

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



«MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO CONTRAORDENACIONAL. DA ADMISSIBILIDADE DE BUSCAS DOMICILIÁRIAS E NÃO DOMICILIÁRIAS»

Autor: Domingos Urbano Antunes

Orientador: Professor Doutor João Pedro Oliveira de Miranda

4.º Curso de Direção e Estratégia Policial

Trabalho Individual Final

Novembro 2017



O Homem é do tamanho do seu sonho.

Fernando Pessoa

AGRADECIMENTOS

Terminado este trabalho, impõe-me o meu dever de consciência, de prestar um agradecimento público ao meu Ilustre e Amigo, Professor Doutor João Miranda, na qualidade de orientador, em que em tempos idos, tive o privilégio de ser seu aluno e dele ter recebido os melhores ensinamentos que me guiaram nas minhas opções. Por essa razão, quando me lancei nesta aventura, sem grande esforço ou hesitação, veio-me à lembrança, alguém que me marcou irremediavelmente o meu caminho. Tenho em mim, para além do penhor da amizade, uma dívida de gratidão para com ele, pela sua disponibilidade espontânea e compromisso em mais este encargo. O seu entusiasmo e confiança, permitiram-me ultrapassar mais esta etapa.

Naturalmente, agradeço a toda a minha Família que, de forma tolerante e paciente, soube compreender as arguras e ausência destes dias. Fico-vos eternamente grato pelo vosso conforto e amparo.

Um agradecimento, não menos importante, a todos os meus Amigos, pela amizade incondicional que sempre me concederam, demonstrada pelos incansáveis estímulos, nos momentos em que mais precisei. Tenho a firme certeza de que não conseguirei retribuir aquilo que de vós recebi.

Por último, à fortuna da vida que tenho...

RESUMO

Sendo a Polícia de Segurança Pública (PSP) um órgão de polícia criminal (OPC) e, simultaneamente, uma entidade de polícia administrativa com competências de fiscalização no âmbito de diversas matérias, cuja instrução também está a seu cargo, não raras vezes, se confronta com a dificuldade de investigação de ilícitos contraordenacionais, cada vez mais complexos e que ocorrem em espaços reservados. É neste “confronto”, entre a reserva da vida privada e a necessidade de recolher e produzir prova, que nem sempre o Regime Geral das Contraordenações (RGCO), instituído pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, permite diligências de investigação mais intrusivas, mormente, a realização de buscas não consentidas pelos visados. Se é certo que, cada vez mais existe uma convergência material entre o Direito contraordenacional e o Direito penal, também nos parece que existe um desequilíbrio entre as garantias dos arguidos e os poderes de polícia para prosseguirem a sua atividade de fiscalização, sobretudo, quando estão em causa bens jurídicos essenciais que, pela sua intensidade, afetam de forma grave a vida em sociedade ou a personalidade ética-moral do homem. Justamente para permitir a realização do Direito e a final a Justiça, é que o regime legal deve contemplar os meios indispensáveis e proporcionais ao labor das polícias, sem abdicar dos seus princípios constitucionais basilares – necessidade, adequação e proporcionalidade – na salvaguarda de um Estado de direito democrático que incondicionalmente persegue a Justiça social.

Palavras-chave: Polícia, contraordenações, meios de obtenção de prova, buscas, crime.

ABSTRACT

Since the Public Security Police (PSP) is a criminal police body (OPC) and, simultaneously, an administrative police entity with supervisory powers in several areas, whose investigation is also in its charge, it is frequently confronted with the difficulty of investigating increasingly complex administrative offenses often occurring in reserved spaces. It is in this "confrontation" between the protection of privacy and intimacy and the need to collect and produce evidence, that the General Framework of Administrative Offenses (RGCO), instituted by Decree-Law no. 433/82, October 27th, does not always allow more intrusive investigative procedures, in particular, the carrying out of searches not consented to by the aimed. If there is a material convergence between criminal law and administrative offenses law, there also seems to be an imbalance between the defendant's guaranties and the police powers to pursue its supervisory activity, in particular when essential juridical goods, which, by their intensity, seriously affect life in society or the ethical-moral personality of man, are at stake. It is precisely in order to concretize law and, therefore, justice that the legal frame must contemplate the means indispensable and proportionate to the police work, without, nevertheless, waiving its basic constitutional principles - necessity, adequacy and proportionality - in the safeguard of the rule of law and of the unconditional pursue of social justice.

Keywords: Police, administrative offenses, means of obtaining evidence, searches, crime.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AR – Assembleia da República;

ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões;

CMVM – Comissão de Mercado de Valores Mobiliários;

CE – Código da Estrada;

CP – Código Penal;

CPP – Código de Processo Penal;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

GNR – Guarda Nacional Republicana;

JIC – Juiz de Instrução Criminal;

LAS – Lei Atividade Seguradora;

LOPSP – Lei Orgânica da PSP;

LQCA – Lei Quadro das Contraordenações Ambientais;

LQER – Lei Quadro das Entidades Reguladoras;

LSI – Lei de Segurança Interna;

MP – Ministério Público;

NSP – Novas Substâncias Psicoativas;

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PGR – Procuradoria Geral da República;

PSP – Polícia de Segurança Pública;

RGCO – Regime Geral das Contraordenações;

RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras;

RJAI – Regime Jurídico da Atividade de Inspeção da Administração Direta e Indireta do Estado;

RJAM – Regime Jurídico de Armas e Munições

RJASR – Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora;

RJC – Regime Jurídico da Concorrência;

RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação;

TC – Tribunal Constitucional

ÍNDICE

	Pág.
Resumo.....	3
Siglas e abreviaturas.....	5
Introdução.....	6

Capítulo I

A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES EM PORTUGAL

1.1. Génese.....	9
1.2. Evolução do Direito contraordenacional.....	12
1.3. Razões de construção de um regime diferenciado.....	15
1.4. Critérios de distinção entre crimes e contraordenações.....	17
1.5. Conceito e natureza do ilícito de mera ordenação social.....	18

Capítulo II

DOS PODERES DE INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO CONTRAORDENACIONAL

1. Poderes das autoridades.....	20
2. Meios de prova e de obtenção de prova em geral.....	23
3. As buscas como meio de obtenção de prova, em especial	
3.1 Conceito de busca e sua admissibilidade.....	39

Capítulo III

ESTUDO DE CASO – REGIME JURÍDICO DA PREVENÇÃO E PROTEÇÃO CONTRA A PUBLICIDADE E O COMÉRCIO DAS NOVAS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS

1. Enquadramento legal.....	
2. Meios de obtenção de prova permitidos no combate às novas substâncias psicoativas.....	
Conclusões.....	45
Bibliografia.....	48

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho individual final (TIF) insere-se no 4.º Curso de Direção e Estratégia Policial¹ (CDEP) ministrado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) e versará sobre os meios de obtenção de prova no processo contraordenacional, concretamente, sobre a admissibilidade de buscas domiciliárias e não domiciliárias.

A escolha do tema prende-se com a relevância que os ilícitos contraordenacionais assumem na ação das autoridades policiais e administrativas, em geral, e da Polícia de Segurança Pública (PSP), em particular, uma vez que, sendo a PSP um órgão de polícia criminal² e simultaneamente uma autoridade administrativa, competindo-lhe desenvolver ações de investigação criminal e contraordenacional que lhe sejam atribuídas por lei³, delegadas por autoridades judiciais ou solicitadas por outras autoridades administrativas, não raras vezes, é confrontada com a existência de indícios de ilícitos contraordenacionais, estando obrigada a promover as diligências úteis e oportunas para acautelar e recolher os meios de prova que permitam a identificação dos seus autores e determinar as suas responsabilidades.

