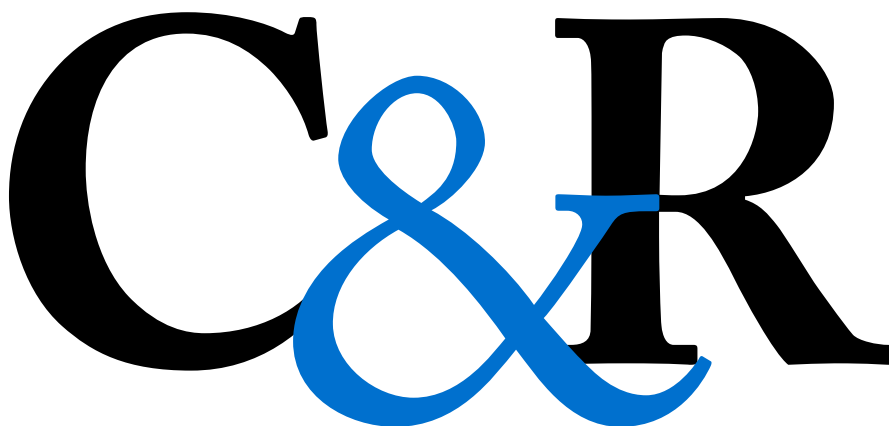


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PORTUGUESE COMPETITION AUTHORITY
INSTITUTE OF ECONOMIC, FINANCIAL AND TAX LAW
OF THE UNIVERSITY OF LISBON LAW SCHOOL



REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO
COMPETITION
AND REGULATION

ANO/YEAR XIII • NÚMERO/No 46-47
ABRIL/APRIL • SETEMBRO/SEPTEMBER 2021
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



Autoridade da
Concorrência

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO XIII • NÚMERO 46-47
ABRIL – SETEMBRO 2021

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Direção/Editorial Chairs

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs

MARGARIDA MATOS ROSA • EDUARDO PAZ FERREIRA

Presidência do Conselho de Redação/President of the Executive Editorial Board

RICARDO BAYÃO HORTA

Conselho Consultivo/Advisory Board

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



Autoridade da
Concorrência

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XIII • Número 46-47

abril – setembro 2021

DIRETORES

MARIA JOÃO MELÍCIAS

MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO

Avenida de Berna, 19

1050-037 Lisboa

EXECUÇÃO GRÁFICA

UNDO, L.^{DA}

Estrada do Algueirão, 64

2725-019 Mem-Martins

SETEMBRO 2021

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

A C&R tem uma política de acesso livre e gratuito.

Os artigos poderão ser lidos, descarregados, copiados, distribuídos, impressos,
pesquisados ou utilizados para qualquer propósito legal, sem barreiras financeiras,
legais ou técnicas. Os autores detêm o controlo da integridade do seu trabalho
e o direito a ser reconhecidos e citados.

ÍNDICE

9 EDITORIAL

13 DOUTRINA

13 Doutrina geral

15 Nuno Cunha Rodrigues – *A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrência dos países*

37 Miguel Sousa Ferro – *The reality of access in antitrust private enforcement: overview of 3 years' experience in Portugal*

73 Nuno Ricardo Pica dos Santos – *Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova*

121 BREVES

123 João Lopes – *Choque de preços no gás e tempestade elétrica: reflexos nos consumidores e na segurança de abastecimento*

143 Lisa Pinto Ferreira – *Energy efficiency first: overcoming the hurdles?*

153 JURISPRUDÊNCIA GERAL

153 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a setembro de 2021

169 Notas Curriculares

173 Índice consolidado por temas

199 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

201 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

O número 46-47 da Revista de Concorrência & Regulação abre com a análise de Nuno Cunha Rodrigues sobre o papel da política de concorrência nos países em desenvolvimento, em especial nos países africanos de língua oficial portuguesa, bem como da cooperação internacional neste domínio. O investimento no desenvolvimento e efetiva implementação de uma política de concorrência, com um quadro institucional adequado, é apresentado como um elemento indispensável de uma política mais ampla de desenvolvimento económico e de atração do investimento internacional.

Miguel Sousa Ferro aborda a questão do acesso à prova para ações de private enforcement do Direito da Concorrência. Depois de uma análise

Issue 46-47 of Revista de Concorrência & Regulação opens with Nuno Cunha Rodrigues' analysis of the roles of competition policy and international cooperation in developing countries, in particular, in Portuguese-speaking African countries. The development and effective implementation of a competition policy framework, with an adequate institutional design, is considered as an indispensable component of a broader policy for economic development and for attracting foreign investment.

Miguel Sousa Ferro tackles the issue of access to evidence in the scope of the private enforcement of competition law. After a theoretical overview of the applicable rules, the result of empirical research into the reality of the application of these rules in recent

global das regras aplicáveis, apresentam-se os resultados de Investigação empírica sobre a realidade da aplicação destas regras em Portugal nos últimos anos. Isto leva o autor a conclusões sobre o impacto da transposição da Diretiva 2014/104/UE e os desafios com que ainda se defrontam as partes em litígios privados que pretendam ter acesso a informação confidencial ou não-confidencial.

Nuno Ricardo Pica dos Santos regressa a uma controvérsia jurídica infundável em Portugal, que conheceu recentemente um desenvolvimento importante através de um acórdão do Tribunal Constitucional: a obtenção de meios de prova através do exercício de poderes de autoridade em processos contraordenacionais (em especial, no âmbito da atividade económica). Defende-se que regras gerais de exclusão de certos meios de prova podem ser afastadas em áreas especiais do direito contraordenacional, levando à convergência material com o direito penal.

A Revista de Concorrência & Regulação participa na onda de atenção redobrada exigida pelo combate ao aquecimento global, publicando dois artigos que se centram nestas preocupações.

João Lopes fornece-nos as suas reflexões sobre o impacto económico dos recentes aumentos de preços no setor da energia para os consumidores e para a segurança de abastecimento. Sugere a necessidade de

years in Portugal is presented. This leads the author to draw conclusions as to the impact of the transposition of Directive 2014/104/EU and the practical challenges parties seeking redress still face in order to have access to confidential or non-confidential information.

Nuno Ricardo Pica dos Santos revises an endless legal controversy in Portugal, recently the focus of an important development as a result of a judgment of the Constitutional Court: the collection of evidence by public enforcers in the context of administrative offences procedures (in particular, in the context of economic infringements). It is argued that the general rules which exclude the use of certain types of evidence may be set aside in special areas of the law of administrative offences, leading to a material convergence between this branch of the law and criminal law.

The Revista de Concorrência & Regulação adds its voice to the wave of redoubled attention required by the fight against global warming, by publishing two papers focused on these concerns.

João Lopes provides us with his thoughts on the economic impact of the recent increase in energy prices for consumers and for the security of supply. He suggests the need for a greater degree of economic analysis in the policies aimed at reducing CO2

maior análise económica nas políticas de redução de emissões de CO₂, nomeadamente com o objetivo de prosseguir as soluções que garantam alcançar as metas ambientais com os menores custos possíveis. O autor revela as suas dúvidas sobre grandes opções político-económicas que têm sido tomadas, nomeadamente em Portugal, neste domínio.

Lisa Pinto Ferreira olha para o regime da eficiência energética da UE, incluindo a proposta de Diretiva e uma Recomendação da Comissão associada, identificando os desafios que se prevê que surgirão, em especial para os reguladores nacionais e para os operadores de rede. A autora defende que há vários fatores que dificultam a aplicação prática e o respeito pelo princípio de se dar prioridade à eficiência energética.

Festas Felizes e boas leituras.

emissions, notably by focusing on the solutions which secure the achievement of the relevant environmental goals with the least possible costs. The author expresses his doubts concerning some of the broader political-economic choices which have been taken, namely in Portugal, in this area.

Lisa Pinto Ferreira looks at the EU regime for energy efficiency, including the proposed draft Directive and a related Commission recommendation, and identifies the challenges which can be predicted to arise, in particular for national regulators and network operators. The author argues that there are several factors which render difficult the practical application and compliance with the principle of “energy efficiency first”.

Season’s greetings and enjoy the reading.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

CONTRAORDENAÇÕES NO ÂMBITO ECONÓMICO: SUA INVESTIGAÇÃO E A PROBLEMÁTICA DOS MEIOS INTRUSIVOS DE OBTENÇÃO DA PROVA*

*Nuno Ricardo Pica dos Santos***

ABSTRACT *The nature of administrative and criminal offences is sometimes difficult to clearly distinguish. In light of the non-distinction but also the convergence with the penal law, the sectorial procedural legislation foresees intrusive means for obtaining evidence, namely home searches. With the present study, we analyse and support the idea of the constitutional admissibility of such means, laying upon the lesser extent of the administrative means when compared to the constitutional provisions. The constitutional criteria and their legal densification are also analysed in order to safeguard the constitutionality of their provision.*

Finally, the administrative solution is challenged in the confrontation between the need for a penalty and the (eventual) need for criminal proceedings concerning the protection of the legal assets, considering whether the means are exclusive, or only typical, of criminal proceedings.

SUMÁRIO Introdução. 1. Heterogeneidade e dualidade no Direito das Contraordenações: 1.1. Na dimensão material; 1.2. Na dimensão processual. 2. Buscas domiciliárias em legislação setorial: 2.1. Problemática e admissibilidade constitucionais; 2.2. Princípios e critérios constitucionais e densificação legal. 3. A concorrência entre o Direito das Contraordenações e o Direito Penal e Processual Penal: por uma resposta integral. 4. Conclusão

KEY-WORDS Economic and financial administrative offences; Administrative offences investigation; Prohibitions of evidence; Intrusive means of obtaining evidence; Home searches.

* O presente artigo corresponde ao relatório apresentado na unidade curricular de Direito Penal II do doutoramento em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, sob regência do Exmo. Sr. Prof. Doutor Augusto Silva Dias e da Exma. Sra. Prof.ª Doutora Teresa Quintela de Brito, depositado nos serviços da FDUL em outubro de 2019.

** Doutorando em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Assistente convidado no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) e assistente de investigação no Centro de Investigação do ISCPSI (ICPOL). Endereço eletrónico: picasantos@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito de Mera Ordenação Social ou Direito das Contraordenações surgiu formalmente em Portugal através do Decreto-Lei (DL) n.º 232/79, de 24 de julho, que instituiu o seu regime geral¹.

Mas este novo ramo do Direito viria a não ter, de imediato, uma “efetivação aplicação prática”, quer pela revogação, através do DL n.º 411-A/79, de 1 de outubro, do n.º 3 (e n.º 4) do art. 1.º do DL n.º 232/79, que previa a equiparação a contraordenação, para efeitos de aplicação do regime então instituído, das contravenções ou transgressões vigentes a que fossem aplicadas sanções pecuniárias, quer pela falta de aplicação da legislação que então previu alguns tipos contraordenacionais².

Em 1982, viria a ser aprovado e entrou em vigor, revogando o DL n.º 232/79, o regime geral das contraordenações (RGCO), constante do DL n.º 433/82, de 27 de outubro, que ainda hoje vigora³. Durante este período, a par de alterações ao designado RGCO, têm surgido diversos regimes que consagram especialidades face a esse regime geral, nomeadamente em determinados setores de atividade – regimes especiais ou setoriais.

Silva Dias caracteriza a evolução e estado atual do direito das contraordenações através da identificação de três tendências: centrípeta (tendo como centro o Direito Penal, que se manifesta na “aproximação do regime das contraordenações aos princípios e quadros categoriais do Direito Penal”); centrífuga (tendo como centro o RGCO, que ganha corpo através de diversos regimes setoriais que se afastam do regime geral, com a consequente perda da “função central” deste); e exasperadora (que se verifica em regimes setoriais)⁴.

As características desta tendência exasperadora são a estatuição de sanções de enorme gravidade (coimas elevadíssimas), a previsão de sanções acessórias que correspondem a penas acessórias, a consagração da punibilidade da tentativa, a consideração da reincidência e a previsão de certos meios de obtenção da prova, como buscas domiciliárias⁵.

1 Para a compreensão da natureza originária do ilícito contraordenacional e das soluções adotadas naquele diploma, ainda que nem todas coincidentes, importa o clássico estudo, prévio à instituição deste ramo do Direito, de Eduardo Correia (1973), intitulado “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”.

2 Cf. Monteiro, 2017: 207-209.

3 Alterado pelos DL n.ºs 356/89, de 17 de outubro, 244/95, de 14 de setembro, 323/2001, de 17 de dezembro, e Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

4 Dias, 2018a: 31-35.

5 Dias, 2018a: 33-34.

No plano processual, a principal manifestação desta tendência é a previsão de meios intrusivos de obtenção de prova, habituais no Direito Processual Penal e processos criminais, mas estranhos no Direito de Mera Ordenação Social e aos processos contraordenacionais.

O presente estudo tem como objeto os meios intrusivos de obtenção da prova em processo contraordenacional. Por uma questão de metodologia e delimitação da temática, teremos como paradigma de estudo as buscas domiciliárias.

Os objetivos são os seguintes: (i) constatar a heterogeneidade do Direito das Contraordenações, manifestada nos planos material e processual; (ii) questionar a admissibilidade constitucional de meios intrusivos de obtenção da prova, nomeadamente as buscas domiciliárias; (iii) identificar os critérios constitucionais e a densificação legislativa necessários na sua eventual previsão; (iv) analisar se nos ilícitos contraordenacionais com dignidade penal, mas sem necessidade de pena, em que se revele necessário o recurso a meios intrusivos de obtenção da prova, o legislador deveria antes salvaguardar a necessidade de processo penal, através da criminalização dos comportamentos, ao invés de qualificá-los como contraordenações.

Formulamos, pois, o seguinte problema central de investigação: O ordenamento jurídico-constitucional português admite a previsão de meios intrusivos de obtenção da prova em sede contraordenacional, nomeadamente buscas domiciliárias, pelo que, na opção legislativa de qualificação de comportamentos com dignidade penal e desnecessidade de pena, a suposta necessidade de processo criminal não deve imperar sobre aquele critério negativo?

Para a resposta ao problema de investigação, o estudo está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, analisar-se-á, de modo breve, a heterogeneidade do Direito das Contraordenações, reconduzindo-o a uma dualidade material e processual. No segundo capítulo, estudar-se-á a admissibilidade constitucional da previsão de meios intrusivos de obtenção da prova, nomeadamente buscas domiciliárias, em regimes especiais face ao regime geral. Por fim, no terceiro capítulo, contrapõe-se a desnecessidade de pena à suposta necessidade de processo criminal, no âmbito da opção legislativa quanto à qualificação de comportamentos que apresentem dignidade penal.

1. HETEROGENEIDADE E DUALIDADE NO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

O quadro jurídico do Direito de Mera Ordenação Social, numa consideração substantiva e adjetiva, é esparso. Não obstante a perfeição sistemática do

RGCO, com uma primeira parte dedicada à disciplina substantiva e uma segunda parte à regulação processual, aquele regime não contém específicas disposições prevendo tipos legais a que correspondam coimas – contraordenações. Todas as contraordenações encontram-se previstas numa variedade enorme de diplomas, conforme a matéria. Mas nem todos esses diplomas se configuram como legislação setorial, no sentido da consagração de um regime especial face ao regime geral em que normalmente intervêm entidades administrativas especializadas (autoridades reguladoras), também setoriais.

No âmbito dos regimes especiais setoriais, destacamos os seguintes com a referência à respetiva entidade reguladora⁶: (i) Regime Sancionatório do Setor Energético (RSSE), estabelecido pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); (ii) Regime Quadro das Contraordenações do Setor das Comunicações, estabelecido pela Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro – Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM); Regime das Infrações Antieconómicas e contra a Saúde Pública (DL n.º 28/84, de 20 de janeiro); Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), aprovado em anexo à Lei n.º 15/2001, de 5 de junho; Código dos Valores Mobiliários (CVM), aprovado em anexo ao DL n.º 486/99, de 13 de novembro – Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM); Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGI-CSF), constante do DL n.º 298/92, de 31 de dezembro – Banco de Portugal (BdP); Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado em anexo à Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, e Regime Jurídico da Distribuição de Seguros e de Resseguros, aprovado em anexo à Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF); Regime Jurídico da Concorrência (doravante, LdC), estabelecido pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio – Autoridade da Concorrência (AdC).

