sanção contraordenacionais e vice-versa (*i.e.* que constituem um “*bis*”).

Este entendimento está em plena coerência com o alcance do *ne bis in idem* no âmbito do artigo 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos conforme entendido pelo TEDH (cf., *v.g.*, o recentíssimo *Prina c. Roménia*, n. 37697/13, 8 de setembro de 2020, embora se trate de uma mera decisão de inadmissibilidade) e no âmbito dos artigos 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e 50.º da Carta de Direitos Fundamentais da UE, conforme entendidos pelo TJUE. Em primeira análise, a aplicação destas garantias parece pressupor que o processo ou a sanção administrativa tenham «*conotação*» ou «*caráter penais*» (TEDH, *Zolotukhin*, *cit.*, § 52 s., e TJUE, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, de 26 de fevereiro de 2013, § 32 s., respetivamente). *Em segunda análise, porém, verifica-se* que um dos critérios definidos pelo TEDH (desde *Engel e outros c. Países Baixos*, de 8 de junho de 1976) para determinar se um processo ou sanção têm essa «*conotação*» ou «*caráter*» é a natureza da infração. Isso significa que os ordenamentos jurídicos, como o nosso, onde o elemento “*idem*” é compreendido, não em sentido naturalístico, mas em sentido essencialmente normativo, ao preenchimento do elemento “*idem*” é inerente o preenchimento do elemento “*bis*”. Ou seja, que, quando uma contraordenação constituir substancialmente a mesma infração que um crime, então o processo e a sanção respetivos, ainda que formalmente administrativos, devem ter-se como materialmente penais para estes efeitos.

Esta visão é também a mais consentânea com a solução consagrada, desde a 2.ª revisão, na Constituição da República Portuguesa, que no n.º 10 do seu artigo 32.º, relativo às «*garantias de processo criminais*», estabelece que, em processos contraordenacionais e outros «*processos sancionatórios*», são «*assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*». Embora as garantias de processo criminal se não apliquem aí em toda a sua extensão, é claro naquele preceito o reconhecimento da proximidade entre essas distintas espécies de processos sancionatórios. Tudo o que, em suma, justifica dar como boa a premissa de que não deve haver um processo penal e um processo contraordenacional (*ne bis*) por factos que constituam substancialmente uma mesma infração (*in idem*).

3. Ainda quanto ao elemento “*bis*”, o Acórdão acolhe a visão segundo a qual o artigo 29.º, n.º 5, da Constituição não proíbe só a dupla punição, mas contempla também e desde logo o processo a ela

conducente, proibindo o duplo julgamento. De facto, e pelo menos na sua faceta de expressão do princípio do caso julgado, a proteção conferida pelo *ne bis in idem* deve ter-se como ativada logo com a sujeição da pessoa a um segundo julgamento e até com a sua simples colocação em condições de vir a ser sujeita a um segundo julgamento. Na verdade, a vertente da dupla punição pode até ser entendida de modo inteiramente autónomo, ainda que complementar, em relação ao *ne bis in idem*. São disso ilustrativas as Conclusões do Advogado-Geral Colomer em *van Straaten* (cit., § 58), citadas no Acórdão, quando aí se distingue entre um princípio de «*procedimento exaustivo*» (*Erledigungsprinzip*), que veda qualquer «*segunda decisão*» pelos mesmos factos e que constitui o autêntico conteúdo do *ne bis in idem*, e um princípio de «*tomada em consideração*» (*Anrechnungsprinzip*), que impõe que na sanção posteriormente aplicada sejam descontadas ou de algum outro modo levadas em conta as sanções anteriores e que se apresenta como mero «*lenitivo*» para um problema já materializado.

É certo que da solução acolhida no Decreto-Lei n.º 10/2004 decorre uma relevante limitação à possibilidade de realização de um duplo julgamento: não se admite a instauração de um processo contraordenacional quando tenha já sido realizado um processo penal e aplicada uma pena. Isso, aliás, afigura-se bastante para garantir a sua conformidade com o Protocolo Adicional n.º 7 à CEDH e com o Direito da UE, conforme indicado no Acórdão. Porém, no primeiro caso, importa desde logo notar a acentuada diferença entre a letra do artigo 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a do artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa. A nossa Constituição refere-se a uma proibição de se ser «*juizado mais do que uma vez*». Em contraste, o Protocolo consagra apenas uma proibição de se ser «*juizado ou punido (...) por motivo de uma infracção pela qual já [se] foi absolvido ou condenado por sentença definitiva*». Foi assumidamente estrita a garantia a que os signatários do Protocolo quiseram vincular-se internacionalmente. Já em relação ao Direito da UE, importa recordar novamente a natureza eminentemente transnacional do *ne bis in idem* que aí está em causa e as implicações disso, em especial a sensível questão da definição da prioridade na punição de factos em que vários Estados Membros tenham um interesse punitivo. Entendimento do *ne bis in idem* distinto do acolhido no Direito da UE envolveria riscos como o de permitir que a instauração de um processo num Estado Membro bloqueasse, *ipso facto*, a atuação sancionatória de outros Estados Membros, ainda que esta fosse a vários títulos mais justificada. De todo o modo, essas normas europeias não impõem limites máximos de proteção a conferir pelos Estados, mas apenas, como é sabido, limites mínimos. No plano interno, excluir por inteiro as situações de litispêndia do âmbito proteção do n.º 5 do artigo 29.º da Constituição não se afigura coerente com os interesses objetivos e subjetivos que este preceito visou proteger.