É precisamente no decurso desta atividade que, perante ilícitos contraordenacionais cada vez mais frequentes e mais complexos, esta tarefa não se afigura como simples, porquanto o Regime Geral das Contraordenações (RGCO) não tem permitido outros meios de obtenção de prova mais úteis e eficazes, concretamente buscas domiciliárias e não domiciliárias, sem o consentimento do visado, pese embora sejam consideradas como indispensáveis à produção de prova em face da natureza do ilícito sob investigação.

Ora, considerando a convergência material entre o Direito contraordenacional e o Direito penal, a eventual hipertrofia e vetustez do RGCO e a proliferação de regimes especiais contraordenacionais designados “reforçados”, que alargam os meios de obtenção de prova como forma mais adequada de reação às novas

¹ Portaria n.º 245/2016, de 7 de novembro;

² Lei n.º 53/2007, de 31 de agosto, Lei Orgânica da PSP (LOPSP);

³ A PSP nos termos do artigo 3.º, n.º da LOPSP tem competência exclusiva em matéria de armas, munições e explosivos e atividade de segurança privada; tendo competência genérica nas demais, designadamente, ambiental, fiscalização de estabelecimentos, estupefacientes, jogo, recintos desportivos, etc.

realidades económicas e sociais, e tendo em conta a *praxis* vivenciada no âmbito da instrução de processos de contraordenação relativamente a determinados ilícitos contraordenacionais – produção e comercialização de novas substâncias psicoativas ou atividades económicas desenvolvidas em espaços reservados – cuja prova pela sua complexidade só se alcança através do acesso a esses espaços reservados⁴, importa pois procurar responder às seguintes questões:

- Será admissível a promoção de buscas como meio de obtenção de prova deste tipo de ilícitos contraordenacionais por via da aplicação subsidiária do direito processual penal?

- Será aconselhável a reforma do RGCO ou a criação de um regime especial para permitir a realização do Direito?

- Afigura-se como mais ajustada a criminalização destas condutas?

É com estas questões em mente que, através da análise da doutrina e jurisprudência nacionais mais recentes, procuraremos estudar o atual quadro contraordenacional para se entenderem estas “limitações” de um Estado de direito democrático, com a consciência plena da existência de uma linha que separa as exigências da Justiça da necessidade de respeito pelos direitos fundamentais do cidadão.

Neste contexto, pretende-se proceder à análise da génese e evolução do Direito contraordenacional em Portugal, dando enfoque aos poderes de investigação das autoridades policiais e administrativas relativamente aos meios de obtenção de provas, em concreto, as buscas domiciliárias e não domiciliárias, enquanto meio útil à recolha de prova.

Através da apresentação de um caso de estudo, questionar-nos-emos sobre a aplicabilidade de meios de obtenção de prova mais intrusivos a determinadas contraordenações – as novas substâncias psicoativas - verificando se o RGCO está adequadamente adaptado a estas novas realidades.

Concluiremos a nossa tarefa analisando a necessidade de alteração do regime vigente em Portugal para este tipo de contraordenações, tomando partido sobre a melhor solução a adotar.

Para tanto, recorreremos ao método expositivo e, por opção, utilizaremos o novo acordo ortográfico.

⁴ Por exemplo, quando se necessita de recolher prova documental ou digital que se encontra alojada em dispositivos localizados em zonas de acesso limitado

CAPÍTULO I

1. A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES EM PORTUGAL

1.1 Génese

O Direito contraordenacional em Portugal eclodiu com a publicação do Decreto-Lei nº 232/79, de 24 de julho, por inspiração germânica da *OWig – Ordnungswidrigkeiten*, de 25 de março de 1952 ⁵, e pela necessidade de se constituir um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do Direito criminal, no sentido de o depurar de infrações sem qualquer ressonância ético-moral uma vez que refletia um conceito dogmático obsoleto de moralidade que contrariava a cultura das sociedades democráticas e plurais. Ao mesmo tempo, “desafogavam-se” os tribunais do “sufoco” dos julgamentos de meras infrações que se prendiam com comandos próprios da Administração orientados para a manutenção de uma sã convivência social, mas, todavia, desprovidos de quaisquer valores ético-sociais próprios do Direito penal.

No preâmbulo daquele diploma era assumido que o Direito de mera ordenação social “*é uma consequência da confluência de duas ordens de fatores: a superação definitiva do modelo do Estado liberal, por um lado, e o conhecido movimento de descriminalização, por outro*”, sendo de realçar que, também, a introdução deste novo regime jurídico significava um aproximar em termos de Direito comparado com outros países, concretamente, as “duas” Repúblicas Alemãs, que há muito tinham adotado este ordenamento.

Era desta forma que se pretendia satisfazer as exigências reclamadas por uma Administração empenhada em proporcionar melhores níveis de qualidade de vida dispondo de um segmento normativo mais ágil e mais eficaz sem, contudo, o Direito penal prescindir da tutela do “*mínimo ético-social da vida em comum*”⁶. Certo era, que se assistia a uma evidente “hipertrofia” do Direito criminal já

⁵ Primeira lei-quadro das contraordenações da República Federal da Alemanha;

⁶ Expressão utilizada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho.

insustentável, com os tribunais assoberbados com matérias de dignidade penal muito discutível e cidadãos sujeitos ao vexame de uma sentença por atos absolutamente neutros.

Donde, se conclui, que o propósito do legislador foi impor uma cisão entre crimes e contraordenações, invocando, inclusive no preâmbulo, o conceito de contraordenação defendido por EDUARDO CORREIA que considerava a contraordenação como *“um aliud que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respetivo ilícito e as reações que lhe cabem não são diretamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal”*.

E, de acordo com esta distinção, não se admitiu a possibilidade de qualquer prisão, preventiva ou sancionatória, nem sequer a pena de multa ou qualquer outra que pressuponha a expiação da censura ético-social, criando-se a coima como sanção típica aplicada por uma autoridade administrativa com o sentido dissuasor de uma advertência social, podendo ser aplicada também às pessoas coletivas no âmbito de um processo extremamente simplificado e aberto aos corolários do princípio da oportunidade, sem prejuízo de um direito de defesa e audiência e de um inderrogável direito de recurso para as instâncias judiciais.

Mas, apesar de todo o empenho do Ministro da Justiça à data, EDUARDO CORREIA, que há muito se dedicava numa revisão de todo o sistema jurídico-penal, e que trouxe à estampa o primeiro decreto que instituía o ilícito de mera ordenação social, o regime “morreu à nascença” com a publicação do Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de outubro, que procedeu à sua revogação parcial retirando-lhe qualquer eficácia direta e própria justificando que, ainda que se sentisse a falta de um regime contraordenacional, as dificuldades de ordem prática e algumas dúvidas sobre a sua constitucionalidade, concretamente, pela introdução do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79 que transformava em contraordenações grande número de contravenções e transgressões, extravasavam os limites daquela lei-quadro pelo que se impunha a cessação dos seus efeitos imediatos.

Diga-se ainda a este propósito que a entrada em vigor deste novo regime sem um período de *vacatio legis* alargado, não permitiu aos serviços públicos uma ponderada adaptação, uma vez que, a partir daquela data, passaram a ser responsáveis pela instrução e pela aplicação de sanções. Era necessário

reorganizar os serviços da Administração Pública assim como formar os seus quadros para responderem a esta nova exigência.