Estes regimes materializam e são a expressão de uma evolução do Direito das Contraordenações em consonância com um novo “paradigma

6 As entidades reguladoras regem-se pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER), aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, bem como pelos respetivos Estatutos, que podem conter especificidades face àquela, nomeadamente de acordo com o Direito da União Europeia ou Internacional aplicável (art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2013 e arts. 1.º, n.º 2, e 2.º, n.º 2, da LQER). A Lei-Quadro não é aplicável ao Banco de Portugal nem à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (art. 3.º, n.º 4, da Lei n.º 67/2013 e art. 2.º, n.º 3, da LQER).

socioeconómico” e modelo de Estado: o Estado garante, garantidor ou regulador⁷.

Como salienta Silva Sánchez, trata-se de um “novo modelo de Estado”, que “se caracteriza formalmente pela delegação do poder de instituições centrais do Estado em agências reguladoras independentes”, exercendo estas um poder regulamentar e sancionatório, com um grande pendor técnico⁸.

As entidades reguladoras apresentam-se, assim, nos termos dos respetivos estatutos, com poderes de regulação, supervisão, fiscalização e sancionatório, que surgem relacionados entre si (arts. 40.º a 43.º da LQER e, *e.g.*, art. 6.º do DL.º 125/2014, de 18 de agosto, quanto à AdC). No domínio sancionatório, a relevância da atuação daquelas entidades “pode com propriedade ser caracterizado como um poder *parajudicial*”⁹.

Os regimes especiais referidos supra enquadram-se nos dois grandes grupos de esferas regulatórias – serviços de interesse económico geral e sistema económico-financeiro – a que se acresce uma regulação transversal¹⁰ – o regime da concorrência.

Da análise daqueles diplomas constata-se a afirmação de Nuno Brandão quanto à existência de “uma ampla cobertura sancionatória de natureza contraordenacional em três dos eixos fundamentais da economia contemporânea, o dos *serviços de interesse económico geral*, o da *concorrência* e o do *sistema económico-financeiro*”, constituindo-se como “áreas atuais de incidência do direito das contraordenações no âmbito económico”¹¹. É, pois, uma área próxima ao designado Direito Penal secundário (natureza económica e social)¹².

7 Brandão, 2016: 401 e ss.. Sobre a ascensão e caracterização do Estado regulador *vide* também Majone, 1994: 77-98; 1997: 139-165.

8 Silva Sánchez, 2015: 1. Mas negando a caracterização como novo modelo de Estado, Esteve Pardo, 2015: 11-23.

9 Ferreira & Morais, 2009: 31-32.

10 Moniz *et al.*, 2016: 22-23 e Vilaça & Carvalho, 2017: 134 e 145. Pois, “o âmbito de aplicação da LdC estende-se aos setores económicos sujeitos a regulação setorial (banca e seguros, comunicações eletrónicas, energia, comunicação social, entre tantos outros), prevendo a lei expressamente a colaboração da AdC com as autoridades reguladoras competentes em cada setor – arts. 35.º e 55.º da LdC”, Moniz *et al.*, 2016: 22. Considerando-se como tais – “autoridades reguladoras setoriais” – aquelas a quem é aplicável a Lei-Quadro das entidades reguladoras e, “por identidade de razão, também o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, entidades que foram expressamente excluídas do âmbito de aplicação da Lei-Quadro”, podendo questionar-se, ainda, o enquadramento de algumas outras entidades, Vilaça & Carvalho, 2017: 145. Cf., na vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, Mateus, 2007: 14-16.

11 Brandão, 2016: 468.

12 Sobre as funções e relação do direito administrativo sancionatório com o direito penal, *vide* Paliero, 1993: 1021 e ss..

1.1. Na dimensão material

As contraordenações, do ponto de vista da ilicitude, caracterizam-se pela sua heterogeneidade, que, aliás, também se verifica nos crimes¹³. Adicionando ao plano da ilicitude outros aspetos substantivos, mas também considerações processuais, de modo a obter-se categorias que aspirem a um relevo prático e a soluções para o direito contraordenacional, as contraordenações deverão ser reconduzidas a uma *dualidade*¹⁴.

Nas palavras de Silva Dias, tal pode ser compreendido numa dicotomia entre contraordenações “tradicionais” e “modernas”, sem que esteja subjacente a esta classificação um critério de natureza histórica¹⁵.

A cabal caracterização daquela divisão carece de ser feita no plano substantivo, particularmente atendendo ao facto e à respetiva sanção, e no plano processual.

A sua caracterização a partir daqueles critérios permite vislumbrar as “duas grandes modalidades de infrações” referidas por Costa Pinto. Para o A., num primeiro grupo, teríamos “as contraordenações comuns, bagatelares, sujeitas a sanções leves e processos simplificados” e, num segundo grupo, “as contraordenações mais graves, sujeitas a sanções mais severas e a um processo comum”¹⁶. Trata-se do reflexo da utilização do Direito de Mera Ordenação Social na regulação de, por um lado, “matérias tradicionais e infrações bagatelares em circuitos onde habitualmente era aplicado (segurança rodoviária, informação ao consumidor, deveres tributários, algumas condutas laborais, organização de atividades económicas diversificadas)” e, por outro, “novas realidades económicas, sociais e profissionais, prevendo infrações com grande relevância em cada um dos setores em causa: telecomunicações, sistemas de saúde, medicamentos, sistema financeiro, segurança aeronáutica, comunicação social, novas formas de consumo e de relações laborais, concorrência, energia, ambiente, águas e resíduos, por exemplo”¹⁷.

Portanto, nesta dicotomia, vislumbra-se a outra referida: contraordenações tradicionais e modernas¹⁸.

13 Monteiro, 2017: 220-221.

14 Dias, 2018a: 33-41. Dualidade que também é atribuída ao ramo do Direito em si, com características de Direito Penal e de Direito Administrativo, Dias, 2018a: 43.

15 Dias, 2018a: 34-36.

16 C. Pinto, 2002: 93.

17 C. Pinto, 2017: 244.

18 Dias, 2018a: 215-216.

Visto pelo prisma da legitimidade do Estado em promover e garantir a prossecução contraordenacional, as contraordenações surgem-nos com uma aparente unidade de natureza – isto é, o Estado tem legitimidade total, sem dependência da vontade de terceiros, para garantir aquela promoção e prossecução. Todo o ilícito contraordenacional é um ilícito de natureza pública.

Mas também só na aparência este facto é distintivo face ao Direito Penal. Na realidade, a divisão dos crimes entre públicos, semipúblicos e particulares ganha a sua expressão numa área que não se confunde com o direito contraordenacional – o direito penal clássico ou de justiça – sendo que aquele se relaciona intimamente é com o direito penal secundário¹⁹. Quanto a este, as contraordenações modernas partilham os mesmos bens jurídicos²⁰, situando-se, como refere Alexandra Vilela, “paredes-meias com os crimes” previstos no setor²¹.

O campo das contraordenações modernas é, por excelência, a área em que ocorre a tipificação de factos como contraordenação que têm dignidade penal mas que não apresentam necessidade de pena²².

Tais princípios – dignidade penal e necessidade de pena – “assumem uma vocação de legitimação material negativa, determinando quais os factos que não podem adquirir estatuto criminal, mas não impedindo a concessão de natureza contraordenacional a factos que, por possuírem dignidade penal, poderiam ser crime”²³.

Trata-se de uma área de “convergência material”, pois que o direito das contraordenações assume aqui a função de “tutelar bens jurídico-penais”, integrando “factos de dignidade penal”²⁴, mas em que a desnecessidade de pena os retira da órbita penal formal. É a “zona cinzenta das contraordenações «penais»”²⁵.

Campo no qual não se vislumbra uma diferenciação material ao nível do ilícito (que tem dignidade penal), reservando-se essa diferenciação, no

19 Cf. Vilela, 2013: 212, 231 e 235-237.

20 Dias, 2018a: 39.

21 Vilela, 2013: 231 e 306; 2015: 153.

22 Sobre a dignidade penal e desnecessidade de pena *vide* Vilela, 2013: 227 e ss. e 314-329. A A. apresenta certas codificações setoriais, nomeadamente na área da economia e ambiente, demonstrando a existência de contraordenações que têm como âmbito de protecção bens jurídico-penais.

23 Brandão, 2016: 460-464 e 941. *Vide* também Mendes, 2015: 130.

24 Brandão, 2016: 464 e 941.

25 Dias, 2018a: 55.

entender de Nuno Brandão, para o âmbito das sanções, em que nitidamente são de natureza qualitativa diferente – fundando-se aqui a “autonomia material entre o direito penal e o direito das contraordenações”²⁶.

É na área das contraordenações ditas modernas que se multiplicam os regimes especiais, quer a nível substantivo quer processual, que tiram a centralidade ao RGCO²⁷.

1.2. Na dimensão processual

A dualidade da dimensão substantiva está também plasmada a nível processual. Assim, as contraordenações tradicionais (*e.g.* contraordenações rodoviárias) obedecem a processos mais céleres, em que a investigação tem natureza facultativa, não sendo, pois, nem uma fase obrigatória nem autónoma, mas instrumental e determinada pela sua necessidade no caso²⁸. Já nas contraordenações modernas (*e.g.* energia, banca, concorrência), a investigação – que ganha corpo, em regra, numa fase de inquérito – tem carácter obrigatório, havendo um aumento de garantias²⁹. Estas contraordenações impregnam os domínios setoriais, nomeadamente o dos serviços de interesse económico geral, sistema económico-financeiro e a concorrência. Os regimes setoriais consagram, pois, diversas especialidades face ao RGCO, nomeadamente uma formalização acrescida na “fase administrativa” do processo, ainda que, por outro lado, se dê um maior relevo ao princípio da oportunidade processual e a mecanismos simplificados, e uma função mais ativa das autoridades reguladoras na “fase judicial” do processo contraordenacional³⁰.

A relevância da investigação nas contraordenações modernas materializa-se num conjunto alargado de “poderes de investigação” atribuídos às autoridades reguladoras, como será exemplo máximo os poderes da AdC (arts. 18.º a 20.º da LdC)³¹ e da ERSE (arts. 10.º a 12.º do RSSE).

²⁶ Brandão, 2016: 941.

²⁷ Para fazer face a tal, Silva Dias (2018a: 35) propõe a “criação de um regime punitivo e processual a «duas velocidades» com sede no RGCO”, precisamente fundado num critério formal relacionado com o limite máximo da coima.

²⁸ Dias, 2018a: 215.

²⁹ Dias, 2018a: 215-216.

³⁰ Bolina, 2009: 752-767.

³¹ Moniz *et al.*, 2016: 190, e Moutinho & Duro, 2017: 315 e ss..

Na dimensão específica que importa a este estudo – meios de obtenção da prova – também se apresentam especialidades relevantes, que recortaremos de seguida face ao regime geral.

a) Processo no RGCO

O RGCO compreende diversas normas relativas à matéria da prova: (i) uma respeitante especificamente a proibições de prova (art. 42.º); (ii) outras respeitantes à regulação de meios de prova (*e.g.*, os arts. 44.º e 52.º, relativos à prova testemunhal), outras ainda à regulação de meios de obtenção da prova (*e.g.*, o art. 48-A, relativo às apreensões). Compreende, ainda, uma norma corresponsiva à ideia essencial do art. 249.º do CPP, relativa a providências cautelares quanto aos meios de prova: “as autoridades policiais e fiscalizadoras deverão (...) tomar as medidas necessárias para impedir o desaparecimento de provas”, conforme art. 48.º, n.º 1, *in fine*.

Mas a norma central na temática que nos ocupa é o art. 42.º, com a epígrafe “meios de coação”.

O n.º 1 daquela disposição estabelece que “não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional”. Desconsiderando a desnecessária e despropositada referência à proibição de prisão preventiva³², que não vem aqui ao caso, o restante dispositivo estabelece aquilo que podemos designar como proibições absolutas de prova, nomeadamente, a apreensão de correspondência, a realização de escutas telefónicas e a prova que implique violação de segredo profissional – proibições absolutas face ao regime geral.

Já o n.º 2 daquela disposição define que “as provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue, só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito”. Estamos

32 Cf. Pereira, 2018: 124-126. Não obstante, há doutrina minoritária que da referência exclusiva à proibição de prisão preventiva conclui que as outras medidas de coação são suscetíveis de aplicação em processo contraordenacional, salvaguardada a sua aplicação judicial, e sustentando que tal *admissão implícita* é coerente com “o constante aumento da dimensão do mesmo ramo de direito intervindo em setores com uma importante e decisiva influência na vida económica e social em que potencialmente são aplicáveis sanções extremamente gravosas para pessoas e instituições”, Mendes & Cabral, 2009: 123. Mas não é assim, pois não só aquele artigo mantém a redação da versão originária de 1982, como a aplicação de medidas de coação do processo penal, que contendem de modo mais ou menos intenso com a liberdade, seriam irrazoáveis quando, no final, se trataria de aplicar sanções principais de cariz pecuniário, ainda que de montantes elevadíssimos. A justificar-se medidas de coação coerentes com a natureza do processo contraordenacional, nomeadamente relativas a suspensão preventiva de funções ou outras, carecem de previsão expressa, “por força do princípio da legalidade das medidas de coação”, Albuquerque, 2011a: 155.

perante proibições que podem ser afastadas mediante consentimento, nomeadamente a realização de buscas ou a utilização de registos audiovisuais, obtidos por videovigilância – proibições relativas face ao regime geral.

A classificação que fizemos, saliente-se, teve por referência o regime estabelecido no RGCO.

As restrições operadas pelo art. 42.º, n.º 1, do RGCO, referem Simas Santos e Lopes de Sousa, “derivam da ponderação entre os valores jurídicos afetados por tais meios probatórios e os interesses em jogo em matéria contraordenacional que, por serem de menor relevância que os protegidos pelo direito criminal, não justificam a restrição dos direitos constitucionais que a proteção dos valores protegidos pelo direito criminal pode justificar”³³. Ou seja, em geral, “o legislador entendeu que os interesses protegidos pela reserva da vida privada são superiores aos, eventuais, benefícios obtidos, em favor da investigação, através da violação dessa reserva”³⁴.

Mas ocorre que, como vimos supra, os interesses em matéria contraordenacional são muito diversos e de importância distinta, chegando a estar em causa bens consagrados constitucionalmente, quando não essenciais e de dignidade penal. Assim, desde logo a legislação setorial que compreende contraordenações em áreas de *convergência material* com crimes – factos com dignidade penal mas sem necessidade de pena – em que os valores protegidos pela contraordenação são idênticos aos protegidos pelos crimes, inviabilizam um entendimento genérico e uniforme quanto à ponderação de bens supra referida. Por outro lado, no que respeita à investigação, se em grande parte dos processos contraordenacionais que seguem o RGCO pouca ou nenhuma investigação há a fazer, o mesmo não se pode dizer quanto à legislação setorial. E a necessidade de investigação conduz à necessidade de meios de obtenção da prova, por estes serem instrumentais daquela. Vejamos.

b) Processo em legislação setorial

O legislador tem previsto meios intrusivos de obtenção da prova ou, de modo mais geral, que contendem com direitos pessoais, quer em certos setores contraordenacionais quer em legislação que, sendo também especial face ao RGCO, não se configura, em rigor, como setorial, mas respeitando a determinadas áreas específicas.

³³ Santos & Sousa, 2011: 330.

³⁴ Pereira, 2018: 125.

Ora, o regime geral aplicável às contraordenações pode ser afastado, tal como é instituído, por Lei ou DL autorizado (art. 165.º, n.º 1, al. *d*), da CRP), atento o princípio da especialidade. Tratar-se-á de legislação especial face a um regime geral – originando uma “cadeia de regimes” aplicáveis³⁵: (i) o regime especial; (ii) o RGCO, a título subsidiário; e, (iii) também subsidiariamente a este, “os preceitos reguladores do processo criminal”, nos termos do art. 41.º, n.º 1, do RGCO. Assim, em abstrato, e se a Constituição o permitir, pode legislação especial prever meios de obtenção da prova não consagrados no regime geral ou mesmo que face a este são proibidos (de modo absoluto ou relativo, como veremos).