De resto, sinal de que a intercessão do *ne bis in idem* não pressupõe que haja sido anteriormente proferida decisão final sobre o facto, condenatória ou absolutória, encontra-se já na jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a temática da alteração substancial dos factos. No Acórdão n.º 711/2019, a respeito do artigo 359.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na sua precedente redação, interpretada no sentido de que uma alteração substancial dos factos descritos na acusação deveria determinar a extinção da instância e permitir o julgamento do arguido pela totalidade da conduta penalmente relevante, observa-se que essa solução «*não assegura que este será efetivamente julgado pelo crime diverso*», nomeadamente porque «*pode bem dar-se o caso de, realizado novo inquérito, o Ministério Público vir a deduzir nova acusação pelos factos primitivos – quando as provas produzidas em julgamento não se reproduzam no novo inquérito –, o que não deixaria de levantar problemas delicados de ne bis in idem*». Este entendimento tem implícita uma noção segundo a qual o *ne bis in idem* pode sofrer interferência mesmo não tendo o julgamento sido concluído.

4. Concordo com o Acórdão quando aí se sublinha que as normas em causa no presente caso não infringem a proibição de *dupla punição* (ao contrário do que sugere a decisão recorrida), atento o disposto no n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 10/2004. Concordo também com o Acórdão quanto à ideia segundo a qual, afastada que esteja a possibilidade de dupla punição, a proibição de *duplo julgamento*, pelo menos neste âmbito de interação entre o direito penal e o contraordenacional, deve

considerar-se aberta a ponderação, podendo os interesses individuais por ela tutelados ceder perante interesses estatais com ela conflituantes.

O ponto em relação ao qual torno a divergir do Acórdão é o de que as concretas normas em apreço resistem a esse teste de proporcionalidade. Em virtude do n.º 1 do referido do artigo 12.º, uma pessoa pode ser alvo de um processo penal e de um processo contraordenacional pelo mesmo facto de modo perfeitamente paralelo, sendo que, como o Acórdão reconhece, a mera exposição a um processo de índole sancionatória, independentemente da aplicação da sanção correspondente, não é inócua, porquanto envolve já um esforço pessoal e patrimonial por parte do indivíduo que resulta numa compressão de direitos e interesses seus com dignidade constitucional. A proscrição da litispendência – princípio com forte tradição na cultura jurídica portuguesa e visível nos seus vários ramos processuais – não é, portanto, apenas um postulado normativo de natureza ordinária, mas apresenta uma densidade axiológica que lhe garante, em âmbitos sancionatórios, pelo menos alguma dignidade constitucional ao abrigo do princípio *ne bis in idem*.

Note-se que o próprio legislador reconhece que a sanção principal aplicável num dos processos (o penal) é suficiente para realizar os interesses punitivos do Estado suscitados pela conduta. Qual é, então, a justificação para se obrigar o indivíduo a defender-se, ao mesmo tempo, por uma infração que é substancialmente a mesma, nos dois processos sancionatórios? Julgo que o “bis” proibido pelo princípio *ne bis in idem* não pode exigir que um processo tenha já sido realizado e a correspondente sanção aplicada, mas terá, antes, de incluir algumas hipóteses de litispendência.

Para afastar a situação em apreço nos presente autos desse conjunto de hipóteses, o Acórdão apresenta argumentos que, a meu ver, não justificam esse afastamento. Primeiramente, discordo da noção de que das normas transnacionais mencionadas no Acórdão seja possível retirar, para efeitos puramente internos, conclusões seguras quanto à densidade acrescida da hipótese de caso julgado relativamente à da litispendência perante o princípio *ne bis in idem*, por entender que as causas de recusa da cooperação meramente facultativas, como a indicada no Acórdão (também, por exemplo, a do artigo 18.º, n.º 1, da Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria penal, a Lei n.º 144/99, de 31 de agosto) têm um propósito fundamentalmente distinto do que aqui se joga, qual seja o de proporcionar ao Estado português, em conflitos positivos de jurisdição, uma opção entre exercer a sua jurisdição penal sobre os factos ou permitir ao Estado requerente um exercício da sua jurisdição. Os eventuais problemas de *ne bis in idem* são, a meu ver, subsequentes à decisão de extraditar ou não extraditar baseada nessas causas de recusa da cooperação (cf. a Decisão Sumária n.º 7/2021 e o Acórdão n.º 205/2021).