No entanto, a necessidade de dotar a Administração deste novo instrumento, foi continuamente assumida e a força dos argumentos perduraram, tal como afirmado pelo seu principal entusiasta, EDUARDO CORREIA, que vinha defendendo desde 1973 que *“nenhum Estado que promova a justiça social e que, portanto, desenvolve nesse sentido uma larga intervenção da Administração, pode atingir os fins que se propõe sem uma aparelhagem de ordenação social a que corresponde uma específica forma de ilicitude e sanções próprias”* (ROCHA; DIAS; FERREIRA;1985:125). Coincidentemente, por força de *“dois acontecimentos extremamente marcantes na história jurídica portuguesa, ocorridos quase simultaneamente, haveriam de trazer à primeira linha das preocupações das entidades responsáveis a necessidade imperiosa de instituir o ilícito de mera ordenação social e de disciplinar o respetivo processo”* (ROCHA; DIAS; FERREIRA;1985:127), a saber, a revisão constitucional de 1982 ⁷ que expressamente acolheu este Direito das contraordenações – artigo 164.º, n.º 1, alínea d) da CRP, e a publicação do novo Código Penal⁸, como regime subsidiário do RGCO.

Neste contexto, estavam definitivamente ultrapassados os constrangimentos iniciais que obstaculizaram à entrada em vigor do RGCO e, por isso, foi publicado o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que revogou expressamente o decreto impulsionador – Decreto-Lei n.º 232/79 – reforçando, mais uma vez, a necessidade de “purificar” o Direito criminal que deve *“apenas ser utilizado como ultima ratio da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores e interesses fundamentais à convivência humana”*⁹, numa lógica de descriminalizar as ações axiologicamente neutras sem qualquer dignidade penal, dando exemplos de áreas que careciam de um enquadramento contraordenacional, tais como as práticas restritivas da concorrência, as infrações contra a economia nacional, o ambiente e a proteção dos consumidores.

Este diploma, que manteve os traços essenciais do de 1979, apenas adita questões de pormenor relativas ao concurso de infrações quando estivessem em

⁷ Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro;

⁸ Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro;

⁹ Conforme nota n.º 2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82;

causa simultaneamente crimes e contraordenações e retira competências aos secretários das câmaras municipais para aplicação de coimas.

Certo foi que manteve a fidelidade originária de distinção entre crime e contraordenação, visando afirmar um novo Direito sancionatório público e autónomo distinto do Direito criminal baseado em critérios de desigualdade de ressonância ética que cada um dos ramos procurou tutelar e, com isso, fazer a “cisão” entre aqueles dois tipos de Direito sancionatório (Brandão, 2016).

No mesmo sentido, reafirmou PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defendendo que a “natureza do direito emergente não era, pois, a de um direito penal bagatelar, mas de um verdadeiro ramo do direito sancionatório público” (Albuquerque, 2011:10).

1.2. Evolução do Direito contraordenacional

O Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que instituiu o RGCO, foi revisto, até ao momento, três vezes, em 1989, 1995 e 2001¹⁰. A primeira alteração foi operada pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro, por imperativos de natureza prática decorrentes da experiência e de alterações na realidade sócio económica que exigiam uma atualização do regime. Assim, foi introduzido um alargamento das sanções acessórias e, ao mesmo tempo, um reforço das garantias dos particulares¹¹ concedendo um aumento do tempo de recurso judicial, passando de 5 para 8 dias, para permitir o pleno acesso aos tribunais.

A segunda alteração, produzida pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro, constituiu uma verdadeira “contrarreforma”, e uma inovação disruptiva neste ordenamento, surgindo como uma reação epidérmica em face do crescendo e acentuado carácter repressivo do Direito contraordenacional e do fervor da Administração, quer quanto à extensão das sanções acessórias, quer quanto ao montante das coimas. Aliás, nos motivos preambulares, é referido que “*a presente reforma é (...) especialmente orientada para o efetivo reforço das garantias dos arguidos perante o crescente poder sancionatório da Administração*”, destacando-se a alteração das regras sobre a atenuação especial da coima em caso de erro

¹⁰ Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro; Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro e Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro;

¹¹ Conforme nota preambular do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro;

não censurável, tentativa e cumplicidade; a explicitação dos direitos de audiência e defesa do arguido; o reforço do dever de fundamentação da decisão administrativa; o alargamento substancial do prazo de interposição de recurso judicial; a proibição da *reformatio in pejus* e a substituição da coima por prestação de trabalho a favor da comunidade, a par do aumento substancial do montante máximo das coimas, bem como a possibilidade de elevação do valor no caso do benefício económico obtido ser superior àquele limite, procurando-se, deste modo, desmotivar os eventuais infratores.

Para além do reforço dos direitos e garantias dos arguidos, eliminou-se expressamente a previsão de detenção para identificação do agente de uma contraordenação, inviabilizando a sua condução ao posto policial, o que, em alguns casos vem gerando dificuldades de natureza prática, como sejam, a confirmação das identidades. Acresce ainda que, nos termos do artigo 48.º do RGCO, as autoridades policiais e fiscalizadoras têm por dever tomar conta de todos os eventos ou circunstâncias que impliquem responsabilidade contraordenacional e tomar as medidas necessárias para impedir o desaparecimento de provas, constituindo a identificação do autor um elemento essencial ao apuramento da responsabilidade. Seguramente que se tratou de uma alteração pouco feliz da redação da norma e, tanto assim é, que, nos diversos regimes setoriais, consagra-se, por recurso à subsidiariedade do Direito penal, a previsão do crime de desobediência em caso de recusa à ordem de identificação.¹² Felizmente, a jurisprudência tem vindo a aclarar a interpretação daquela norma, concluindo que, perante a recusa de identificação de um suspeito pela prática de uma contraordenação, pode ser ordenada a sua detenção por desobediência, nos termos do artigo 348.º, n.º 1, alínea b) do Código Penal.¹³

Esta contrarrevolução de 1995, à revelia da ideia originária da década de 70, veio a reaproximar, novamente, o Direito contraordenacional do penal, sendo referido expressamente naquele preâmbulo que “*não pode o direito de mera ordenação social continuar a ser olhado como um direito de bagatelas penais*”, ou

¹² Veja-se por exemplo o artigo 47.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, que consagrou a possibilidade de as autoridades administrativas poderem exigir ao agente de uma contraordenação a respetiva identificação sob pena de crime de desobediência. Previsão semelhante ocorre no Código da Estrada.

¹³ Conforme Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de maio de 2008, Processo n.º 3710/08, 9ª seção; Parecer n.º 28/2008, de 8/5, do Conselho Consultivo da PGR relativo aos poderes de polícia municipal, entre outros;

seja, de mera ordenação pouco já tinha em razão da acutilância daquele instrumento e das sanções pecuniárias elevadas que comportava e que se alastrava a várias áreas de atividade. Nos exatos termos defendidos, em nosso entender bem, por NUNO BRANDÃO, num primeiro momento houve uma cisão entre crimes e contraordenações baseada na qualificação dos bens jurídicos protegidos, na estrutura do processo e nas sanções aplicadas, mas posteriormente assistiu-se a uma convergência material (Brandão, 2016) diluindo-se as linhas de fronteira entre ambos os regimes. Para isso, muito contribuiu a revogação do n.º 2 do artigo 1.º do RGCO, em que se previa a possibilidade de imputação contraordenacional independentemente do carácter censurável do facto, o que mais não era do que afirmar o carácter preventivo do Direito contraordenacional, por oposição ao carácter repressivo do Direito penal. Ora, esta súbita alteração ao nível da culpa aproximou o RGCO de forma significativa do Direito penal. (Vilela, 2015:154)

A terceira e última revisão, ocorreu através da Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro, que modificou o regime da prescrição do procedimento contraordenacional com referência ao valor das coimas, bem como as condições de suspensão dos prazos.