A amplitude admissível dessa previsão especial tem de ser encontrada e fundar-se na Constituição, porquanto implique uma restrição de direitos, liberdades e garantias, estando sujeita a reserva de lei material e formal, corporizada em lei parlamentar ou decreto-lei governamental autorizado (arts. 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, al. *b*) da CRP)³⁶.

A previsão especial de meio de obtenção de prova intrusivo não previsto no RGCO é, assim, matéria de reserva relativa da Assembleia da República com um duplo fundamento: por se tratar de norma que vem dispor contra o regime geral das contraordenações, cuja matéria substantiva e processual, obedece àquela reserva (art. 165.º, n.º 1, al. *d*), da CRP); e, por se tratar de matéria relativa a direitos, liberdades e garantias (art. 165.º, n.º 1, al. *b*) da CRP), em concreto, uma sua restrição ou, em rigor, como veremos, uma *intervenção restritiva* (art. 18.º, n.º 2, da CRP).

Relativamente às proibições constantes na 2.ª parte do n.º 1 do art. 42.º do RGCO – a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação – tal tem enquadramento no art. 34.º, n.º 4, da CRP: “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Assim, aquela intromissão, materializada através da apreensão de correspondência ou da realização de escutas telefónicas, é constitucionalmente afastada do âmbito contraordenacional. Não pode, pois, uma lei vir a prever aqueles meios em processo contraordenacional, limitada que está constitucionalmente ao foro criminal. Quanto à parte final do n.º 1 do art. 42.º do RGCO – utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional – não se encontra proibição constitucional da sua

35 Albuquerque, 2011a: 153.

36 Cf. Canotilho & Moreira, 2014: 388 e 395-396.

utilização em processo criminal (onde excecionalmente pode ser quebrado, arts. 135.º, n.º 3, 136.º, n.º 2, e 182.º do CPP) nem contraordenacional. Assim, não está afastada a possibilidade de um regime especial estabelecer a possibilidade de revelação de dados cobertos por segredo ou sigilo³⁷. Desde logo, documentos cobertos por segredo profissional podem ser apreendidos se “constituírem objeto ou elemento da infração” (arts. 20.º, n.º 5, da LdC, e 12.º, n.º 5, do RSSE), bem como cobertos por sigilo bancário³⁸ (arts. 20.º, n.º 6, da LdC, e 12.º, n.º 6, do RSSE). Ademais, prevê-se a possibilidade de quebra do sigilo bancário no art. 63.º-B da Lei Geral Tributária, aprovada em anexo ao DL n.º 398/98, de 17 de dezembro³⁹, bem como das exceções ao dever de segredo consagrado no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), constante do DL n.º 298/92, de 31 de dezembro (arts. 78.º e 79.º). Aqueles dados (nomes dos clientes, contas de depósito e respetivos movimentos e outras operações bancárias, conforme art. 78.º, n.º 2) podem ser revelados a entidades como o Banco de Portugal, a CMVM e a ASF e utilizados em processo contraordenacional⁴⁰; e, apesar de a AdC não se encontrar naquele leque de entidades, a atual LdC prevê também a possibilidade de “exame de documentos protegidos pelo sigilo bancário”, salvaguardando as garantias judiciais⁴¹.

Assim, na realidade, apesar de as proibições de prova previstas no n.º 1 do art. 42.º do RGCO serem proibições absolutas face ao RGCO, somente as respeitantes à ingerência na correspondência ou nas telecomunicações ou outros meios de comunicação se afiguram, efetivamente, como absolutamente proibidas em processo contraordenacional, mas já não existindo uma garantia

37 Albuquerque, 2011a: 165.

38 O segredo bancário, que se liga a um “interesse *geral* do sistema bancário”, destina-se também à proteção do “interesse privado dos clientes”, no âmbito da reserva da sua vida privada; nos segredos profissionais, em geral, protege-se quer “a relação de confiança” profissional quer, também, a reserva da vida privada, cf. M. Pinto, 2018a: 616-618; 2018b: 664-666.

39 Albuquerque, 2011a: 166, e Santos & Sousa, 2011: 332.

40 Mendes & Cabral, 2009: 126. Para os A., ainda que inicialmente refiram que “a lei proíbe a violação do segredo profissional sem qualquer exceção”, face ao RGCO, é claro; acrescentam “que, pontualmente a lei consagra exceções a tal princípio consagrando por forma indireta uma obrigação de informação”, como se verifica no art. 79.º do RGICSF relativamente a dados cobertos protegidos pelo segredo. Ora, fica aqui bem patente que proibições de provas absolutas face ao RGCO podem ser afastadas em regimes especiais, desde que esses meios de prova ou de obtenção de prova sejam admissíveis face à Constituição em processo contraordenacional.

41 Moniz *et al.*, 2016: 221-222.

de inviolabilidade absoluta do segredo profissional, prevendo-se, pontualmente, possibilidade da sua afetação em legislação especial.

Já as proibições constantes do n.º 2 do art. 42.º do RGCO – “provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue” – as mesmas afiguram-se como relativas, na medida em que o consentimento torna-as admissíveis nos processos que sigam o regime geral, bem como aqueles que sigam regimes especiais, por também aí estarem previstas mediante consentimento ou por aplicação do RGCO como direito subsidiário.

Mas um aspeto é afigurarem-se como relativas pelo facto de o consentimento afastar a sua inadmissibilidade, outra questão é se fora de um quadro de consentimento podem ser especialmente previstas.

Quanto aos exames corporais e à prova de sangue, que configuram uma afetação não só do direito à reserva da vida privada, mas também, e em específico, à integridade pessoal dos visados, a sua previsão é inadmissível fora de um quadro de consentimento⁴². Assim é, porque a afetação daquele domínio pessoal não encontra justificação nos fins prosseguidos pelo Direito de Mera Ordenação Social, sendo constitucionalmente vedada pelo princípio da proporcionalidade.

Quanto às provas que colidam com a reserva da vida privada, nomeadamente a questão de saber se regimes especiais podem prever o seu recurso, a questão afigura-se mais complexa. No âmbito desta proibição, enquadra-se a realização de revistas, buscas ou utilização de registos de imagem e/ou som captados por videovigilância⁴³.

42 No que se refere à prova de sangue e exames corporais, podemos considerar a realização de testes para aferir a taxa de álcool no sangue, quer por ar expirado quer por prova de sangue, ou para aferir o estado de influenciado por substâncias psicotrópicas, bem como a realização de exames, conforme art. 81.º e 152.º e ss do Código da Estrada, aprovado pelo DL n.º 114/94, de 3 de maio. Mas nenhuma especialidade há face ao RGCO, isto é, mesmo quando são realizados por haver uma suspeita da prática da contraordenação respetiva, dependem de consentimento, i.e., da vontade e colaboração do visado. Caso o condutor se recuse a realizar o teste, então incorre no crime de desobediência (art. 348.º, n.º 1, al. a), do CPP e art. 152.º, n.º 3, do CE), não sendo possível realizar qualquer diligência de prova para apurar o seu real estado. Sobre isto, fundando na segurança rodoviária a realização dos testes, mas considerando-os meios de obtenção de prova criminal ou contraordenacional e não julgando inconstitucional a solução adotada quanto ao cometimento do crime de desobediência pela recusa de submissão aos mesmos, à face do art. 32.º, n.º 8, da CRP, ainda que comportem uma restrição do direito à reserva da vida privada e à integridade pessoal *vide* Ac. TC n.º 397/2014, de 7 de maio, com referência a diversa jurisprudência constitucional anterior.

43 Quanto às implicações da videovigilância no direito à reserva da vida privada e à imagem, mesmo em espaços públicos, *vide* M. Pinto, 2018a: 605-606; 2018b: 666.

Vejamos, os registos de imagem e som captados pelos sistemas de video-vigilância instalados nos recintos onde decorram espetáculos desportivos podem ser usados como prova das contraordenações no âmbito dos ilícitos contraordenacionais associados à violência no desporto, conforme arts. 18.º, n.os 2 e 6, e 8.º, n.º 1, al. *u*), do Regime Jurídico da segurança e combate ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, estabelecido pela Lei n.º 39/2009, de 30 de julho, na redação dada pela Lei n.º 113/2019, de 11 de setembro⁴⁴. Mas, quanto ao espetador, o consentimento na recolha de imagem e som é, desde logo, uma condição de acesso ao recinto desportivo, conforme art. 22.º, n.º 1, al. *b*), daquele regime.

No que respeita às revistas, prevêem-se, por exemplo, no âmbito do consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, podendo ser realizadas, sem consentimento, ao consumidor; sem consentimento e, aliás, sem despacho do Ministério Público, diga-se (art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro). Um regime, pois, à semelhança da possibilidade de revista a suspeitos no âmbito criminal, como medida cautelar e de polícia, em casos de fuga iminente ou de detenção (art. 251.º, n.º 1, al. *a*) do CPP). Se considerarmos que até ao ano de 2000 o consumo de estupefacientes era crime, ocorrendo aí a sua descriminalização, verifica-se que a previsão da realização da revista não é mais do que a constatação de que para a deteção e prova da contraordenação é essencial a possibilidade de realização de revista e apreensão, sendo o caso, dos produtos estupefacientes⁴⁵. Verifica-se, aqui, que um mesmo meio de obtenção da prova previsto em processo criminal pode ser usado em processo contraordenacional, por razões de exigência prática quanto aos meios de prova para demonstração dos factos típicos (*i.e.*, a revista tendo em vista a apreensão de estupefaciente).

Definido este panorama genérico, focar-nos-emos, de seguida, na admissibilidade da previsão de buscas (domiciliárias) em âmbito contraordenacional.

44 A versão originária da Lei n.º 39/2009 previa apenas a possibilidade de utilização de registos de imagem e som em âmbito penal, tendo sido a partir da segunda alteração àquele diploma, operada pela Lei n.º 52/2013, de 25 de julho, que foi prevista a possibilidade da sua utilização em processo contraordenacional, possibilidade que se manteve aquando da recente terceira alteração, através da Lei n.º 113/2019, de 11 de setembro.

45 *Vide* Valente, 2005a: 29-30, referindo-se o A. a uma diversa legitimação da realização das revistas após a descriminalização do consumo, suportando-a no “despistar a suspeita” face ao crime e “na preservação das provas da contraordenação”, mas também em razões de “segurança física”.

2. BUSCAS DOMICILIÁRIAS EM LEGISLAÇÃO SETORIAL

A consagração da possibilidade de realização de buscas em domínios setoriais tem sido uma tendência. Esta tendência manifesta-se quer nos domínios dos serviços de interesse económico geral quer no sistema económico-financeiro, e por uma dupla via: quer através dos seus próprios regimes quer através do regime transversal que é o domínio da concorrência.

No âmbito do RGICSF, o art. 215.º, n.º 1, estabelece que “quando necessária à averiguação ou à instrução do processo, pode proceder-se a buscas a quaisquer locais e à apreensão de quaisquer documentos e equipamentos, bem como determinar-se o congelamento de quaisquer valores, independentemente do local ou instituição em que se encontrem, devendo os valores apreendidos ser depositados em conta à ordem do Banco de Portugal, garantindo o pagamento da coima e das custas em que venha a ser condenado o arguido”. Por sua vez, o art. 215.º, n.º 2, referindo-se especificamente às buscas domiciliárias, estabelece que “as buscas e apreensões domiciliárias são objeto de mandado judicial”. Já o n.º 4 especifica que “tratando-se de busca em escritório de advogado, em escritório de revisores oficiais de contas ou em consultório médico, esta é decretada e realizada, sob pena de nulidade, pelo juiz de instrução, nos termos de legislação específica”. Podem ainda ser realizadas buscas a entidades não sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, dependentes de autorização da autoridade judiciária competente (art. 215.º, n.º 5), juiz de instrução ou Ministério Público, conforme se trate de busca domiciliária ou não domiciliária. Mas o art. 215.º, n.º 5, exceciona as situações previstas no art. 126.º, no qual se estabelece, no seu n.º 1, que “quando haja fundadas suspeitas de que uma entidade não habilitada exerce ou exerceu alguma atividade reservada às instituições de crédito, pode o Banco de Portugal exigir que ela apresente os elementos necessários ao esclarecimento da situação, bem como realizar inspeções no local onde indiciariamente tal atividade seja ou tenha sido exercida, ou onde suspeite que se encontrem elementos relevantes para o conhecimento da mesma atividade”.

Da análise deste regime, ressalta a falta de densificação ou de diferenciação de pressupostos para a realização ou requerimento de realização de buscas domiciliárias.

Já no âmbito dos serviços de interesse económico geral, em específico, no setor energético, a ERSE pode “proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte das entidades reguladas ou outras pessoas coletivas, à busca, exame, recolha e apreensão de valores, objetos, extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se

mostrem necessárias à obtenção de prova”, conforme art. 10.º, n.º 1, al. *c*), do RSSE. As buscas não domiciliárias assim realizadas dependem de mandado da autoridade judiciária competente (art. 10.º, n.º 2), portanto a ser solicitado previamente (art. 10.º, n.º 3) e que será notificado ao visado no momento da busca (art. 10.º, n.ºs 4., al. *b*) e 7). Na realização das buscas, a ERSE pode solicitar o apoio das entidades policiais (art. 10.º, n.º 6) e elabora auto da diligência (art. 10.º, n.º 8). Especificamente quanto a buscas domiciliárias, o art. 11.º, n.º 1, do RSSE, prevê que “existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores das entidades reguladas ou outras pessoas coletivas, provas da prática de atos suscetíveis de enquadrar uma contraordenação prevista nos artigos 28.º e 29.º, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada previamente, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da ERSE”. A ERSE, no seu requerimento, tem de “mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da entidade envolvida e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização” (art. 11.º, n.º 2), sendo que o juiz de instrução pode ordenar que sejam fornecidas informações sobre quaisquer elementos necessários para o controlo da proporcionalidade da busca domiciliária (art. 11.º, n.º 3). A busca apenas pode ser efetuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade (art. 11.º, n.º 6). Se se tratar de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, o juiz acompanha a diligência, sob pena de nulidade, tendo de avisar previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, que pode ele próprio ou um seu delegado estar presente na diligência (art. 11.º, n.º 7). E também podem ser realizadas buscas em estabelecimentos bancários, como se infere diretamente do art. 12.º, n.º 6, sendo que a apreensão de documentos tem de ser efetuada pelo juiz de instrução. Mas aquele art. 11.º prevê também buscas não domiciliárias, que aqui são especificadas por se referirem a “locais, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de entidades reguladas ou outras pessoas coletivas”, sendo que o seu regime é o dessa norma, com as necessárias adaptações (art. 11.º, n.º 8), o que significa, desde logo, que a autoridade judiciária competente para autorizar ou ordenar a diligência é, aqui, o Ministério Público.

Mas as buscas domiciliárias são suscetíveis de realização em todo o setor económico ao abrigo da Lei da Concorrência, posto que esta Lei se aplica “a todas as atividades económicas exercidas, com caráter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo”, conforme art. 1.º da LdC.

A LdC prevê que a AdC possa, no âmbito dos seus poderes sancionatórios, “proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova” (art. 18.º, n.º 1, al. c), da LdC)⁴⁶. Essas diligências, nomeadamente as buscas, estão dependentes de decisão da autoridade judiciária competente (art. 18.º, n.º 2), devendo ser solicitadas previamente, em requerimento fundamentado (art. 18.º, n.º 3, da LdC). A decisão da autoridade judiciária a ordenar ou autorizar a busca é notificada ao visado no momento da sua realização (art. 18.º, n.ºs 4, al. b), 5 e 7). A AdC pode ter o apoio das entidades policiais (art. 18.º, n.º 6). E da busca será sempre lavrado um auto (art. 18.º, n.º 8).