Por outro lado, relativamente às particulares características e ao especial estatuto da entidade administrativa competente no âmbito da aeronáutica (à semelhança do que ocorre noutros sectores de atividade referidos no Acórdão), creio que essas características e esse estatuto, embora decerto se justifiquem pelas especificidades destes domínios de atividade, não assumem relevância tangível da perspetiva do indivíduo enquanto destinatário da norma sancionatória, que é uma das vertentes essenciais da proteção conferida pelo princípio *ne bis in idem*. Esta perspetiva focada no destinatário da norma já poderá, eventualmente, justificar a vigência de regimes como o que aqui está sob apreciação em domínios de atividade como os disciplinados no Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras e no Código dos Valores Mobiliários, pelas especiais características dos *indivíduos* que constituem os destinatários típicos de tais normas (cf. *vg.* o Acórdão n.º 270/2020, § 19). Contudo, quanto ao sector de atividade e às concretas condutas aqui em questão, não se identifica a existência de destinatários típicos dotados de características especiais no sentido ali pressuposto.

Por fim, o (ponderoso) risco de prescrição do procedimento contraordenacional coloca-se em termos idênticos quanto aos procedimentos contraordenacionais que se regem pelo RGCO ou por regimes idênticos ao que aí se consagra. De certo modo, esse risco afigura-se até menor quando a entidade administrativa seja uma entidade especializada, justamente em razão dessa especialização. Em qualquer caso, a sede normativa natural para obviar um risco dessa natureza é o próprio regime dos prazos prescricionais e respetivas causas de suspensão e de interrupção, risco que é estranho ao

equilíbrio que procura fazer-se no âmbito do regime relativo ao *ne bis in idem*, embora tanto aqui como ali estejam em causa interesses sancionatórios do Estado.

5. Entretanto, não pode dizer-se que a forma a meu ver desequilibrada como o regime aqui em análise articula os interesses protegidos pelo princípio *ne bis in idem* e os interesses sancionatórios do Estado não conheça alternativa satisfatória: ela é oferecida pelo próprio regime geral, que preconiza uma tramitação tendencialmente *concentrada* (cf. os artigos 20.º e 38.º, n.ºs 1 e 2, RGCO), intervindo o n.º 1 do artigo 82.º do RGCO unicamente quando o processo penal tenha tido lugar em momento posterior à aplicação da coima. Ou seja, unicamente em situações onde não houve a possibilidade objetiva de observar normas (as daqueles artigos 20.º e 38.º, n.ºs 1 e 2) cujo desígnio era evitar uma violação da proibição de duplo julgamento. Em contraste, o Decreto-Lei n.º 10/2004 renuncia de modo praticamente total a esse desígnio, através do n.º 1 do artigo 12.º, depositando exclusivamente no n.º 2 desse preceito a tarefa de proteger interesses subjacentes ao princípio *ne bis in idem*.

Em conclusão, o artigo 12.º, n.º 1, deste Decreto-Lei n.º 10/2004 permite que uma pessoa seja submetida a um processo penal e a um processo contraordenacional de modo totalmente paralelo por uma infração que é substancialmente a mesma. É só no último instante que o n.º 2 do preceito intervém, determinando que a condenação criminal faça caducar a sanção contraordenacional. Isso evitará a dupla punição, mas não só não evita como mesmo encoraja a duplicação de julgamentos, sem realizar um singelo esforço no sentido de conciliá-los, concentrando-os ou mitigando de algum outro modo os esforços processuais exigidos do indivíduo visado. O regime geral mostra que os interesses sancionatórios do Estado podem ser prosseguidos com significativamente menor sacrifício para os interesses individuais que o *ne bis in idem* visa proteger, não se descortinando razões para que uma solução tão drástica como a acolhida no Decreto-Lei n.º 10/2004 deva julgar-se necessária para prosseguir tais interesses no específico setor de atividade aqui em causa. Embora essa solução atinja apenas uma das vertentes do princípio *ne bis in idem* (a proibição de duplo julgamento) – e apenas numa visão relativamente abrangente da mesma –, atinge-a de modo tão intenso que a restrição de direitos fundamentais produzida, ainda que fosse necessária à prossecução de interesses sancionatórios do Estado, dificilmente poderia deixar de considerar-se desproporcional (em sentido estrito) à realização de tais interesses.

Lino Rodrigues Ribeiro