Se é certo que o Decreto-Lei n.º 433/82 foi elaborado com o propósito de constituir uma verdadeira lei-quadro para os ilícitos contraordenacionais, parece que a evolução tem esbatido esse desiderato, desde logo pelo aparecimento de inúmeros regimes especiais em matéria ambiental, laboral, da concorrência, do setor bancário e financeiro e até do próprio código da estrada, que faz transparecer uma ideia de hipertrofia e de ineficácia do RGCO em face da necessidade de regulação e supervisão de algumas atividades resultantes de uma sociedade em permanente mudança exigindo atualizações a cada passo. Disso são exemplos, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras¹⁴ (Título XI), o Regime Jurídico da Concorrência¹⁵ (Capítulo IV a VII), o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social¹⁶ (Parte IV), o Regime

¹⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, na sua atual redação dada pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro;

¹⁵ Aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de maio;

¹⁶ Aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro;

Jurídico de Acesso e Exercício das Atividades Seguradoras e Resseguradoras¹⁷, a Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais¹⁸, entre outros.

Na verdade, estes novos regimes são verdadeiras derrogações do RGCO ao introduzirem normas substantivas e adjetivas¹⁹ que se distanciam e fragilizam aquele regime original que se tinha por uma lei-quadro. Tal como afirmado por NUNO CASANOVA e CLÁUDIO MONTEIRO, “*se é certo que em 1995 o direito das contraordenações se havia alastrado a diversas áreas, atualmente não há setor de atividade que escape aos tentáculos deste direito jovem ou entidade administrativa que não esteja munida do seu próprio arsenal*”²⁰.

Em síntese, convivemos hoje com a omnipresença das contraordenações em cada momento da nossa vida, estando a sua aplicação sujeita aos mais diversos regimes.

1.3 Razões de construção de um regime diferenciado

Da análise à evolução do Direito contraordenacional, impulsionado pelo imparável movimento de descriminalização sentido em todos os quadrantes, sem grande resistência, alcança-se a sua utilidade e eficácia na tutela de bens jurídicos que ainda que sejam socialmente intoleráveis não justificam uma pena. Um Direito sancionatório mais ágil de pendor essencialmente preventivo que se quer distinto do Direito penal. Nas palavras de ALEXANDRA VILELA “*um direito situado na retaguarda do direito penal e dele bem distante*” (Vilela, 2015:152).

Contudo, a realidade vivida por todas as sociedades desenvolvidas reclamou novas respostas e convocou o legislador a lançar mão de um Direito que tutelasse verdadeiros bens jurídicos perante ações já não axiologicamente neutras mas, para as quais a pena de multa ou de prisão se revelavam desproporcionais, como por exemplo, em matéria ambiental ou de consumo de substâncias estupefacientes. Na realidade, tratam-se de ilícitos contraordenacionais que convivem paredes meias

¹⁷ Aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro;

¹⁸ Aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, e já sujeita a quatro alterações, sendo a sua última versão dada pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2016, de 12 de agosto;

¹⁹ Por exemplo, a introdução de novas formas de processo como seja o de advertência e o sumaríssimo; ou, o afastamento do instituto da *reformatio in pejus*, da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais – Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto;

²⁰ Comentário à Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais. Artigo consultado no site www.uria.com no dia 20.10, Atualidade Jurídica Uría Menéndez/16/2007;

com os crimes. Com isto, modificou-se o sentido originário que presidiu à introdução no sistema jurídico português, não se percebendo quais os critérios que, em rigor, são determinantes para a tipificação de cada um dos ilícitos.

Nunca é demais recordar que, EDUARDO CORREIA, considerava que certas violações da ordem jurídica jamais poderiam ser reprimidas com recurso a penas criminais, precisamente porque não estava em causa uma culpa fundamentada eticamente, mas sim uma mera censura social não envolvendo qualquer sentido de retribuição ou expiação ética de recuperação do delinquente, mas uma advertência sem qualquer mácula ético-social. (Correia, 1998:11).

O critério ético como fator diferenciador, hoje, parece-nos, na mesma linha de COSTA PINTO, insuficiente, atendendo a que o Direito contraordenacional passou a regular matérias com ressonância ética como sejam a violação de regras de ética profissional, ética dos negócios ou de deveres de responsabilidade ambiental. (Pinto, 2009:287).

Com efeito, e segundo o mesmo autor, a resposta político criminal em Portugal baseia-se num modelo de organização jurídico-penal em três níveis distintos: o Direito penal e processual penal codificado; o Direito penal secundário e complementar e o Direito de mera ordenação social, não sendo este último formal e materialmente Direito penal mas cumprindo funções político criminais relevantes. (Pinto, 2009:682).

Uma das razões que fundamentam a existência deste regime de mera ordenação social, autónomo, de natureza sancionatória, é a ideia de que permite uma *“seleção mais rigorosa do campo da intervenção penal, evitando o recurso a meios mais violentos e estigmatizantes como são os do Direito Criminal garantindo um controlo e uma resposta sancionatória mais expedita através da intervenção em primeira linha dum autoridade administrativa, libertando, desse modo, as autoridades judiciárias deste tipo de processos”*. (Pinto, 2009:685).

Desta forma alcança-se uma via mais célere para proteção de certos interesses e bens jurídicos com a vantagem de que, sendo a competência instrutória e decisória atribuída a uma autoridade administrativa, por razões de especialização, está em melhores condições para responder àquelas violações do que as próprias autoridades judiciárias.

1.4 Critérios de distinção entre crimes e contraordenações

De acordo com a abundante doutrina têm sido apontados dois grandes critérios para distinguir crimes e contraordenações, são eles o quantitativo e o qualitativo.

O critério quantitativo tem como referencial não uma ordem material-axiológica mas sim formal que se prende com uma ordem de gravidade das condutas que devem ser avaliadas em cada momento pelo legislador, tendo este uma certa “discrecionabilidade” na definição de um comportamento como sendo crime ou contraordenação. Por seu turno, a tese qualitativa tem por base um conceito de contraordenações assente num “*aliud*” diferente do crime, isto é, são infrações de natureza distinta e, por isso, materialmente não se confundem. Desde logo, porque o ilícito criminal encerra um núcleo de bens jurídicos assumidos pela comunidade como absolutamente indispensáveis à convivência social, ao passo que o contraordenacional persegue meras funções sociais relacionadas com a necessidade de controlo por parte da Administração sem qualquer ressonância ética imediata. Também ao nível da culpa, aos crimes corresponde uma censura ética e uma expiação por contraposição à advertência social, típica da contraordenação. Estas diferenças refletem-se por consequência no tipo de sanções aplicadas, penas ou coimas.

Este foi o critério que o nosso legislador adotou no RGCO, conforme defendido por AUGUSTO SILVA DIAS ao considerar que este regime não é um decalque do penal, apesar da sua aparência em face da importação de muitas normas e princípios de garantia do Direito criminal que funcionam como traves mestras deste. O que se trata é de um verdadeiro Direito punitivo impulsionado por um movimento descriminalizador de condutas mas que tem de ser acompanhado de certas garantias fundamentais por sacrificar direitos patrimoniais. (Dias, 1999:442).