Especificamente quanto a buscas domiciliárias, o art. 19.º, n.º 1, da LdC, estabelece que “existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da presente lei ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência”. A solicitação da busca tem de ser feita em requerimento onde se mencione “a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização” (art. 19.º, n.º 2). Ademais, o juiz de instrução, para um adequado controlo da proporcionalidade quanto à diligência, pode ordenar à AdC a prestação de informações sobre os elementos necessários para apurar dessa proporcionalidade (art. 19.º, n.º 3). A busca domiciliária apenas pode ser realizada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade (art. 19.º, n.º 6). Caso se trate de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, o juiz de instrução acompanha a diligência, sob pena de nulidade, informando previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, que pode, ele

46 É neste preceito que se enquadra a busca à sede das pessoas coletivas, tal como já era entendido na vigência da Lei n.º 18/2003, que não consagrava buscas domiciliárias, mas em que as primeiras eram subsumíveis ao então art. 17.º, n.º 1, al. c), tidas, pois, como buscas não domiciliárias. *Vide* Costeira, 2007: 29, e Pareceres n.º 127/2004 e 86/1991 da Procuradoria-Geral da República, referidos pela A.. Sobre a constitucionalidade do art. 17.º, n.º 1, al. c), da anterior LdC, *vide* Ac. do TC n.º 593/2008 e Ac. do TC n.º 596/2008.

próprio ou um seu delegado, estar presente (art. 19.º, n.º 7)⁴⁷. E apesar de não estarem expressamente referidas no art. 19.º, também podem ser realizadas buscas em estabelecimentos bancários (art. 20.º, n.ºs 6 e 7)⁴⁸, devendo obedecer aos requisitos do art. 19.º e não do art. 18.º, n.º 1, al. c) da LdC⁴⁹.

Não obstante a sua epígrafe, o art. 19.º, n.º 8, prevê a aplicação desse regime, com as necessárias adaptações, a “buscas a realizar noutros locais, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas” (art. 19.º, n.º 8), portanto locais associados a pessoas que têm aquela qualidade. Quando se tratarem de buscas não domiciliárias, a autorização compete, pois, ao Ministério Público.

Aliás, tal como previsto expressamente no art. 21.º da LdC, onde se estabelece que “é competente para autorizar as diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e nos artigos 19.º e 20.º o Ministério Público ou, quando expressamente previsto, o juiz de instrução, ambos da área da sede da Autoridade da Concorrência”.

Os regimes referidos preveem buscas não domiciliárias e domiciliárias. Dando por assente a admissibilidade constitucional da previsão de buscas não domiciliárias no âmbito do direito contraordenacional^{50, 51}, importa refletir sobre as buscas domiciliárias.

A consagração destas resulta de uma razão bem prática: a necessidade de aceder a certas provas que se podem encontrar guardadas em domicílios⁵². Mas importa apurar se esta exigência prática se compadece com a Constituição.

47 Apesar de a anterior Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho), na sua versão original ou posteriores, nunca ter previsto a possibilidade de buscas domiciliárias, a verdade é que já poderiam ter lugar neste domínio, realizadas pela Comissão Europeia, ao abrigo do art. 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002. Sobre os poderes da Comissão e relação com as autoridades nacionais, *vide* Wils, 2006: 3-24.

48 Moutinho & Duro, 2017: 330 e Anastácio & Alfafar, 2017: 349.

49 Moniz *et al.*, 2016: 217 e 222-223.

50 Acs. do TC n.ºs 593/2008 e 596/2008, ainda face ao art. 17.º da anterior LdC.

51 Cf. Loureiro, 2017: 235.

52 Veja-se o considerando n.º 34 da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018: “A experiência revela que há documentos das empresas que podem estar guardados nos domicílios privados dos dirigentes, membros dos órgãos de administração e outros membros do pessoal das empresas ou associações de empresas, em especial devido à crescente utilização de modalidades de trabalho mais flexíveis. A fim de assegurar a eficácia das inspeções, as autoridades administrativas nacionais da concorrência deverão ter competência para aceder a todas as instalações, incluindo domicílios privados, se estiverem em condições de demonstrar que existe uma suspeita razoável de que aí estejam guardados

2.1. Problemática e admissibilidade constitucionais

Questão essencial, porque prejudicial, é analisar a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias no Direito Contraordenacional. A nosso ver, tal problemática deve ser respondida em dois planos sucessivos. Em primeiro lugar, saber se a CRP proíbe ou admite, de modo expreso, a possibilidade de consagração desse tipo de diligências no Direito Contraordenacional, enquanto ramo do Direito. Em segundo lugar, plano que só se coloca obtida resposta positiva à admissibilidade, em abstrato, de buscas domiciliárias em âmbito contraordenacional, saber qual a extensão dessa admissibilidade. Isto é, sendo o Direito de Mera Ordenação Social um ramo de Direito sancionatório público (não penal) com uma assinalada diversidade de matéria punível e de gravidade das coimas – a sua dualidade – descortinar se aquela admissibilidade não estará, na origem, limitada constitucionalmente a certos setores das contraordenações.

As buscas domiciliárias são diligências intrusivas da esfera pessoal dos seus visados e ofensoras da reserva da sua vida privada e familiar, em geral, e, em especial, da inviolabilidade do domicílio, direitos que se constituem como direitos, liberdades e garantias (arts. 26.º e 34.º da CRP)⁵³.

Aliás, no Direito internacional e regional, o respeito pela vida privada e familiar surge consagrado nas mesmas disposições que o respeito pelo domicílio, antecedendo, lógica e textualmente, este (*vide* art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia)⁵⁴.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1, da CRP) encontra, assim, uma sua proteção específica – ainda que parcial⁵⁵ – na garantia de inviolabilidade do domicílio, estabelecida no art. 34.º, n.º 1, da

documentos das empresas suscetíveis de serem relevantes para provar uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE”.

53 Cf. Valente, 2005b: 301; 2005a: 105, e, referindo-se expressamente ao âmbito contraordenacional, salientando o facto de a intromissão ser feita por autoridade administrativa, não obstante a autorização judicial, *vide* Moutinho & Duro, 2017a: 327.

54 Nos dispositivos que apresentam epígrafes, estas referem-se ao direito ao “respeito pela vida privada e familiar” (cf. art. 8.º CEDH e art. 7.º CDFUE). Na CRP, a fórmula usada corresponde a “reserva da intimidade da vida privada e familiar” (art. 26.º, n.º 1). A expressão “intimidade” não confere aqui nem retira qualquer conteúdo ao direito, mas poderá ser importante na graduação da “gravidade da ofensa ou para resolver o conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, M. Pinto, 2018b: 657-658.

55 Pois o direito à reserva da intimidade da vida privada não se limita à inviolabilidade do domicílio, cf. M. Pinto, 1993: 546-547.

CRP, configurando-se, nas palavras de Germano Marques da Silva e de Fernando Sá, como um “regime especial de tutela”, materializado num “direito subjetivo público de conteúdo negativo”^{56,57}.

Trata-se de “uma inviolabilidade de princípio”, que comporta restrições relevantes⁵⁸. As exceções a essa inviolabilidade, configuradas em abstrato, cujos regimes hão-de ser concretizados em lei, surgem previstas nos n.ºs 2 e 3 do mesmo art. 34.º da CRP.

Importa atender à letra constitucional.

No art. 34.º, n.º 2, estabelece-se que “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei”.

Por sua vez, o n.º 3 estabelece que “ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”.

A questão é saber se fora de um quadro de consentimento – contra a vontade, portanto⁵⁹ – pode a lei estabelecer a possibilidade de buscas domiciliárias em âmbito contraordenacional⁶⁰.

56 Silva & Sá, 2017: 549.

57 Como refere Jorge Miranda, a consagração da inviolabilidade de domicílio nem sempre esteve diretamente relacionada com a intimidade da vida privada, tendo inicialmente estado relacionada com a instituição “família”. Em Portugal, a previsão dessa inviolabilidade ocorreu em todas as anteriores Constituições, quer monárquicas (1822, 1826 e 1838) quer republicanas (1911 e 1933), como expressão de “um imperativo de direito natural” cf. Miranda, 1974: 404-406, 410 e 419.

58 Canotilho & Moreira, 2014: 540.

59 Seguimos o entendimento de Marques da Silva e Fernando Sá (2017: 555-556) que consideram que aquelas expressões – consentimento e vontade – apresentam igual significado final, sendo as “duas faces de uma mesma realidade”, porquanto o consentimento manifesta a vontade, ou seja, esta é exteriorizada por aquele. Sugerindo interpretação diversa, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2014: 541-542) referem que “o consentimento exigido para a entrada no domicílio durante a noite parece indiciar uma maior exigência quanto à manifestação de vontade do titular. Trata-se, porém, em qualquer dos casos, de uma exigência de acordo do titular do direito”. Ora, o regime processual penal das buscas domiciliárias mediante consentimento do visado demonstra que não existem diversos graus de manifestação de vontade quanto a buscas diurnas ou noturnas.

60 Não sendo certo, contudo, que com consentimento possam sempre ser feitas, Moniz *et al.*, 2016: 211-212. Quanto a nós, a existência de consentimento não afasta a exigência de proporcionalidade, *in casu*.

Trata-se, aqui, em rigor, de uma “afetação individual de direitos” ou “intervenção restritiva”, que constituindo uma tipologia de restrição, em geral, se distingue de um conceito estrito de restrição de direitos⁶¹.

Aquelas normas constitucionais, com os respetivos pressupostos e garantias, concretizados em lei, vêm materializar intromissões válidas no domicílio que “atingem apenas certas e determinadas pessoas e por causas que, individualmente, lhes respeitam”; no caso, fundando-se na conexão com comportamentos ilícitos e no interesse público⁶².

Ora, nem as disposições dos n.ºs 1 e 2 do art. 34.º, nem a sua epígrafe, fazem qualquer referência ao âmbito criminal ou contraordenacional.

Já no n.º 3 surge especificada a entrada no domicílio durante a noite reservada a matéria criminal, atenta a ainda maior danosidade dessa ação, havendo aqui dois aspetos a referir. Por um lado, é reafirmada e reforçada a garantia de inviolabilidade do domicílio, especificamente no período noturno (1.ª parte do preceito), por outro, concretiza-se que a exceção fica reservada ao âmbito criminal e de modo restrito, apenas em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (2.ª parte do preceito).

Ora, qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias tem de estar expressamente prevista na Constituição (art. 18.º, n.º 2, da CRP). Como salienta Jorge Miranda, as várias dimensões do “princípio do caráter restritivo das restrições” são aplicáveis a qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias, incluindo as designadas intervenções restritivas⁶³.

Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam que “toda a restrição tem de estar expressamente credenciada no texto constitucional, tornando-se portanto necessário que a admissibilidade da restrição encontre nele *expressão suficiente e adequada* (parecendo de admitir, porém, que a previsão não necessita de ser *direta* para ser *expressa*)”⁶⁴. Tal como se exige “suficiente e adequada expressão” na Constituição do direito, interesse ou bem que se visa salvaguardar⁶⁵.

De tudo isto, resulta absolutamente claro que, em âmbito contraordenacional, não é possível a entrada no domicílio durante a noite, através de

61 Miranda, 2017: 471-472.

62 Miranda, 2017: 471-472.

63 Miranda, 2017: 466-467 e Miranda & Silva, 2017: 257-259.

64 Canotilho & Moreira, 2014: 391.

65 Canotilho & Moreira, 2014: 392.

autorização judicial, por tal resultar constitucionalmente proibido de modo expresso, ainda que num raciocínio *a contrario*, uma vez que a exceção está reservada ao âmbito criminal.

Resta a questão quanto ao período diurno.

Ora, a acrescer ao já analisado, apenas o n.º 4 do art. 34.º volta a reservar ao âmbito criminal as exceções quanto, agora, à proibição de ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, atento o grau de intromissão na esfera pessoal e privada que aqueles meios traduzem.

É certo que o n.º 2 do art. 34.º não se limita ao âmbito criminal⁶⁶. Mesmo a doutrina que nega a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em matéria contraordenacional concorda que aquela garantia e o âmbito da sua exceção abarca realidades fora do âmbito criminal e fora da noção de busca, dando exemplos até de foro cível⁶⁷. Será certo que sim, mas é inegável a associação de todo o artigo à matéria da prova de determinado ilícito, atentos os n.ºs 3 e 4 e a sua localização.

Em termos sistemáticos⁶⁸, o art. 34.º surge após um artigo referente à expulsão, extradição e direito de asilo, que compreende situações absolutamente fora do âmbito criminal ou que com ele podem não ter qualquer relação (direito de asilo e a expulsão, respetivamente), encerrando uma sequência de artigos específica e exclusivamente dedicados àquela matéria (arts. 28.º a 31.º da CRP). Alargando aquele leque de artigos, compreendendo matéria não exclusivamente criminal, mas a ela se dedicando especialmente, poderíamos considerar os arts. 27.º e 32.º. Se todo o art. 34.º se referisse somente ao âmbito criminal, dada a sua relação com a matéria da prova, deveria estar colocado imediatamente após o art. 32.º, com a epígrafe “Garantias de processo criminal” e onde se tem uma disposição sobre as proibições de prova (atual n.º 8). Não se ignora que na versão original da Constituição o art. 33.º se referia ao direito à identidade, ao bom nome e à intimidade, fazendo

66 Cf. Canotilho & Moreira, 2014: 542.

67 Cf. Loureiro, 2017: 240, em que a A. refere caberem “hipóteses de entrada no domicílio que não as levadas a cabo por força de um processo penal, mas que não correspondem a buscas: pense-se, desde logo, no caso da realização de uma penhora em processo executivo (art. 757.º do Código de Processo Civil) ou de uma inspeção tributária (art. 63.º da Lei Geral Tributária)”.

68 Relativamente à importância “de uma correta interpretação objetiva e sistemática da Constituição” na análise da previsão e consagração de restrições de direitos fundamentais, com alcance superior ao sentido usado supra vide Miranda & Silva, 2017: 270. Ainda quanto à importância “de uma leitura sistemática da Constituição” no âmbito específico da inviolabilidade do domicílio, vide Silva & Sá, 2017: 550.

sentido seguir-se-lhe a garantia e as exceções da inviolabilidade de domicílio. Mas com a reorganização sistemática que se lhe seguiu, nas alterações da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro (primeira revisão constitucional), passando o art. 33.º a se referir à extradição, expulsão e direito de asilo, a estar reservado a disposição em análise ao foro criminal, bem deveria ter ocupado essa posição. Tanto mais quanto nesse momento o art. 32.º dizia respeito unicamente ao processo criminal, quer textualmente quer por o DL n.º 232/79 estar sem aplicação prática. Ou isso, ou para quem queira dar relevância aos casos abrangidos por aquele artigo que não de matéria criminal (mas não admitindo a contraordenacional) – entrada no domicílio para fins que não de prova em processo sancionatório – bem deveria ter acompanhado a norma referente ao direito à identidade, ao bom nome e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (que então passou a constituir o art. 26.º, com a epígrafe ainda atual “Outros direitos pessoais”).

Já numa perspetiva puramente histórica, não serve dizer que o art. 34.º da CRP não pode contemplar matéria contraordenacional, por ainda não haver Direito de Mera Ordenação Social em 1976. Ora, aquele artigo, desde a sua versão original, foi já objeto de diversas alterações, nomeadamente em 1997 e 2001. Só na alteração operada pela Lei Constitucional n.º 1/2001 (quinta revisão constitucional), se acrescentou a exceção à inviolabilidade do domicílio no período noturno, fora de consentimento, reservando-a ao âmbito criminal, mas manteve-se a redação dos n.ºs 1 e 2, não reservando aqui as exceções ao âmbito criminal. Aquela norma foi pois já renovada em contexto de plena implementação e consolidação do ilícito de mera ordenação social em Portugal, quando até o art. 32.º já continha um número – o então n.º 8 – especificamente referido ao processo contraordenacional, introduzido pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho. Ainda em 1974, Jorge Miranda alertava para uma crescente relevância da inviolabilidade de domicílio face à intervenção do Estado na vida em sociedade pela via administrativa, havendo que salvaguardar aquela garantia através de “exigências legítimas do interesse público”, salientando a importância que tal garantia deveria vir a obter, desde logo, ainda nesse século⁶⁹. A criação do Direito de Mera Ordenação Social e as previsões posteriores de buscas domiciliárias nesta sede deram corpo àquela premonição.

Assim, as exceções à inviolabilidade de domicílio previstas no n.º 2 do art. 32.º da CRP tanto podem estar previstas em lei relativa a processo

69 Miranda, 1974: 404-405 e 409.

criminal como a processo contraordenacional, encontrando-se naquela norma constitucional a expressa previsão dessas restrições – *expressa* mas não *direta*, quer para uma realidade quer para a outra. Claro que se poderá advogar que numa leitura integrada do n.º 2 com o n.º 3, a restrição seria, para ambas, somente no âmbito criminal. Mas tal argumento ignora que até à revisão constitucional de 2001, quer o n.º 2 quer o n.º 3 não referiam na sua letra o âmbito criminal, e não era por isso que se negava a admissibilidade de buscas domiciliárias no processo penal ou que se entendia que esta restrição não estava expressa na Constituição. É realçando aquela revisão constitucional – que deixou de considerar a inviolabilidade “absoluta” do domicílio durante a noite – que Germano Marques da Silva e Fernando Sá defendem que as buscas domiciliárias diurnas não se limitam ao âmbito criminal⁷⁰.

Deste modo, a CRP admite que por autorização de autoridade judicial, de acordo com a sua previsão em lei, existam buscas domiciliárias diurnas em Direito Contraordenacional. Isto é, o comportamento ilícito que está na base da justificação da afetação da proteção e inviolabilidade do domicílio pode ser, em abstrato, resultante de uma conexão da medida com um ilícito contraordenacional.

Mas impõe-se, de imediato, um segundo plano de análise: descortinar se essa admissibilidade deve ter-se por genérica ou, logo originariamente, limitada a certos âmbitos contraordenacionais.

Exige-se, aqui, uma ponderação de valores em conflito logo na sua previsão pelo legislador (ingerência na reserva da vida privada em confronto com os fins prosseguidos pelo Direito de Mera Ordenação Social, *in casu*, isto é, o bem protegido em concreto)⁷¹. Ora, aquelas afetações de direitos, para além da conexão com comportamentos ilícitos, justificam-se por um interesse público. O interesse público subjacente – o interesse na persecução e responsabilização contraordenacional – tem de ser suficientemente forte para justificar aquelas intromissões no âmbito da reserva da vida privada, o que só se verificará nos âmbitos contraordenacionais que tutelem bens jurídicos com suficiente previsão constitucional. Trata-se de respeitar a salvaguarda de outros interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2, parte final) – *i.e.*, “a reserva constitucional de bem” – com suficiente e

70 Silva & Sá, 2017: 559. Vide também Moniz *et al.*, 2016: 209, nota 54, e Moutinho & Duro, 2017: 326.

71 Dando relevo à natureza dos bens jurídicos protegidos pelas infrações e aos seus efeitos sistémicos, Moutinho & Duro, 2017: 327.

adequada expressão na Constituição, capazes, pois, de “suportarem” a restrição do direito fundamental⁷². Este critério – que o interesse salvaguardado consista num bem jurídico-constitucional protegido pela contraordenação em investigação – deve ter-se por critério de constitucionalidade quanto à previsão de buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional. É nestes termos que julgamos que a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional tem-se constitucionalmente limitada ao domínio dos regimes especiais setoriais (que compreendam as ditas “contraordenações modernas”), abarcando, em especial, os respeitantes aos serviços de interesse económico, o setor económico-financeiro e a concorrência.

Acresce referir, por força dos arts. 8.º e 16.º da CRP, que o resultado a que chegámos é consentâneo com os instrumentos de direito internacional, regional e da União Europeia. Consentâneo, pois, com o art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e com o art. 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, posto que não se configuram como uma intromissão arbitrária no domicílio. Consentâneo também com o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que aquelas previsões ocorrem em âmbitos que visam, também, “o bem-estar económico do país” (art. 8.º, n.º 2, da CEDH). Por fim, consentâneo com os arts. 7.º e 52.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, permitindo-se restrições ao direito de respeito pelo domicílio se “necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros” – ora, os setores em estudo, dos serviços de interesse económico geral, sistema económico-financeiro e concorrência têm precisamente aquele estatuto de interesse geral reconhecido pela União. Aliás, o próprio Direito da União Europeia consagra a possibilidade de buscas domiciliárias naquele âmbito (art. 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002) bem como a necessidade de os Estados Membros preverem esses poderes nas respetivas legislações (art. 7.º da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018)⁷³. A regulação

72 Canotilho & Moreira, 2014: 392.

73 Sobre a relação entre a Comissão e as Autoridades da concorrência nacionais *vide* Wils, 2006: 3-24.

européia⁷⁴ teve, pois, também no âmbito dos meios intrusivos de obtenção de prova, uma influência marcante⁷⁵.

2.2. Princípios e critérios constitucionais e densificação legal

Vista e delimitada a admissibilidade, em geral, de buscas domiciliárias diurnas em âmbito contraordenacional, importa agora considerar quais os critérios legais e limites que se impõem na sua concreta previsão, consentâneos com as exigências constitucionais.

Em primeiro lugar, a lei tem de especificar os casos e formas em que podem ocorrer as buscas domiciliárias, com reserva de juiz quanto à sua autorização, como mínimo (art. 34.º, n.º 2, da CRP).

Quanto a este último aspeto, Damião da Cunha anota criticamente o *transporte* de conceitos construídos no processo penal para o processo contraordenacional, como entende ser o caso da referência a “autoridades judiciárias” no âmbito da Lei da Concorrência⁷⁶. Concretiza o A. que não pode aquela expressão ser utilizada tal como o é nos arts. 18.º e 20.º da LdC, por se tratar de um conceito do sistema processual penal sem paralelismo com o sistema contraordenacional, nomeadamente ao nível das suas fases, e em que certas competências que afetam direitos, liberdades e garantias lhe são conferidas no processo penal fundadas na sua “instrumentalidade funcional” ao exercício da ação penal, competência que lhe é constitucionalmente atribuída⁷⁷. Especificamente quanto à referência ao juiz de instrução, no âmbito da busca domiciliária (art. 19.º LdC), vem aquele A. criticar esta previsão na LdC por entender que não há juiz de instrução fora da atuação em sede processual penal⁷⁸. Diz o A. que o juiz de instrução não pode ser um juiz que

74 Silva Sánchez (2015: 2) salienta os níveis sobrepostos em que assenta a regulação, incluindo um nível supranacional, quer através de *soft law* (e.g. recomendações) quer de *hard law*, onde se enquadra a legislação europeia, bem como o/os nível/is das legislações nacionais.

75 C. Pinto (2017: 248-249), notando na evolução do Direito de Mera Ordenação Social uma “confluência de matrizes diversas”, salienta que “é possível identificar novos impulsos a partir de 2002-2003, por via de uma crescente regulação europeia que trouxe exigências sancionatórias acrescidas, como, por exemplo, coimas mais elevadas, sanções variáveis em função do benefício económico obtido e do volume de negócios do infrator, sanções acessórias mais graves e diversificadas”.

76 Cunha, 2017: 85.

77 Cunha, 2017: 86-92.

78 Cunha, 2017: 97.

tenha à sua responsabilidade a “reserva dos direitos ou liberdades para todos os efeitos», um «juiz-reserva» universal”⁷⁹.

Não nos parece que este argumento vingue de modo decisivo. Na realidade, o A. pretende demonstrar que o legislador quis aproveitar indevidamente figuras do processo penal para o processo contraordenacional. Mas, na realidade, o legislador já há muito tempo que consagra a atuação do juiz de instrução em sede não penal, dando-lhe funções de autorização ou validação de medidas mais ou menos intrusivas, fora até de processos sancionatórios. É isto que acontece nos casos de autorização prévia ou de validação posterior de medidas de polícia (*e.g.*, realização de buscas e revistas sem suspeita da prática de crime), atos da competência do juiz de instrução do local de aplicação da medida de polícia (arts. 32.º, n.º 3, 33.º, n.ºs 1 e 3, e 29.º, al *a*), da Lei 53/2008, de 29 de agosto – Lei de Segurança Interna). E sem que a CRP fale da intervenção de juiz de instrução no âmbito das medidas de polícia (art. 272.º, n.º 2, da CRP).

Assim, a intervenção de juiz de instrução em sede não penal (sancionatório ou não, como se viu) não se constitui aqui como uma novidade absoluta e única, não se fundando, portanto, num paralelismo processual mas sim na afetação material de direitos, liberdades e garantias⁸⁰.

Em segundo lugar, os casos e formas em que pode ocorrer a intromissão na reserva da vida privada através da introdução no domicílio – busca domiciliária – na sua qualidade de “afetação de direito” ou “intervenção restritiva”, devem obediência ao princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP)⁸¹. Este princípio – designado como proibição do excesso ou proporcionalidade (em sentido lato) – configura-se, aliás, em qualquer Estado de Direito, diz-nos Jorge Novais, como “a referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos” em matéria de limites e atuações restritivas de direitos fundamentais⁸².

Tal princípio tem de ser respeitado na sua tripla vertente ou subprincípios: adequação (com o sentido objetivo de aptidão)⁸³, necessidade e proporcionalidade.

79 Cunha, 2017: 96.

80 De todo o modo, tendemos a concordar com o A. quando refere que a competência deveria ser de juiz do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, cf. Cunha, 2017: 98.

81 Cf. Miranda, 2017: 471-473.

82 Novais, 2019: 95-96.

83 Reis Novais (2019: 97) critica a utilização da expressão “adequação”, por tal resultar de uma tradução do alemão, ela sim, “inadequada”, conferindo-lhe “um cunho axiológico” que contende com a “objetividade” desse subprincípio, sendo a expressão correta “aptidão”.

lidade em sentido estrito da medida restritiva face aos fins visados de “salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos”⁸⁴.

Este princípio projeta-se para o legislador – seu “destinatário direto” – mas também para o aplicador da lei⁸⁵.

Quanto ao legislador, a sua manifestação deve ocorrer a um duplo nível: (i) na decisão sobre a previsão legislativa de buscas domiciliárias; e, (ii) na consagração da proporcionalidade na própria previsão legislativa⁸⁶.

No que respeita ao primeiro momento – decisão sobre a previsão legislativa – o legislador deve ponderar se a busca domiciliária é idónea à recolha da prova da contraordenação, *i.e.*, só será admissível a sua previsão se atendendo ao tipo contraordenacional for possível vislumbrar a aptidão de meios de prova recolhidos através de busca domiciliária para a prova da contraordenação (adequação). Verificando-se essa abstrata possibilidade de idoneidade, deve exigir-se que não possam, *a priori*, vislumbrar-se outros meios de prova que, de modo acessível, necessariamente existirão, atendendo ao tipo contraordenacional e que, por si, dispensarão prova obtida de modo (mais) intrusivo (necessidade). Contudo, será a proporcionalidade em sentido estrito que se revela a mais relevante neste primeiro momento. O princípio da proporcionalidade impõe aqui a limitação dos meios intrusivos à investigação das contraordenações graves ou muito graves, como refere Pinto de Albuquerque na esteira de Göhler⁸⁷. Esta limitação deve ser considerada e estabelecida pelo legislador. Isto é, se limitámos, em regra, a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em processo contraordenacional aos regimes setoriais, ainda assim, nesses âmbitos, aquelas estão reservadas constitucionalmente ao âmbito das contraordenações graves e muito graves, por força do art. 18.º, n.º 2, da CRP, ponderação que cabe ao legislador e não às autoridades administrativas e judiciais, no caso⁸⁸. Trata-se de uma “ponderação de bens” em

84 Canotilho & Moreira, 2014: 392 e Miranda & Silva, 2017: 274-280. Criticando uma mera perspetiva clássica do princípio da proporcionalidade, Novais, 2019: 95-145.

85 Cf. Miranda & Silva, 2017: 257-259.

86 Falamos aqui, pois, de diversos “momentos de ponderação e controlo inelimináveis no recortar de todas as restrições”, cf. Miranda & Silva, 2017: 271., que os AA. destacam a partir da construção de Novais, 2010.

87 Albuquerque, 2011a: 164-167.

88 Concordamos aqui, só na partida, não na conclusão, com Flávia Loureiro (2017: 240-241), quando refere que “fundamental, na verdade, para que se possa aferir da possibilidade de utilização de uma busca domiciliária – como de qualquer outro meio restritivo de direitos, liberdades e garantias, aliás – é o juízo de ponderação entre o bem que se pretende proteger e aquele que se sacrifica”. A A. nega a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional.

que é necessário confrontar o bem ou direito objeto de intervenção restritiva (no caso, a reserva da vida privada) com o “bem constitucional que dir-se-ia justificar essa mesma intervenção legislativa restritiva”⁸⁹.

Se em âmbito criminal as buscas domiciliárias diurnas não estão legalmente limitadas a um catálogo de crimes (arts. 174.º, n.º 2, e 177.º, n.º 1 do CPP)⁹⁰, ao passo que um especial cuidado na proporcionalidade determinou esse catálogo quanto a buscas domiciliárias noturnas (art. 177.º, n.º 2, do CPP)⁹¹, já no âmbito contraordenacional a proporcionalidade determina – logo nas buscas domiciliárias diurnas, as únicas permitidas – a previsão de um catálogo preciso de infrações.

Isto é, se no processo criminal a ponderação de prevalência de interesses⁹² entre o “interesse punitivo do Estado” face aos direitos fundamentais está confiado, em primeiro plano, ao juiz, na apreciação do caso⁹³ – sendo isto somente verdade na busca domiciliária diurna, que não obedece a um catálogo de crimes – já no âmbito contraordenacional esta ponderação de interesses – de um lado, o interesse punitivo contraordenacional, de outro o respeito pela vida privada e familiar, através da inviolabilidade do domicílio – é matéria, em primeira linha, de ponderação do legislador – materializada em catálogo de infrações – e, já no âmbito dos casos concretos que ali se enquadrem, do juiz. Nestes termos, como, em geral, dizem Germano Marques da Silva e Fernando Sá, “qualquer previsão legal de entrada no domicílio deve ser devidamente fundamentada pela prossecução de um fim cuja importância justifique a compressão a este direito fundamental”, não se podendo tratar de “um qualquer interesse público menor”⁹⁴. Assim, o interesse público relacionado com matéria criminal – “interesse na realização da justiça”⁹⁵ – apresenta-se, em geral, como um interesse qualificado na justificação de intromissões na esfera privada domiciliar face ao interesse público da responsabilização contraordenacional. Não se pode tratar, pois, de toda e qualquer questão punitiva contraordenacional, no sentido de um atender somente às consequências

89 Miranda & Silva, 2017: 277.

90 Vide Andrade, 2013: 277-278 e Correia, 1999: 65-66.

91 Cf. Albuquerque, 2011b: 497-498.

92 Sobre o princípio da ponderação de interesses vide Andrade, 2013: 28-40.

93 Cf. Correia, 1999: 61.

94 Silva & Sá, 2017: 557.

95 M. Pinto, 1993: 566-567; 2018a: 640.

a infligir, mas sim numa legitimação material da medida⁹⁶ perante o bem constitucional protegido pela norma contraordenacional e a importância da finalidade repressiva e preventiva⁹⁷ da responsabilização contraordenacional do agente.