Deste modo, este novo Direito não pode ser encarado como uma condição menor do Direito penal, um *minus*, mas sim um *aliud*. E disso são exemplos, os vários regimes especiais que têm vindo a brotar do nosso ordenamento jurídico e que são a expressão da ideia de que não se esgotam no Direito penal os mecanismos sancionatórios do sistema jurídico. Em suma, reflete uma necessidade de uma Administração fiscalizadora e conformadora na busca de uma tutela de funções específicas sem necessidade da sua atuação estar condicionada pelo

princípio da juridicidade na sua plenitude. A reação típica será a aplicação de uma coima, pura sanção administrativa, que poderá ser objeto de impugnação judicial.

Além destes dois critérios, tem sido recentemente apontado um critério misto, qualitativo-quantitativo, que considera que nos domínios nucleares (vida ou integridade física; estacionamento abusivo ou uma construção não licenciada) há uma diferenciação entre crimes e contraordenações mas que existe uma zona de fronteira em que o critério qualitativo não consegue fazer a distinção e, por isso, deve-se lançar mão a um critério quantitativo. Consoante os circunstancialismos sociais, económicos e políticos assiste-se, em cada momento, a um movimento pendular por parte do legislador que opta por tipificar alternadamente crimes e contraordenações. Veja-se o caso do exercício ilegal de segurança privada que, até muito recentemente, era tipificado como um ilícito contraordenacional e, hoje, constitui um ilícito criminal; ou, sem sentido contrário, o consumo de estupefacientes que, em 2000, foi descriminalizado passando a ser punido como contraordenação. Este critério acaba por representar uma “*mera atenuação da teoria do aliud*”. (Moutinho, 2008:46).

1.5. Conceito e natureza do ilícito de mera ordenação social

No artigo 1.º do RGCO encontra-se a definição jurídico-formal de contraordenação como sendo um facto típico, ilícito, censurável e punível através da aplicação de uma coima. De acordo com esta definição estão arredadas as infrações administrativas puníveis com multa, como é o caso, da ainda vigente Lei do Jogo, constante do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro, na sua atual redação.

Este critério é até compreensível “*dada a natureza altamente questionável, no plano doutrinal, dos critérios substanciais avançados para a distinção, bem como as dificuldades que os mesmos levantam em sede de aplicação prática, a escolha de um critério formal tem manifestas vantagens de ordem pragmática, conferindo ou reconhecendo ao legislador uma ampla margem de discricionariedade*”. (Lumbrales, 2006), o que não afasta, um critério material por referência à natureza eticamente (ir)relevante da conduta em si mesma.

Acresce assim um “*conceito material devido ao caráter ético socialmente indiferente da conduta que a contraordenação censura*”, nas palavras de PAULO PINTO ALBUQUERQUE. (Albuquerque, 2011:27).

Por estas razões, o ilícito de mera ordenação social apresenta uma natureza híbrida nos planos substantivo e adjetivo. Na verdade, do ponto de vista substantivo, encerra um “*juízo de censura normativo-social do agente pela prática do facto, dependente de um comportamento culposo, doloso ou negligente, e sujeito a uma sanção pecuniária com fins de prevenção geral e especial*” (Leite, Regime Jurídico das Contraordenações, 2015:25)²¹. Esta censura também comporta uma desobediência a normas de organização e regulação administrativas que visam tutelar valores organizacionais e funcionais que se prendem com o bom funcionamento da Administração. Por tudo isto, justifica-se o apelo à subsidiariedade do Direito processual penal.

No plano processual também se identifica esta natureza híbrida visto que a fase administrativa, em regra²², é reconduzida à prática de um ato administrativo que, muitas vezes, implica a aplicação de sanções gravosas (basta pensar em algumas sanções acessórias) e que, em nome de um justo equilíbrio, carece de um alargamento das garantias do particular muito próximas das garantias do processo penal. Ademais, na fase administrativa, ainda que quem tenha o *dominus* do processo seja a autoridade administrativa competente, é sempre possível o recurso judicial de quaisquer decisões ou despachos tomados no âmbito daquele procedimento (artigo 55.º), significando que processualmente há sempre possibilidade de intervenção da autoridade judiciária no processo administrativo.

²¹ Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais, Centro de Estudos Judiciários, 2015, consultado em 23 de outubro de 2017. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/Regime_geral_contraordenacoes_contraordenacoes_administrativas_fiscais.pdf

²² Diga-se que, durante a fase administrativa também há lugar a operações materiais (ações de fiscalização) tidas como essenciais para a aplicação de sanções acessórias.

Capítulo II

Dos poderes de investigação e dos meios de obtenção de prova no processo contraordenacional

1. Poderes das autoridades

Os poderes das autoridades policiais e fiscalizadoras no âmbito contraordenacional encontram o seu enquadramento legal no artigo 48.º do RGCO, bem como no processo penal, por aplicação subsidiária do artigo 41.º, mas sempre com os limites impostos pelo artigo 42.º do RGCO e pelos artigos 18.º, 32.º e 34.º da CRP. Assim sendo, compete-lhes tomar conta de todos os eventos ou circunstâncias indiciadoras de responsabilidade contraordenacional e, por consequência, adotar as medidas adequadas e oportunas para impedir o desaparecimento de provas, remetendo imediatamente às autoridades administrativas a participação acompanhada das provas recolhidas. Resulta deste preceito legal, o princípio da oficiosidade do conhecimento do ilícito contraordenacional uma vez que, não se exige queixa ou denúncia ou acusação particular, para que se promovam as medidas adequadas com vista à identificação do autor da infração e à preservação das provas, atendendo à natureza pública deste tipo de ilícito e, conseqüentemente, também não é admissível a desistência do procedimento contraordenacional.

Tendo conhecimento direto ou indireto²³ de uma infração contraordenacional compete ao agente fiscalizador proceder ao levantamento do auto de notícia, nos exatos termos do artigo 243.º do CPP.

Com efeito, para o efetivo exercício destes deveres das entidades fiscalizadoras, o legislador, expressamente no n.º 2 do artigo 48.º do RGCO, consagrou uma extensão destes poderes das autoridades administrativas atribuindo-lhes os mesmos direitos e deveres equivalentes em matéria criminal consagrando a possibilidade de praticarem atos cautelares, elencados no artigo 249.º do CPP, designadamente, procederem a exames a vestígios, colherem

²³ Cf. Artigo 241.º do CPP relativo à aquisição da notícia do crime;

informações e procederem a apreensões no decurso de revistas ou buscas, entre outros.

Neste âmbito dos meios cautelares destaca-se a possibilidade de apreensão de objetos que sirvam ou que se destinem à prática de contraordenações (artigo 48.º-A do RGCO) e o poder de exigir a identificação dos infratores. A este propósito, apesar de já o termos referido anteriormente, importa reafirmar que está vedada a detenção²⁴ para identificação nos moldes do artigo 250.º do CPP mas, no caso de recusa, é admissível a detenção por desobediência à ordem (artigo 348.º do CP). A redação atual do RGCO ao rejeitar expressamente a possibilidade de detenção para identificação originou alguma controvérsia na sua interpretação, tendo a jurisprudência vindo a aclarar que em caso de recusa à ordem de identificação, as autoridades policiais, após a cominação da desobediência, podem e devem proceder à detenção do infrator.²⁵ Outra solução não se compreenderia, atendendo a que o procedimento contraordenacional, para prosseguir os seus termos legais com vista à imputação do facto ao infrator, implica necessariamente a identificação do seu autor.

A par destes poderes previstos no RGCO, importa ter em conta aqueles que decorrem das próprias leis estatutárias das autoridades policiais e administrativas e dos regimes setoriais que “amplificam” aqueles poderes gerais, concretamente, a Lei Quadro das Entidades Reguladoras²⁶ que, nos seus artigos 42.º e 43.º, para além de equiparar os funcionários a agentes de autoridade, concede-lhes poderes de aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas, inspecionar livros e outros registos relativos às empresas, obter, por qualquer forma, cópias ou extratos dos documentos controlados, entre outros.