Em nossa opinião, esta ponderação está bem patente na LdC. Na realidade, as buscas domiciliárias foram aí limitadas às infrações aos arts. 9.º e 11.º da LdC e arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (art. 68.º, n.º 1, als. *a*), em parte, e *b*)), sendo excluídas do restante leque – extenso – previsto no art. 68.º da LdC. Não se pode, pois, concordar com Augusto Silva Dias quando refere que a LdC “não restringe a diligência probatória a um catálogo preciso de contraordenações graves”⁹⁸. As contraordenações eleitas corporizam a essência do regime da concorrência, ignorando até, discutivelmente, a infração ao art. 12.º, referente ao abuso de dependência económica, cuja figura, como nota Moniz (*et al.*), tem “escassa aplicação pela AdC”⁹⁹. Mas já se concorda, na plenitude, com o A., quando refere que a situação é problemática no âmbito do RSSE, ao prever-se buscas domiciliárias para recolha de prova das contraordenações previstas nos arts. 28.º e 29.º, pois “os dois preceitos preveem desde contraordenações muito graves a contraordenações leves”¹⁰⁰. Ora, de facto, referir que são admissíveis na investigação das contraordenações dos arts. 28.º e 29.º é o mesmo que prever a sua admissibilidade sem qualquer catálogo. Na realidade, aqueles dois preceitos esgotam todo o leque de contraordenações do diploma, pelo que nenhum juízo de ponderação ou de proporcionalidade foi feito pelo legislador.

Nestes termos, julgamos que o art. 11.º, n.º 1, do RSSE deve ter-se por inconstitucional na interpretação de que permite buscas domiciliárias por contraordenações classificadas como leves, por violação do princípio da proporcionalidade¹⁰¹.

96 Cf., ainda que em âmbito penal, Andrade, 2013: 28-40, com referência a diversos AA. e teses.

97 Sobre as funções ou fins das coimas, e a associação da função confiscatória à finalidade preventiva, *vide* Dias, 2018a: 165-166, Palma & Otero, 1996: 562-564 e Vilela, 2013: 364-367.

98 Dias, 2018a: 219.

99 Moniz *et al.*, 2016: 17.

100 Dias, 2018a: 219-220.

101 Ainda mais problemática, a este nível, merecendo igual juízo, é a situação no âmbito do RGICSF, cujo art. 215.º, n.º 2, se limita a afirmar que “as buscas e apreensões domiciliárias são objeto de mandado judicial”, sem que a medida surja delimitada por qualquer catálogo ou sequer prevista qualquer outra diferenciação ao nível de pressupostos e requisitos relativamente a buscas não domiciliárias.

Para finalizar este primeiro momento, dir-se-á ainda que as buscas domiciliárias apenas se justificarão e se apresentarão como toleráveis, quando as coimas potencialmente aplicáveis sejam de um elevado montante. Seria constitucionalmente incompreensível, por de tão grande desproporção, permitir-se buscas domiciliárias para a prova de contraordenações puníveis com coimas cujos limites se situassem, por exemplo, dentro dos previstos no RGCO, que, como sabemos, não permite buscas domiciliárias por ordem ou autorização judicial. Quer se considere que um dos objetivos da “ponderação de bens” é evitar “soluções (...) irrazoáveis ou irracionais”¹⁰², quer se considere, no seio do princípio da proibição do excesso, a existência ou necessidade de um “controlo de razoabilidade”¹⁰³ – *i.e.*, autónomo, paralelo, diverso e que acresce ao controlo da proporcionalidade em sentido estrito, não ligado, pois, a uma metodologia de ponderação de bens – aquela perspetiva impõe-se.

Mas saber-se o significado do montante da coima carece de ser visto à luz das coimas previstas na respetiva legislação setorial. O sancionamento do comportamento numa moldura de coima elevada, considerando a moldura praticada no setor, expressará, também, a gravidade do ilícito contraordenacional¹⁰⁴ e constituir-se-á como um indicador do peso e valor atribuído ao bem protegido pela norma que prevê a contraordenação.

No que respeita ao segundo momento – a consagração da proporcionalidade – a lei tem de conter, de modo expresso e preciso, as condições em que a busca se terá por admissível, quer as respeitantes à sua ordem ou autorização quer as respeitantes à sua realização, tornando-a sindicável¹⁰⁵.

Abordando a possibilidade de realização de buscas domiciliárias no âmbito da concorrência, Flávia Loureiro¹⁰⁶ considera que o art. 19.º da LdC não cumpre as exigências de proporcionalidade qualificadas que sempre se justificariam: por um lado, porque aparentando ser idêntica à norma do art. 177.º do CPP e estabelecendo requisitos iguais, aquela não ofereceria o mesmo grau de proteção desta; por outro, não exigiria quer a demonstração da essencialidade da prova a recolher quer a incapacidade de a recolher de outro modo.

102 Miranda & Silva, 2017: 277.

103 Novais, 2019: 128-145. O A. identifica o controlo da proporcionalidade e da razoabilidade como os dois domínios essenciais do princípio da proibição do excesso.

104 Cf. Palma & Otero, 1996: 561.

105 Cf. Silva & Sá, 2017: 558, Loureiro, 2017: 236-237 e Moutinho & Duro, 2017: 327.

106 Loureiro, 2017: 236-237.

Não podemos concordar com esta posição nem do ponto do qual parte: a comparação com o art. 177.º do CPP, qualificando-a como aparentemente “idêntica”.

Ora, a norma do art. 19.º da LdC não só não é idêntica, como estabelece um grau de concretização das condições de autorização da busca domiciliária muito superiores às previstas no art. 177.º do CPP, como, aliás, deve ocorrer.

A busca domiciliária no âmbito da LdC só poderá ser autorizada verificando-se: (i) fundadas suspeitas da existência de provas no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas – limita-se, pois, o leque de pessoas que podem sofrer a busca; (ii) provas que se reportem a uma violação dos arts. 9.º ou 11.º da LdC ou dos arts. 101.º a 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – limita-se, pois, a um catálogo de infrações que não esgota, muito pelo contrário, todas as contraordenações previstas no art. 68.º da LdC. Para além destes pressupostos, que já manifestam a preocupação de proporcionalidade do legislador quanto às infrações em que tal meio de obtenção de prova é admissível, a LdC assegurou a proporcionalidade e a densificação dos casos em que tal meio é admissível, através da apreciação ou juízo sobre os seguintes elementos: (i) gravidade da infração investigada; (ii) a relevância dos meios de prova procurados; (iii) o envolvimento das empresas ou associação de empresas; e, (iv) a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio. Para além disso, prevê-se expressamente que o juiz de instrução possa ordenar a prestação de outras informações sobre elementos necessários para o controlo da proporcionalidade (art. 19.º, n.º 3).

Como Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva ensinam, as leis que contenham intervenções restritivas de direitos fundamentais devem respeitar critérios de *densidade* e de *determinabilidade*, como corolário do “princípio da *reserva de lei restritiva*”: por um lado, que “contenham uma disciplina jurídica suficientemente desenvolvida e completa quanto aos pressupostos, quanto à configuração e quanto à extensão” daquelas intervenções; e, por outro, que “o sentido do texto legislativo seja preciso e inequívoco, de modo a que os seus destinatários possam compreender o respetivo conteúdo e prever com segurança o resultado da sua aplicação, designadamente *se e em que medida* vão ser afetados”¹⁰⁷. Neste âmbito, a determinabilidade – ainda que sustentada em princípios de Estado de Direito: segurança jurídica, reserva de lei e proibição do excesso – bem pode ser elevada, ela própria, como entende Jorge Novais, a

107 Miranda & Silva, 2017: 263.

princípio estruturante (autónomo) de Estado de Direito, permitindo a consideração daqueles fundamentos, não só de modo individual mas também global ou conjunto, conferindo, por este segundo modo, a relevância que a determinabilidade encerra¹⁰⁸.

Como se viu, o art. 19.º da LdC cumpre a densidade e determinabilidade exigidas.

Especificamente quanto à proporcionalidade, e ao contrário do que afirma Flávia Loureiro, o “juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade, em sentido estrito” está na LdC bem salvaguardado e, em termos concretos, bem mais qualificado do que no regime das buscas domiciliárias em processo penal (cf. art. 177.º, n.º 1, do CPP)¹⁰⁹. Quanto à falta da referência expressa à “essencialidade” das provas não se julga que tal ponha em causa o entendimento aqui expresso. Por um lado, a essencialidade não é requisito expresso (literal) das buscas domiciliárias diurnas em processo penal, por outro, a consideração sobre a “relevância” das provas que se suspeita, de modo razoável, que “estão guardadas no domicílio”, aponta naquele caminho da necessidade da prova para a prática da infração.

Para além do mais, é necessário que se verifique “fundada suspeita” quanto à existência das provas no domicílio (cf. art. 11, n.º 1, do RSSE, e art. 19.º, n.º 1, da LdC), ao passo que o processo penal se refere a “indícios” da existência de provas (arts. 177.º e 174.º, n.º 2, do CPP)¹¹⁰ – esta diversa terminologia deve consubstanciar um grau qualificado de suporte na fundamentação do requerimento das buscas nos processos contraordenacionais e, naturalmente, na decisão judicial de autorização.

A previsão exata das condições e formalismos das buscas domiciliárias em processo contraordenacional afasta esses regimes do regime processual penal, não se podendo dizer que se verifica uma confusão entre ramos distintos ou que o Direito Contraordenacional assume, sem mais, meios que são típicos do processo penal, antes se afirma uma sua especificidade. Ou seja, não só o regime processual penal não é aplicável *in totum* ao Direito

108 Novais, 2019: 267-288.

109 Mas não obstante a proporcionalidade da medida não estar expressamente prevista em âmbito criminal, o juiz tem de realizar essa apreciação e fundamentação no deferimento, Ac. do TRL de 28 de janeiro de 2010.

110 De todo o modo, a referência a “indícios” em processo penal não se basta com meras informações dos órgãos de polícia criminal, tendo de consubstanciar uma “suspeita razoável”, capaz de suportar a intromissão na vida privada, cf. Albuquerque, 2011b: 486, com referência a diversos Acórdãos. Esta exigência será acrescida nas buscas domiciliárias face a buscas não domiciliárias.

Contraordenacional¹¹¹, como se afirma antes, por aquela via, o seu espaço de autonomia dentro da *dualidade* de ilícitos que o compõem.

Para tal, em tudo aquilo que são os poderes mais relevantes de investigação das entidades reguladoras, devem os respetivos regimes estar aí regulados, com exigências superiores ao que se verifica nos meios corresponsivos em processo penal. É, aliás, este o caminho que tem vindo a ser seguido, quer na previsão recente de buscas domiciliárias, quer no aprofundamento dos regimes em termos de poderes de inquirição, busca e apreensão – compare-se, *e.g.*, o art. 18.º da atual LdC com o art. 17.º da revogada Lei n.º 18/2003. Se antes podia ser apontada alguma omissão ao regime quanto a pressupostos objetivos e formalidades das buscas, exigindo um maior recurso ao regime processual penal¹¹², com a atual LdC esse recurso é menor, porquanto o regime é mais exaustivo (*e.g.* prevê, por si, a notificação ao visado do despacho – mandado – que autoriza a busca).

Augusto Silva Dias critica, em concreto, a não referência à “necessidade de investigação”¹¹³. Esta omissão, segundo Lobo Moutinho e Pedro Duro¹¹⁴, em entendimento que parece não ser seguido totalmente por Augusto Silva Dias¹¹⁵, é “superável em sede de interpretação conforme à constituição”. Vejamos.

Quanto a nós, da referência à *relevância* dos meios de prova procurados e de que *as provas da infração estão guardadas no domicílio* extrai-se aquela necessidade. Isto é, se houver provas da prática da infração fora de domicílio, e, por si, suficientes para sustentar uma decisão condenatória, nem a Autoridade administrativa deve requerer a diligência, nem o juiz, havendo aquele requerimento, a deve autorizar. E tudo, com fundamento na construção legal, sendo já a sua projeção na esfera do aplicador da lei.

Para além do mais, tendo o n.º 2 (e n.º 3) do art. 18.º da CRP como objeto imediato as “restrições legais” e como “destinatário direto o legislador”, ficando de fora, *prima facie*, os “atos de afetação individual e concreta” de direitos, os tribunais (e a Administração) não podem chegar a um resultado que o legislador não poderia, desde logo, ter previsto¹¹⁶.

111 Costeira, 2007: 35.

112 Costeira, 2007: 27 e ss..

113 Dias, 2018a: 218-220.

114 Moutinho & Duro, 2017: 327-328.

115 Dias, 2018a: 219-220.

116 Cf. Miranda & Silva, 2017: 257-259.

Aqueles critérios de ponderação são dirigidos, em primeira mão, ao legislador que os deve traduzir na lei. Mas também dirigidos ao aplicador da lei. Assim, mesmo que se entenda que a necessidade – ou mesmo amplamente a proporcionalidade, em qualquer das suas vertentes – não está plasmada no texto legal, ela obriga quer as autoridades administrativas quer o tribunal. Neste quadro, o juiz de instrução competente tem a relevante tarefa de apreciar e decidir a proposta de busca domiciliária feita pela autoridade administrativa.

Mas há ainda um outro plano da necessidade que bem foi respeitado pelo legislador. Trata-se do plano pessoal, no sentido do leque de destinatários que podem ser atingidos com a medida prevista, considerando-se, em geral, como referem Jorge Miranda e Pereira da Silva, “mais benignas as medidas legislativas que tenham um menor alcance (...) pessoal”¹¹⁷. Quer na LdC (art. 19.º) quer no RSSE (art. 11.º), a busca domiciliária está legalmente limitada ao domicílio de: (i) sócios; (ii) membros de órgãos de administração; e (iii) trabalhadores e colaboradores, das entidades envolvidas na prática das contraordenações. Eis um aspeto da necessidade bem consagrado pelo legislador e que se distancia absolutamente do regime das buscas domiciliárias em processo penal, que não se encontram limitadas por um plano pessoal (*e.g.*, ao domicílio do arguido ou de suspeito, ainda que em regra, na prática, assim ocorra).

Não estando as buscas domiciliárias limitadas ao âmbito criminal, questão diversa e central é saber se as contraordenações que exijam esses meios, em campos de convergência material com crimes, não o deveriam ser assim tipificadas.

3. A CONCORRÊNCIA ENTRE O DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES E O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL: POR UMA RESPOSTA INTEGRAL

O plano da análise que nos propomos realizar é, no início, duplo e, no final, integrador. Duplo porque a análise deve identificar os pontos de fricção, quer no plano material quer no plano processual, das soluções tomadas vistas pelo prisma do Direito Penal ou Processual Penal e do Direito de Mera Ordenação Social. Integrador, porque a resposta não pode ser, no final, parcial, incompleta ou desconsideradora das diversas dimensões do problema. Se não

117 Cf. Miranda & Silva, 2017: 276.

existem soluções inócuas, ainda assim qualquer solução não pode deixar de estar consciente das suas vantagens e inconvenientes, bem como de minimizar os danos da não opção por uma outra.

No plano material, podemos verificar a preferência pelo Direito das Contraordenações na previsão e sancionamento de ilícitos ao sistema económico-financeiro, em detrimento da sua previsão como crimes, o que significa um alargamento do campo que, por excelência, estaria destinado àquele ramo do Direito¹¹⁸, constituindo-se como alternativa e complementar ao Direito Penal no âmbito da prevenção e repressão de ilícitos económicos¹¹⁹.

A doutrina apresenta-se dividida quanto a este alargamento do seu âmbito de incidência. Está, pois, aqui em causa a discussão sobre a delimitação entre o Direito Contraordenacional e o Direito Penal¹²⁰.

Soares da Veiga, de modo muito crítico, defende uma posição de “expurgação” do Direito das Contraordenações de todos os comportamentos mais graves, englobando expressamente, ainda que não se limite a esta, a área económico-financeira, com a consequente criminalização desses factos¹²¹.

Abordando especificamente o setor económico-financeiro, José António Veloso considera que a melhor solução seria “aplicar o regime de mera ordenação apenas às infrações do tipo da disciplina financeira, únicas compatíveis com esse enquadramento, e arrumar o essencial da regulamentação dos ilícitos graves – não só da lei bancária, mas também da lei das seguradoras, da lei da bolsa e de outras leis financeiras – no Direito penal propriamente dito (...)”¹²².

Já Nuno Brandão, assumindo a dignidade penal de certos comportamentos contraordenacionais, manifesta-se contrário a esse caminho por critérios político-criminais, de *ultima ratio* e de necessidade de pena, o que, a ser seguido, conduziria a uma nova “hipertrofia penal”¹²³.

Trata-se de uma área de convergência material entre contraordenações e crimes, na medida em que essas contraordenações teriam dignidade de tutela

118 C. Pinto, 2002: 98-99.

119 Vide Paliero, 1993: 1030-1034.

120 Monteiro, 2017: 203-204. Como nota o A., esta discussão já não é recente, encontrando ela própria as suas raízes em discussões anteriores (ainda) sobre o ilícito contravencional e o direito penal administrativo.

121 Veiga, 2009: 169-170.

122 Veloso, 2000: 69.

123 Brandão, 2016: 477-478.

penal, sendo qualificados daquele modo por mera opção ou por desnecessidade de pena¹²⁴.

No plano substantivo é uma opção que salvaguarda a natureza de *ultima ratio* do Direito Penal¹²⁵, dando aplicação aos princípios da dignidade de tutela penal e da necessidade de pena, e suscetível de ser integrado pelo direito contraordenacional¹²⁶ numa *dualidade* de contraordenações, sem possibilidade de regresso a um campo exclusivo das contraordenações tradicionais.

A opção pelo Direito Contraordenacional protege, pois, o Direito Penal de uma sua instrumentalização, salvaguardando-se quer a proporcionalidade, em termos de necessidade e merecimento de pena que não se deixe sucumbir a um quadro utilitarista, quer um conceito material de crime – contribuindo assim para a preservação da *ultima ratio* do Direito Penal^{127,128} e colocando-o a salvo de efeitos colaterais caso constituísse a primeira opção¹²⁹.

Como nota Conde Monteiro¹³⁰, esta opção pertence ao legislador, que tem “a primeira e última palavra”, por não haver comandos constitucionais de criminalização e face à impossibilidade epistemológica de separar o Direito Contraordenacional do Direito Penal, encontrando ainda suporte na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Neste âmbito, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 85/85 considera que a imposição de sanções penais, decorrente da criminalização de um comportamento, só é, por um lado, admissível constitucionalmente quando respeitada a proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) perante o direito ou interesse constitucionalmente previstos que se visa proteger; e, por outro, só é exigível constitucionalmente quando o direito ou bem a proteger seja de máxima importância “e essa proteção não possa ser garantida de outro modo”.

124 Brandão, 2016: 464 e 941.

125 C. Pinto, 2002: 98.

126 Brandão, 2016: 941.

127 Vide Prittwitz, 2018: 72-74; 2016: 107, a propósito da *ultima ratio* no âmbito do direito penal económico.

128 Crítico da utilização excessiva do Direito Penal em âmbito regulatório, Brown, 2011: 661-664.

129 Vide Silva Sánchez, 2015: 3-4, onde o A. aborda a instrumentalização e flexibilização do Direito Penal como efeitos desejados pelos modelos regulatórios ou, pelo menos, como efeitos colaterais. Neste sentido, uma das características do Direito Penal económico é “obrigar a repensar muitos dos elementos clássicos da dogmática, Volk, 2016: 147. Por exemplo, para os países que admitam a responsabilidade penal das pessoas coletivas esta constitui-se como um dos aspetos sensíveis do regime, a carecer de uma fundamentação própria e a exigir uma *reconformação* de princípios, vide Brito, 2012a: 201 e ss.; 2012b: 227-228 e 252.

130 Monteiro, 2017: 221-225. Vide também, Brandão, 2017: 281.

Acrescentando ainda: “existe aqui, sem dúvida, ampla margem de discricionariedade legislativa, na opção por meios penais ou por outros”.

Neste contexto, Silva Dias apresenta uma “posição de fundo de que o Direito Penal não é o instrumento mais adequado para prevenir ou evitar crises financeiras globais”¹³¹. O A. considera que “onde a pena comprovadamente não desempenha funções de intimidação ou de integração normativa ela carece de utilidade e a sua previsão e aplicação colide com o princípio da proporcionalidade/necessidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP”¹³².

A necessidade de proteção e intervenção nesses domínios, considerando a desnecessidade de pena, tem levado à eleição preferencial do Direito das Contraordenações como o ramo do Direito apto a tal proteção e intervenção. Deste modo, troca-se a estigmatização própria das sanções penais pela “natureza não estigmatizante” das sanções administrativas¹³³.

Mas se a dicotomia “necessidade de proteção/intervenção e desnecessidade de pena” conduz, e bem, ao Direito das Contraordenações, outro plano há ainda a considerar.

Esse outro plano ganha expressão numa outra dicotomia “necessidade de proteção/intervenção e necessidade de prova obtida por certos meios típicos do processo criminal”.

Estamos, pois, no campo da avaliação da adequação e da necessidade de um determinado modelo de processo, se contraordenacional, se criminal, que pode ser tido em conta pelo legislador na tipificação respetiva de ilícitos¹³⁴.

Trata-se, assim, de saber se a investigação dos factos tipificados reclama um modelo de processo criminal. A discussão que se opera quanto a meios intrusivos de obtenção de prova e a necessidade de investigação parece conduzir a esse caminho.

Ora, se em âmbito contraordenacional os únicos meios constitucionalmente admissíveis fossem os previstos no RGCO tal seria incontornável. Mas não são. Como se viu, a CRP admite certos meios de prova e meios de obtenção de prova em processo contraordenacional que o RGCO nega sem exceções (formulando-os, então, como uma falsa proibição absoluta, *e.g.* quebra

131 Dias, 2018b: 17. Em sentido semelhante, mas alargando aos “problemas gerais dos mercados financeiros”, Mendes, 2015: 130.

132 Dias, 2014: 70. Mas devemos referir que o Professor Augusto Silva Dias, no seu ensino, manifestou o entendimento de que, nos casos em que sejam necessários meios típicos de processo penal (*e.g.* buscas domiciliárias), então, o comportamento deveria ser ilícito penal e não contraordenacional.

133 Cf. Paliero, 1993: 1027-1028.

134 C. Pinto, 2017: 251.

de segredo profissional) ou que admite apenas mediante consentimento (formulando-os como uma proibição relativa, mas que pode, na realidade, vir a ser afastada para além do consentimento, *e.g.* buscas mediante autorização da autoridade judiciária competente). Desse modo fica salvaguardada a adequação e necessidade da intervenção. Assim, o art. 42.º do RGCO, nos termos em que está elaborado, configura-se como mais uma norma daquele regime que não aspira a uma vocação geral. O desfasamento do RGCO perante os regimes especiais é, afinal, o desfasamento do tempo – pois que aquela norma permanece inalterável desde 1982 – permitido constitucionalmente. A par de muitas outras alterações que deveriam ocorrer para voltar a conferir o atributo de geral ao RGCO¹³⁵, justificar-se-ia, na vertente processual¹³⁶, uma nova redação do seu art. 42.º, consentânea com a realidade dual do Direito de Mera Ordenação Social.

Assim, meios como as buscas domiciliárias, sendo típicos do processo penal – ou seja, aí normalmente acontecendo – não lhe são exclusivos, como já verificámos anteriormente.

De todo o modo, tem de admitir-se que não pode haver uma sobreposição de meios admissíveis em processo contraordenacional face ao processo criminal¹³⁷, bem como, quando tal previsão signifique uma compressão de direitos numa área em que as garantias não são as do processo penal, quando os meios tipicamente o são, então as garantias também o deveriam ser. Acresce que se tratando, muitas vezes, de crimes e contraordenações que formam um todo setorial – com proteção de iguais bens jurídico-penais – a previsão de meios de prova iguais favorece a superação de dificuldades colocadas a uma eventual necessária “circulação das provas”¹³⁸ entre processos sancionatórios de natureza distinta.

As duas dicotomias conduzem, pois, a direções opostas, materializadas na síntese “desnecessidade de pena e necessidade de meios típicos de processo criminal”.

O modo de resolver este dilema e de conciliar os seus caminhos, protegendo o Direito Penal e salvaguardando as maiores garantias de processo

135 *Vide* algumas propostas em Vilela, 2013: 405 e ss.; 2015: 160.

136 Salientando a necessidade de uma reforma do RGCO, a nível processual, capaz de integrar as especificidades da dualidade das contraordenações, *vide* Brandão, 2017: 283-288.

137 Relativamente ao âmbito dos poderes das entidades reguladoras, considerando os meios intrusivos ao seu dispor, Flávia Loureiro (2017: 230) alerta para a ocorrência de uma metamorfose do direito contraordenacional em “direito *quasi* ou *semi*-penal”.

138 Sobre isto, *vide* Mendes, 2015: 146.

penal face ao processo contraordenacional, é o da consagração de garantias de defesa dos visados adequadas aos meios ao dispor das autoridades administrativas^{139,140}. Desde logo, a verificação de uma maior densificação dos preceitos que preveem buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional (setorial) face ao regime do CPP. Assim se salvaguardando a maior eficácia e eficiência daquele ramo do Direito nas áreas regulatórias em estudo¹⁴¹.

Para além disto, será de refletir numa mitigação do modelo inquisitório¹⁴², salvaguardando aspetos de estrutura acusatória, ainda que com diverso alcance nas suas dimensões “material” e “orgânico-subjetiva”¹⁴³. Por um lado, na dimensão material, afigura-se essencial a delimitação de fases do processo, separando a necessária investigação (instrução) da acusação e, por sua vez, da decisão. Por outro lado, na dimensão orgânico-subjetiva, julga-se adequado a manutenção dos inerentes poderes de investigação, acusação e decisão nas entidades reguladoras¹⁴⁴. Não se defendendo, pois, a consagração de um modelo acusatório (puro), a quem a decisão caberia a uma outra entidade

139 Ou seja, a afirmação de que “dada a diferente natureza dos ilícitos em causa e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social, com reflexos nos regimes processuais próprios de cada um deles, não é constitucionalmente imposto ao legislador a equiparação das garantias em ambos esses regimes” (Ac. do TC n.º 659/2006) surge enfraquecida nas *contraordenações modernas*.

140 Perante a anterior LdC (Lei n.º 18/2003), Paulo de Sousa Mendes (2009: 707-718) constatou que o procedimento sancionatório previsto se afastava quer das garantias do processo penal quer das garantias do processo contraordenacional geral, questionando se não se estaria a assistir ao surgimento de “um novo ramo de direito, uma espécie de direito de intervenção”.

141 Brandão (2016: 478) alerta que “um modelo regulatório penal implicaria ainda consideráveis, senão mesmo insuperáveis dificuldades de articulação entre a dimensão de supervisão inerente à regulação setorial e o paradigma de investigação criminal postulado pela nossa lei processual penal”.

142 C. Pinto (2017: 255) considera o modelo de processo contraordenacional, consagrado na fase organicamente administrativa, “não uma solução inquisitória mas sim um modelo de concentração legal de competências, com controlo judicial, crivos de legalidade, garantias de defesa e, em especial, com a sujeição do caso a um possível julgamento pleno perante um tribunal independente, numa solução conforme às exigências (mínimas) do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na matéria e imposta, entre nós, pelo art. 43.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes (Lei n.º 67/2013, de 28/8)”. Para o A., os valores prosseguidos pela estrutura acusatória ficam assegurados através da previsão de impugnação judicial, cf. C. Pinto, 2017: 256. Já Sousa Mendes defende a separação entre entidades instrutória e decisória, considerando insuficiente como sistema de “freios e contrapesos” a impugnação judicial (Mendes, 2009: 717-718), ainda que o recurso judicial garanta o respeito pelo “princípio do processo justo e equitativo” e não se revele “alternativa a ablação de poderes das autoridades reguladoras ou o regresso a modelos institucionais de pura separação de poderes” (Mendes, 2015: 140-141). Entendendo que a solução de separação seria a ideal, mas tendo por suficiente a intervenção de diversos funcionários de modo a que quem levanta o auto não exerça funções instrutórias e, por sua vez, este não seja aquele que vai decidir, *vide* Vilela, 2013: 421.

143 Sobre estas dimensões, Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2014: 522.

144 Neste sentido, Brandão, 2017: 285-287.

– mas sim a solução monista¹⁴⁵ – seria desejável que, por um lado, a investigação e acusação, e, por outro, a decisão, fossem realizadas por funcionários ou serviços distintos.

Em suma, a solução contraordenacional avançada, ao mesmo tempo que respeita o “critério de legitimação material negativa da necessidade de pena”¹⁴⁶, compreende certos meios usualmente conotados com o processo penal, mas que não lhe são, como se viu, exclusivos, pelo que não podem sobrepor-se àquela legitimação negativa da necessidade de pena. Por outro lado, se para a prova de determinado comportamento se mostra absolutamente necessário a utilização de meios exclusivos do processo criminal (*e.g.*, apreensão de correspondência que deva seguir o regime do art. 179.º do CPP e não o regime geral da apreensão), e caso esse comportamento tenha dignidade de tutela penal, então a necessidade de processo criminal deve prevalecer sobre a desnecessidade de pena, sendo a solução criminal.

4. CONCLUSÃO

O art. 42.º do RGCO não tem vocação de aplicação geral a todo o ordenamento contraordenacional. Há proibições de prova que ali surgem configuradas que podem ser afastadas em regimes especiais, por tais meios de prova ou de obtenção da prova serem constitucionalmente admissíveis nesta sede. Uma reforma profunda do RGCO que pretendesse tornar esse regime o ponto de partida de toda a legislação contraordenacional – ao invés, quanto à legislação setorial, de um mero recurso subsidiário a ele – não deixaria o art. 42.º do RGCO incólume.

Os meios de obtenção da prova da prática de contraordenações económico-financeiras são próximos dos existentes para os crimes, como se pode constatar pela previsão de buscas, em especial as buscas domiciliárias, a apreensão de documentação e a quebra de segredo. É o correspondente processual da convergência material entre contraordenações e crimes que Nuno Brandão assinala.

145 No que respeita ao regime da concorrência, Vilaça & Carvalho (2017: 134) colocam “a questão de saber se a função de investigação e a função sancionatória deveriam estar sob a alçada da mesma entidade” frisando que “o legislador de 2003 optou por uma solução monista, que se manteve no atual RJC, com o objetivo de assegurar uma articulação eficaz entre os poderes de investigação e os poderes sancionatórios, evitando dessa forma a dispersão de recursos e de massa crítica”.

146 Brandão, 2016: 477.

As áreas de convergência material entre crime e contraordenação legitimam materialmente a previsão e consequente possibilidade de utilização em processo contraordenacional de meios tidos como “típicos” de processo criminal, mas que não lhe são exclusivos. Esta legitimação decorre da natureza constitucional do bem protegido.

A conciliação da salvaguarda de direitos fundamentais com as necessidades de prova nos domínios contraordenacionais setoriais, em que substantivamente se está longe das contraordenações vulgares, mas próximo dos crimes, encontra dificuldades constitucionais.

De todo o modo, a admissibilidade constitucional dos meios de obtenção de prova em processo contraordenacional é superior à amplitude dos meios permitidos no RGCO, constituindo-se tal desfasamento como o campo exclusivo e limite de meios intrusivos em domínios setoriais. Meios que, sendo característicos, não são, afinal, exclusivos do processo penal.

Trata-se de meios que seriam admissíveis à luz do processo penal caso os factos estivessem previstos como crimes. Não o estando, mas sendo necessários para a investigação dos ilícitos, o legislador previu-os no âmbito contraordenacional, num campo especial face ao RGCO.

Na consagração desses meios, exige-se um especial cuidado na concretização e respeito do princípio da proporcionalidade, conforme art. 18.º, n.º 2, da CRP.

A similitude entre os arts. 18.º, 19.º, 20.º da LdC e 10.º, 11.º e 12.º RSSE demonstra uma estabilização de poderes neste âmbito. A ser assim, aquele poderia ser um ponto de partida para a consagração de meios intrusivos previstos no RGCO, em secção própria, posto que limitado às contraordenações mais graves. O âmbito da sua aplicação poderia ser definido logo no RGCO ou, especificamente, nas legislações setoriais. A ser do segundo modo, e passando aqueles meios a fazer parte do regime geral, ainda assim se deveria entender que o comando da sua aplicação contido em legislação especial obedeceria à reserva relativa de competência da AR, o que significaria a necessidade de uma alteração ao art. 165.º, n.º 1, al. c), da CRP.