Também o Regime Jurídico da Atividade de Inspeção da Administração Direta e Indireta do Estado²⁷, no seu artigo 16.º, alarga os poderes gerais, estabelecendo prerrogativas ao pessoal de inspeção, desde o direito de acesso

²⁴ Anteriormente à reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro, a norma previa que se a identificação não fosse imediatamente possível, em caso de flagrante delito, as autoridades policiais poderiam deter o indivíduo pelo tempo necessário à identificação, ainda que no mais curto espaço de tempo, não podendo nunca a detenção exceder 24 horas.

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de maio de 2008, Processo n.º 3710/08, 9ª secção;

²⁶ Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, alterada pela Lei n.º 12/2017, de 2 de maio;

²⁷ Decreto-Lei n.º 276/2007, de 31 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 32/2012, de 13 de fevereiro;

e livre trânsito a todas as instalações e dependências a inspecionar, a proceder a exames, perícias, medições e colheitas de amostra para exame laboratorial.

No caso particular das forças e serviços de segurança, a Lei de Segurança Interna²⁸ define, nos seus artigos 28.º e 29.º, a possibilidade de imposição de medidas de polícia, designadamente, a realização, em viatura, lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial, de buscas e revistas para detetar a presença de armas, substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos, objectos proibidos ou suscetíveis de possibilitar atos de violência e pessoas procuradas ou em situação irregular no território nacional ou privadas da sua liberdade; o encerramento temporário de estabelecimentos destinados à venda de armas ou explosivos e até a inibição da difusão a partir de sistemas de radiocomunicações, públicos ou privados, e o isolamento eletromagnético ou o barramento do serviço telefónico em determinados espaços.

Resulta, assim, que os poderes das autoridades constantes dos vários regimes setoriais – Regime Jurídico de Acesso e Exercício das Atividades Seguradoras e Resseguradoras, Estatuto da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, Regime Jurídico da Concorrência, Estatuto da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, não são uniformes ainda que tenham alguma base em comum.

Poder-se-á, *grosso modo*, defender uma tipologia de poderes que se centram em pedidos de informação; pedidos de entrega de documentação; realização de inspeções, auditorias, exames, perícias, apreensões; poderes de imposição de medidas preventivas ou cautelares, como sejam a selagem de instalações, suspensão temporária de atividades danosas, congelamento de bens e até interrupção de energia elétrica a determinadas atividades²⁹; e poderes de livre acesso a quaisquer locais.

Acrescem a todos estes regimes setoriais, outros poderes que têm vindo a ser introduzidos na ordem jurídica interna por decorrência do Direito europeu, em particular, por regulamentos e diretivas setoriais que contemplam poderes mais amplos, concretamente, de obtenção de registos de conversas telefónicas,

²⁸ Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto, na sua última redação dada pelo Decreto-Lei n.º 49/2017, de 24 de maio;

²⁹ Artigo 41.º, n.º 3 da LQCA;

de comunicações eletrónicas ou de outros registos de tráfego existentes, detidos por entidades supervisionadas.³⁰ Exemplo pragmático destas extensões de poderes, por via europeia, é o Regime Sancionatório do Setor Energético³¹, que consagra expressamente a possibilidade de realização de buscas domiciliárias autorizadas no prazo de 48 horas pela autoridade judiciária.

2. Meios de prova e de obtenção de prova em geral

O processo contraordenacional, na sua fase administrativa, “*tem uma natureza inquisitória equivalente à fase de inquérito em processo penal*”³² pelo que as entidades policiais e administrativas têm o poder de aferir da necessidade e conveniência de produzir um conjunto de provas com vista à formulação de um juízo convincente de imputação de um ilícito a um autor e à determinação de uma sanção, no caso, pecuniária. Essa convicção assenta em prova que, à luz do artigo 341.º do Código Civil, destina-se a fazer a “*demonstração da realidade dos factos*” com elevado grau de certeza afastando-se assim a dúvida razoável sobre essa mesma realidade fática. Esta noção contempla, nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, dois aspetos: “*a prova enquanto meio ou atividade para produzir um determinado resultado (meio de prova ou atividade probatória) e o próprio resultado ou juízo sobre os factos (resultado probatório)*” (Silva, 2002:96).

Ora, considerando que o processo penal se aplica subsidiariamente ao processo contraordenacional por força do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO, o objeto da prova incidirá, conforme o artigo 124.º do CPP, sobre todos os factos juridicamente relevantes para o apuramento da existência ou inexistência de uma contraordenação, a sua responsabilidade e a determinação da aplicação de uma coima ou sanção acessória.

No nosso sistema jurídico-penal impera o princípio da liberdade dos meios de prova, de acordo com o artigo 125.º do CPP, sendo admitidas todas as provas que não forem proibidas por lei. E aqui, a CRP impõe diversas limitações

³⁰ Artigo 41.º, n.º 1, alínea f) do Regulamento (EU) n.º 2016/1011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016; Artigo 23.º, alínea g) e h) do Regulamento n.º 596/2014, de 16 de abril;

³¹ Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro;

³² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de junho de 2008, referente ao Processo 401/07.3 TBSRE;

a começar pela vida humana e a integridade física, ao considerá-las como bens invioláveis (artigos 24.º e 25.º) e indo mais longe, ao afirmar que “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”³³. Ademais, especifica o princípio constitucional de proibição das provas, que são “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (artigo 32.º, n.º 8 da CRP). Este princípio postula pois a impossibilidade de utilização de provas obtidas por meios de prova proibidos, ou seja, a proibição de produção de prova proibida arrasta consigo uma interdição de valoração. As proibições de prova são, portanto, “verdadeiros limites à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo”³⁴.

No âmbito contraordenacional é no artigo 42.º do RGCO, sob a epígrafe “meios de coação”, na opinião de PAULO PINTO ALBUQUERQUE, uma “epígrafe enganadora”³⁵ (Albuquerque, 2011:155), que são proibidas as provas obtidas por intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação, bem como se veda a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional. Neste domínio, por omissão do RGCO, vigora igualmente o regime do artigo 126.º do CPP, quanto aos métodos proibidos de prova, que elenca um conjunto exaustivo de proibições, havendo que distinguir os graus do regime do n.º 1 e do n.º 3 daquela norma. O n.º 1 refere-se a uma proibição absoluta nos casos em que a prova foi obtida por violação do direito à integridade física e moral das pessoas e, o n.º 3.º, diz respeito a uma proibição relativa quanto aos demais casos, concretamente, quando a prova é obtida através da intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações, sem o consentimento do visado ou fora dos casos previstos na lei. Em suma, os meios previstos no n.º1 são absolutamente proibidos, enquanto que no n.º 3 são relativamente proibidos, porquanto podem ser

³³ Artigo 25.º, n.º 2 da CRP;

³⁴ Expressão utilizada por Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, pág. 124, Editorial Verbo, 2002, por citação de Manuel da Costa Andrade;

³⁵ A expressão é utilizada por aquele Autor, uma vez que aquela disposição legal não faz qualquer distinção entre meios de prova, meios de obtenção de prova e medidas de coação. O artigo 42.º refere-se a “meios de coação” com finalidades cautelares à semelhança das medidas de coação previstas no processo penal, e meios de coação com finalidade probatória.

afastados mediante o consentimento expresso dos titulares dos direitos ou pelas restrições ao exercício desses direitos, operadas pelo artigo 34.º da CRP.