Em suma, o verdadeiro campo de meios típicos e exclusivos do processo penal é o campo dos meios ocultos de investigação, bem como a ingerência na correspondência (art. 34.º, n.º 4, da CRP) – esses sim, absolutamente vedados no âmbito contraordenacional. Os autores que advogam a necessidade da previsão como crime, ao invés de contraordenação, para afastar meios intrusivos em processo contraordenacional (*e.g.* buscas domiciliárias), não enfrentam

a questão de que essa previsão iria, com toda a certeza, alargar os meios de investigação à disposição, ainda mais intrusivos.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

2017 *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques & Gonçalo Anastácio (coord.), 2.^a ed., Coimbra: Almedina.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011a *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

2011b *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANASTÁCIO, Gonçalo & ALFAFAR, Diana

2017 “Anotação ao art. 20.º da LdC”, in Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques & Gonçalo Anastácio (coord.), *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, pp. 332-349.

ANDRADE, Manuel da Costa

2013 *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.

BOLINA, Helena

2009 “O regime dos processos de contraordenação dos reguladores independentes”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

BRANDÃO, Nuno

2016 *Crimes e Contra-ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora.

2017 “Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades”, in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 277-288.

BRITO, Teresa Quintela de

2012a “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 201-225.

2012b “Responsabilidade criminal de entes coletivos (Algumas questões em torno da interpretação do art. 11.º do Código Penal)”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 227-253.

BROWN, Darryl

2011 “Criminal Law’s unfortunate triumph over Administrative Law”, in *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 7, n.º 4, pp. 657-683.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2014 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.

CORREIA, Eduardo

1973 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 49, pp. 257-281.

CORREIA, João Conde

1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)?”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 79, pp. 45-67.

COSTEIRA, Maria José

2007 “As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional”, in *Revista sub judice*, n.º 40, pp. 27-38.

CUNHA, José M. Damião

2017 “O «inconstitucional» e o «ilógico» no regime de buscas e outras diligências do regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 151, pp. 83-100.

DIAS, Augusto Silva

2014 “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, in *Anatomia do Crime*, n.º 0, pp. 45-73.

2018a *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra: Almedina.

2018b *Imputação objetiva de negócios de risco à ação de infidelidade (art. 224.º, n.º 1 do Código Penal: o Direito Penal no mar revolto da crise económico-financeira)*, Coimbra: Almedina.

ESTEVE PARDO, José

2015 “La administración garante. Una aproximación”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 197, pp. 11-39.

FERREIRA, Eduardo Paz & MORAIS, Luís Silva

2009 “A regulação setorial da Economia: Introdução e perspetiva geral”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

LOUREIRO, Flávia Novera

2017 “Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a “criminalização” do direito administrativo sancionatório”, in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 227-242.

MAJONE, Giandomenico

1994 “The rise of the regulatory state in Europe”, in *West European Politics*, vol. 17, n.º 3, pp. 77-101.

1997 “From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance”, in *Journal of Public Policy*, vol. 17, n.º 2, pp. 139-167.

MATEUS, Abel M.

2007 “Economia e Direito da Concorrência e Regulação”, in *Revista sub judice*, n.º 40, pp. 11-26.

MENDES, A. de Oliveira & CABRAL, José dos Santos

2009 *Notas ao regime geral das contraordenações e coimas*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.

MENDES, Paulo de Sousa

2009 “O procedimento sancionatório especial por infrações às normas de concorrência”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 705-720.

2015 “A regulação financeira, o Direito Penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras”, in *Anatomia do Crime*, n.º 1, pp. 129-150.

MIRANDA, Jorge

1974 “Inviolabilidade do domicílio” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, pp. 379-421.

2017 *Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina.

- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
2017 *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.^a edição revista, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MIRANDA, Jorge & Silva, Jorge Pereira da
2017 “Anotação ao art. 18.º da CRP” in Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.^a ed. revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 229-296.
- MONIZ, Carlos Botelho et al.
2016 *Lei da Concorrência Anotada*, Carlos Botelho Moniz (coord.), Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, Fernando Conde
2017 “Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa” in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 203-225.
- MOUTINHO, José Lobo & Duro, Pedro
2017 “Anotação aos arts. 18.º e 19.º da LdC”, in Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio (coord.), *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 313-331.
- NOVAIS, Jorge Reis
2010 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2019 *Princípios estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra: Almedina.
- PALIERO, Carlo Enrico
1993 “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, n.º 4, pp. 1021-1048.
- PALMA, Maria Fernanda & Otero, Paulo
1996 “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, n.º 2, pp. 557-591.
- PEREIRA, António Beça
2018 *Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas: Anotação ao Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro*, 12.^a ed., reimp., Coimbra: Almedina.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa
2002 “As codificações setoriais e o papel das contraordenações na organização do Direito Penal secundário”, in *Themis*, n.º 5, pp. 87-100.

- 2017 “As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social” in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 243-262.
- PINTO, Paulo Mota
- 1993 “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *BFDUC*, vol. 69, pp. 479-586.
- 2018a “A proteção da vida privada e a Constituição” in *Direitos de personalidade e direitos fundamentais – Estudos*, Coimbra: Gestlegal, pp. 593-647.
- 2018b “A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional” in *Direitos de personalidade e direitos fundamentais – Estudos*, Coimbra: Gestlegal, pp. 649-678.
- PRITTWITZ, Cornelius
- 2016 “Derecho penal especial, Derecho penal económico?”, in Kai Ambos, María Laura Böhm & John Zuluaga (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, vol. 1, Série CEDPAL, Göttingen: Göttingen University Press, pp. 103-111.
- 2018 “El Derecho penal como *propria ratio*”, in Kai Ambos (ed.), *Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional*, vol. 2, Série CEDPAL. Göttingen: Göttingen University Press, pp. 71-85.
- SANTOS, Manuel Simas & Sousa, Jorge Lopes de
- 2011 *Contra-ordenações: Anotações ao regime geral*, 6.ª ed., Lisboa: Áreas Editora.
- SILVA, Germano Marques da & Sá, Fernando
- 2017 “Anotação ao art. 34.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 548-564.
- SILVA Sánchez, Jesús-María
- 2015 *Derecho penal regulatório?*, in *InDret*, n.º 2, disponível em http://www.indret.com/pdf/editorial.2_9.pdf
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes
- 2005a *Revistas e buscas*, 2.ª ed. revista e aumentada, Coimbra: Almedina.
- 2005b “Revistas e buscas: Que viagem queremos fazer?”, in M.M. Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 285-311.
- VEIGA, Raul Soares da
- 2009 “Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 139-173.

VELOSO, José António

- 2000 “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do regime geral das instituições de crédito”, in *Revista da Banca*, n.º 49, pp. 27-71.

VILAÇA, José Luís da Cruz & CARVALHO, Miguel Marques de

- 2017 “Anotação ao art. 5.º da LdC”, in Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio (coord.), *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 132-148.

VILELA, Alexandra

- 2013 *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2015 “O Direito Contraordenacional: Um direito sancionatório com futuro?” in *Anatomia do Crime*, n.º 2, pp.149-162.

VOLK, Klaus

- 2016 “Criminalidad económica”, in Kai Ambos, María Laura Böhm & John Zuluaga (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, vol. 1, Série CEDPAL, Göttingen: Göttingen University Press, pp. 139-148.

WILS, Wouter P. J.

- 2006 “Powers of investigation and procedural rights and guarantees in EU anti-trust enforcement: The interplay between european and national legislation and case-law”, in *World competition: Law and Economic Review*, vol. 29, n.º 1, pp. 3-24.

NOTAS CURRICULARES

JOÃO LOPES

João Lopes é especialista de concorrência sénior na Autoridade da Concorrência, na qual está ao serviço desde 2004, tendo experiência em análise de práticas restritivas de concorrência, operações de concentração e de auxílios de Estado. É Doutorado em Economia pelo ISCTE, Mestre em Economia pelo ISEG e Licenciado em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa.

João Lopes is a senior competition expert at the Portuguese Competition Authority, where he works since 2004. He has experience in competition restrictive practices, merger analysis and state aid. He holds a PhD in Economics from ISCTE – University Institute of Lisbon, a Master in Economics from ISEG – Lisbon School of Economics & Management, and an Economics Degree from Nova School of Business & Economics.

LISA PINTO FERREIRA

Advogada e consultora jurídica com vasta experiência no setor da energia, em especial, em eficiência energética, renováveis e gás natural. Após exercer advocacia na *Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associados* (estagiária e associada) e na *Sérvulo Correia & Associados* (associada e sócia de indústria), foi adjunta do Secretário de Estado da Energia, assessora do Diretor-Geral de Energia e Geologia e diretora do departamento jurídico da Agência Nacional de Energia, onde criou os departamentos jurídico e de contratação pública. No exercício destas funções, elaborou várias peças legislativas relevantes no domínio da energia, incluindo o Plano Nacional de Ação para as Energias Renováveis e o Plano Nacional de Ação para a Eficiência Energética, implementou o operador logístico de mudança de comercializador de eletricidade e gás natural e esteve ativamente envolvida na transposição da Diretiva (UE) 2018/844 relativa ao desempenho energético dos edifícios. É licenciada em Direito, pós-graduada em Direito Administrativo e concluiu a primeira fase do mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É também certificada pela *Florence School of Regulation* (master level em 2020 e 2021).

Lawyer and legal adviser with an extensive track record in the energy sector, notably in energy efficiency, renewables, and natural gas. After working as a lawyer at Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associados (trainee and associate) and Sérvulo Correia & Associados (associate and junior partner), she was deputy to the Secretary of State for Energy, adviser to the Director-General for Energy and Geology and head of legal of the National Energy Agency, where she established both the legal and the public procurement departments. In such roles, she drafted several main energy legislation pieces, including the National Action Plan for Renewable Energy and the National Action Plan for Energy Efficiency, implemented the logistics operator for switching electricity and gas supplier, and was actively involved in the transposition of Directive (EU) 2018/844 on the energy performance of buildings. She holds a Law degree, a post-graduation degree in Administrative Law and completed the first phase of the master's programme in Public Law at the Faculty of Law of the University of Lisbon. She is also certified by the Florence School of Regulation (master level in 2020 and 2021).

MIGUEL SOUSA FERRO

Miguel Sousa Ferro é Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde leciona cadeiras no Departamento de Ciências Jurídico-Económicas. As suas áreas de especialização principais são o Direito Europeu, Direito da Concorrência e Direito Nuclear. Obteve o seu doutoramento e licenciatura da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e um LL.M em Estudos Europeus do Colégio da Europa. É advogado e sócio gerente da Sousa Ferro & Associados. Co-coordenador da obra recentemente publicada pela Oxford University Press, “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States”, e autor do livro “Market Definition in EU Competition Law”, publicado pela Edward Elgar.

Miguel Sousa Ferro is a Professor at the University of Lisbon Law School, where he lectures courses within the Economic Law Department. His main areas of specialization are EU Law, Competition Law and Nuclear Law. He obtained his PhD and his undergraduate degree from the University of Lisbon, and an LL.M in European Studies from the College of Europe. He is a practising lawyer, Managing Partner at Sousa Ferro & Associados. He has published widely with national and international publishers and periodicals, including the books “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States” (Oxford University Press) and “Market Definition in EU Competition Law” (Edward Elgar).

NUNO CUNHA RODRIGUES

Nuno Cunha Rodrigues é Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL) e titular de uma Cátedra Jean Monnet conferida pela Comissão Europeia. Advogado. Licenciado, Mestre e Doutor em Direito pela FDL. Lecionou em diversas Faculdades de Direito em Portugal e no estrangeiro. Publicou diversos livros e artigos científicos nas áreas do Direito da União Europeia; Direito da Concorrência; Contratação Pública e Finanças Públicas.

Nuno Cunha Rodrigues is an Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Lisbon (FDL) and holder of a Jean Monnet Chair granted by the European Commission. Attorney. Bachelor, Master in Law and PhD in Law (FDL). He has taught at several Law Faculties both in Portugal and abroad. He has published several books and scientific articles in the areas of EU Law; Competition Law; Public Procurement and Public Finance.

NUNO RICARDO PICA DOS SANTOS

Doutorando em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, Mestre em Ciências Jurídico-Forenses e Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Licenciado em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI). Assistente convidado no ISCPSI e assistente de investigação no Centro de Investigação do ISCPSI (ICPOL). Oficial de polícia na Polícia de Segurança Pública. *National Research and Science Correspondent* (AGO2015 a OUT2017) e membro do *Expert Group on Fundamental Rights* (2021) na *European Union Agency for Law Enforcement Training* (CEPOL).

PhD student in Law (Legal-Criminal Sciences), Master's degree in Legal-Forensic Sciences and Bachelor's degree in Law (University of Lisbon School of Law). Bachelor's degree in Police Sciences (Higher Institute of Police Sciences and Internal Security). Guest lecturer at the Higher Institute of Police Sciences and Internal Security and researcher at the ICPOL. Senior police officer (Portuguese Public Security Police). National Research and Science Correspondent (from August 2015 to October 2017) and member of the CEPOL Expert Group on Fundamental Rights (2021) at the European Union Agency for Law Enforcement Training (CEPOL).

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (de doutrina ou breves), estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em língua portuguesa, espanhola, francesa ou inglesa. Os textos são publicados no idioma em que foram redigidos.
4. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo o Autor indicar onde foram publicados anteriormente. Se aceite, o texto será publicado no idioma em que, originalmente, foi redigido, devendo – se aplicável – o Autor assegurar a respetiva tradução para um dos 4 idiomas acima referidos.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 carateres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais de estilo aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrenca.pt, ou acedida em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Ricardo Bayão Horta.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers (academic or short), studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in their original language.
4. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances Authors are required to indicate where the paper was previously published. If accepted, the paper is published in its original language, remaining the Author responsible for ensuring its translation into 1 of the 4 accepted languages.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, either by contacting revista@concorrencia.pt or by accessing the link http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Mr. Ricardo Bayão Horta.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Maria João Melícias/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Margarida Matos Rosa

Membros:

António Avelãs Nunes
António Ferreira Gomes
António Menezes Cordeiro
Augusto Silva Dias
Barry Hawk
Bernardo Feijóo Sánchez
Bo Vesterdorf
Carlos Pinto Correia
David Gerber
Diogo Rosenthal Coutinho
Donald Baker
Douglas Rosenthal
Eleanor Fox
Fernando Borges Araújo
Fernando Herren Aguillar
Francisco Marcos
Florianio Marques
François Souty
Frederic Jenny
Geraldo Prado
Gerhard Dannecker
Germano Marques da Silva
Giorgio Monti
Harry First
Heike Schweitzer
Ioannis Kokkoris
João Ferreira do Amaral
Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias
José António Veloso
José Danilo Lobato
José Luís da Cruz Vilaça
José de Faria Costa
José de Oliveira Ascensão
José Lobo Moutinho
José Manuel Sérvulo Correia
Jürgen Wolter
Keiichi Yamanaka
Klaus Rogall
Laurence Idot
Luís Cabral
Luís Greco
Manuel da Costa Andrade
Manuel Lopes Porto
Marco Bronckers
Maria Fernanda Palma
Mark Zöller
Miguel Moura e Silva
Miguel Nogueira de Brito
Miguel Poiaras Maduro
Nicolas Charbit
Oswald Jansen
Patrick Rey
Paulo Câmara
Paulo de Pitta e Cunha
Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CIENTÍFICO

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO DE REDAÇÃO

Presidente: Ricardo Bayão Horta

Comissão Coordenadora:

Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vitor Miguel Lourenço

Editores:

Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado

Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado

Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras

João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos

João Miranda

Ambiente

Carla Amado Gomes

Aviação civil

António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal

Teresa Moreira

Contratação pública

Nuno Cunha Rodrigues

Energia

Gonçalo Anastácio

Financeiro

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Direito probatório

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

C&R