Todas estas limitações aos meios de prova, por via legal, traduzem-se numa limitação do *“princípio da verdade material, consagrando a regra da superioridade ética do Estado, proibindo que a verdade material seja alcançada a qualquer custo, antes apenas e só por intermédio de meios de prova considerados legais”* (Jesus, 2016:92). Também a este propósito vale a pena fazer alusão ao Parecer n.º 127/2004, do Conselho Consultivo da PGR, que entendeu que *“só as provas que são reunidas de acordo com as regras processuais e legais e no respeito pelos direitos dos cidadãos são de atender. Esta regra geral aplicável ao processo penal é também aplicável, como direito subsidiário, ao processo contraordenacional”*.

Trata-se da pura afirmação de um verdadeiro Estado de Direito que, para perseguir a verdade processual não admite que esta seja alcançada através de quaisquer meios, mas apenas por meios justos. Esta legalidade resulta do equilíbrio entre os fins do processo, como meio de realização da Justiça, e o respeito dos direitos individuais constitucionalmente consagrados.

Como já se afirmou repetidamente, mas que nunca é demais insistir, o RGCO não possui um regime adjetivo integralmente autónomo, socorrendo-se subsidiariamente do CPP *ex vi* artigo 41.º, n.º 1.º, para, quando se justifique, resolver as omissões não intencionais do legislador contraordenacional, pelo que é no CPP pelo que se encontram descritos os meios de prova admissíveis no processo contraordenacional, concretamente:

- a prova testemunhal – artigos 128.º a 129.º;
- as declarações do arguido e do assistente – artigos 140.º a 145.º;
- a prova por acareação – artigo 146.º;
- a prova por reconhecimento – artigos 147.º a 149.º;
- a prova por reconstituição do facto – artigo 150.º;
- a prova pericial – artigos 151.º a 163.º; e
- a prova documental – artigos 164.º a 170.º.

Aproveita-se para frisar que, nos termos do artigo 127.º do CPP, impera o princípio da livre apreciação da prova também designado por *“sistema da íntima convicção e da prova moral”* (Silva, 2002:128), ou seja, o julgador apenas aprecia as provas produzidas de acordo com as regras da experiência comum e

da sua livre convicção, não estando vinculado ao conteúdo probatório desses meios, ao contrário da valoração da prova pericial constante do artigo 163.º do CPP, em que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador, a menos que a convicção do julgador divirja do juízo técnico, devendo neste caso, ser essa oposição fundamentada através do resultado de outra perícia de igual valor técnico. Donde se pode concluir que o julgador aprecia os meios de prova de forma livre e isenta, formulando o seu juízo de convicção, estando apenas “preso” quanto ao resultado da prova pericial.

Nesta sede, convém distinguir meios de prova e de obtenção de prova. Os meios de obtenção de prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias, policiais ou administrativas, para investigar e recolher os meios de prova (revistas e buscas); não são instrumentos de demonstração da verdade dos factos. Já os meios de prova consistem em todo um conjunto de instrumentos aptos a demonstrar a realidade dos factos relevantes para o processo (testemunhos e documentos). Com maior pormenor, GERMANO MARQUES DA SILVA, distingue os meios de obtenção de prova dos meios de prova numa dupla perspetiva: lógica e técnico-operativa. *“Na perspetiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspetiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares”* (Silva, 2002:209). São, no fundo, modos e formas de investigação que permitem obter coisas ou declarações dotadas de aptidão probatória e de recolha de indícios suscetíveis de comprovar os factos.

Também quanto a esta temática, o RGCO é omissivo, pelo que, por recurso subsidiário ao CPP, podemos, *grosso modo*, e em obediência aos princípios da legalidade e da tipicidade, elencar os meios de obtenção de prova admitidos:

a) Os exames no âmbito contraordenacional obedecem ao regime dos artigos 171.º a 173.º do CPP, podendo incidir sobre pessoas, lugares ou coisas, constituindo um meio através do qual se *“inspeccionam todos os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi*

cometido”. Alerta-se para a especialidade dos exames sobre as pessoas como o exame corporal ou a prova de sangue, que só são admissíveis com o consentimento do visado³⁶.

Os exames têm por finalidade “*fixar documentalmente ou permitir a observação direta*” da autoridade judiciária ou administrativa dos factos relevantes em matéria probatória (Silva, 2002:210).

b) As **revistas** em processo contraordenacional seguem o regime estabelecido nos artigos 174.º e 175.º do CPP, e recaem sobre pessoas, não carecendo de consentimento do visado porquanto não se trata de uma intromissão da mesma natureza de um exame corporal, ainda que se deva ter em conta o pudor como medida de respeito pela dignidade da pessoa (artigo 26.º da CRP). Naturalmente, que este meio de obtenção de prova, à semelhança dos demais, só pode ser utilizado como meio adequado e útil à produção de prova obedecendo aos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação. Por isso, apenas deve ser excecionalmente ordenada a revista quando existam fortes indícios de que o destinatário oculta prova relevante de um ilícito contraordenacional, por exemplo, estar na posse de substâncias psicoativas³⁷ ou até mesmo para permitir a apreensão do produto resultante da prática da contraordenação³⁸.

c) As **apreensões**, ao contrário dos outros meios de obtenção de prova, têm consagração expressa no artigo 48.º A do RGCO, ainda que, subsidiariamente e com as devidas adaptações, se aplique igualmente o regime processual penal dos artigos 178.º a 186.º. De acordo com aquela disposição legal as autoridades administrativas podem proceder provisoriamente à apreensão de objetos que serviram para a prática da contraordenação, os que a ela estavam destinados, os produzidos por aquela prática bem como outros que possam constituir prova

³⁶ No caso da fiscalização da condução sob influência do álcool (artigo 152.º, n.º 3 do Código da Estrada) a recusa às provas para deteção de álcool ou substância psicotrópicas implica o cometimento do crime por desobediência.

³⁷ São consideradas substâncias que, em estado puro ou numa preparação, podem constituir uma ameaça para a saúde pública comparável às drogas clássicas, com perigo para a vida ou para a saúde e integridade física, devido aos efeitos no sistema nervoso central, podendo induzir alterações significativas a nível da função motora, bem como das funções mentais, designadamente do raciocínio, juízo crítico e comportamento, muitas vezes com estados de delírio, alucinações ou extrema euforia, podendo causar dependência e, em certos casos, produzir danos duradouros ou mesmo permanentes sobre a saúde dos consumidores.

³⁸ No caso dos arrumadores de automóveis que ocultam o dinheiro; ou o explorador de máquinas de jogo ilegal que possuem a chave de acesso ao equipamento no seu bolso; ou o vendedor de raspadinhas ilegais;

relevante. Por outras palavras, estas apreensões podem ocorrer durante as fases do ilícito – preparação (antes), execução (durante), e pós execução (depois). Diga-se que este meio de obtenção de prova colide com o direito de propriedade constitucionalmente garantido pelo artigo 62.º da CRP pelo que, para ser restringido, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP, a lei tem que prever essa possibilidade e sempre com respeito pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação. Deste modo, o n.º 2 do artigo 48.º-A do RGCO, reforça que os objetos devem ser logo restituídos ao seu legítimo proprietário quando se revele desnecessária a sua manutenção para efeitos de prova, a menos que a autoridade administrativa tencione declará-los definitivamente perdidos a favor do Estado, podendo proceder à venda dos bens de forma antecipativa por risco na sua deterioração, conveniência de utilização de abastecimento do mercado ou até a pedido do respetivo proprietário³⁹.

Outra das questões muito debatidas e submetidas a juízo por via de impugnações prende-se com a apreensão de correspondência arquivada em qualquer suporte, incluindo em meio digital. Alude-se ao artigo 42.º do RGCO para fundamentar que as provas obtidas mediante intromissão nas comunicações são absolutamente proibidas. Todavia, a jurisprudência vem a rejeitar tais argumentos ao considerar que, tanto o artigo 42.º do RGCO como o artigo 179.º do CPP, protegem apenas a correspondência “fechada”, a única visada pela tutela legal tendo em conta o bem jurídico tutelado por aqueles normativos, o direito à privacidade e a garantia da comunicação⁴⁰. Não merecem, assim, qualquer tutela as mensagens ou correspondência já “aberta”, podendo ser apreendidas, como prova documental, nos termos do artigo 48.º.

Por último, sublinha-se que as apreensões de objetos que violem a reserva da vida privada podem ser admitidas e valoradas por meio do consentimento prévio do visado, por se tratar de meios de obtenção de prova relativamente proibidos.

As **escutas telefónicas** são rejeitadas pelo artigo 42.º, n.º 1 do RGCO, por não ser permitida a intromissão nos meios de telecomunicação, não sendo possível recorrer ao regime legal dos artigos 187.º a 190.º do CPP, *ex vi* artigo

³⁹ Conforme artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro; São aqueles casos em que, por exemplo, um género alimentício ultrapasse o seu período de validade;

⁴⁰ Conforme decisão judicial do Tribunal de Comércio de Lisboa, Processo n.º 97/06.0 TY LSB;

41.º, uma vez que foi intenção deliberada do legislador, tendo em conta a própria natureza do ilícito contraordenacional, não permitir obter provas por via de intromissões, sendo, por isso, provas absolutamente proibidas em processo contraordenacional por interferirem com a privacidade das pessoas cuja proteção conta com o conforto jurídico-constitucional do artigo 34.º, n.º4 da CRP, que só admite por exceção a intromissão na correspondência e as interceções nas telecomunicações e outros meios de telecomunicação para prova de crimes em sede de processo criminal.

Convém, nesta sede, referir que o artigo 189.º do CPP, permitiu uma extensão deste regime às interceções de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente, correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, ou seja, equiparou-as às escutas telefónicas. Resulta assim, que o princípio geral de proibição do artigo 42.º, n.º1 do RGCO e do artigo 34.º, n.º 4 da CRP, também se aplica nestes casos.

Contudo, vale a pena alertar para a existência de alguns regimes setoriais que contemplam já o acesso, ainda que mediante autorização prévia da autoridade judiciária, a informação na posse de entidades prestadoras de serviços de telecomunicações de rede fixa ou de rede móvel, ou a operadores de serviços de Internet, de registos de contactos telefónicos e de transmissão de dados, como são os casos da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões⁴¹, da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários⁴², e outras entidades de supervisão financeira quanto ao abuso de mercado, nos termos do recente Regulamento EU n.º 596/2014, de 16 de abril⁴³. Este acesso a dados de tráfego jamais se poderá confundir com escutas telefónicas ou interceções de comunicações eletrónicas.

Parece-nos importante referir, como nota relevante neste domínio que, conforme o entendimento fixado pelo Acórdão da Relação de Évora, de 20 de janeiro de 2015 referente ao Processo n.º 648/14.6 GC FAR, o regime processual das comunicações telefónicas previsto nos artigos 187.º a 190.º do CPP deixou de ser aplicável por extensão às telecomunicações eletrónicas,

⁴¹ *Vidé* artigo 3.º, n.º 1, alínea e d) do Anexo II da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro;

⁴² *Vidé* artigo 365.º, alínea d) do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, que aprovou o Código de Valores Mobiliários,

⁴³ *Vidé* alínea g) e h) do artigo 23.º daquele Regulamento;

crimes informáticos e recolha de prova eletrónica desde a entrada em vigor da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, (Lei do Cibercrime), como regime regra. Estas apreensões em sistema informático passaram a ficar sujeitas ao regime da apreensão de correspondência.

Em síntese, a interceção e o correio eletrónico “fechado” são proibidos pelo artigo 42.º, n.º 1 do RGCO por vigorar uma garantia de inviolabilidade absoluta da correspondência ou telecomunicações. Todavia, as comunicações já abertas, guardadas em suporte não digital, podem ser apreendidas e valoradas como prova contraordenacional. (Albuquerque, Comentário ao Regime Geral das Contraordenações, 2011:160).

Quanto à localização celular, também o artigo 42.º, n.º 1 do RGCO e o artigo 34.º, n.º 4 da CRP, não permitem esse meio de obtenção de prova, nem tampouco a colocação de um recetor de geolocalização em viaturas.

Recorrentemente coloca-se a questão quanto à recolha de imagens e voz por qualquer meio, nos termos do artigo 6.º da Lei 5/2002⁴⁴, de 11 de janeiro, para efeitos de aproveitamento da prova contraordenacional, cuja resposta só poderá ser de proibição absoluta, atendendo a que a previsão normativa define um catálogo exclusivamente de ilícitos criminais que exclui por completo os ilícitos contraordenacionais. Porém, as imagens obtidas em sistemas de videovigilância, desde que devidamente licenciados, podem ser utilizadas como meio de prova em processos por contraordenação. Neste sentido, pese embora o objeto tenha incidido em sistema de gravação de imagem pela GNR no âmbito da fiscalização rodoviária do controlo de velocidade, tanto o já aludido Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de junho de 2008, referente ao Processo n.º 401/07.3 TBSRE como o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 7 de novembro de 2016, Processo n.º 1862/15.2 T8VRL, pronunciaram-se pela legalidade deste meio de obtenção de prova, já que o que está em causa é o veículo e não o condutor acrescentando que o que se procura com aqueles instrumentos é “*salvaguardar a segurança das pessoas e bens, (...) daí a sua validade constitucional depois de ponderado o potencial lesivo dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos que a sua utilização pode representar*” (artigo 18.º da CRP).

⁴⁴ Esta lei estabelece o regime de combate à criminalidade violenta e económico-financeira.

Por último, as **ações encobertas**⁴⁵ como meio de obtenção de prova estão reservadas, em exclusivo, a atividades de prevenção e investigação criminal pelo que as autoridades policiais ou administrativas não podem lançar mão deste método para fins contraordenacionais. Com efeito, hoje, começa-se a assistir à introdução de uma figura atípica, um pouco controversa, designada como “cliente mistério”, que não se confunde com a figura do agente provocador que convence outrem à prática de um ilícito, determina-lhe a vontade para a prática do ato ilícito, o que constitui um meio enganoso de obtenção de prova, conforme concluiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de dezembro de 2016, Processo n.º 4305/15.8 T8SNT.

O papel do “cliente mistério” consiste em assumir um comportamento que materialmente em nada se distingue de um outro qualquer “cliente”, ainda que assuma um papel intencional de avaliar uma determinada prática. No limite é um agente provocador para ato lícito podendo deparar-se com uma prática desviante.

3. As buscas como meio de obtenção de prova, em especial

3.1 Conceito de busca e sua admissibilidade

A noção técnico-jurídica de buscas, enquanto meio de obtenção de prova, apenas se alcança no artigo 174.º, n.º 2 do CPP, por aplicação subsidiária do artigo 41.º do RGCO, podendo ser *“levadas a cabo em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, quando houver indícios de que nesses locais se esconde o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, ou que neles se encontrem quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova no processo”* e precedidas de autorização judicial - Ministério Público ou Juíz de Instrução Criminal - consoante as fases do processo, inquérito ou instrução, e o lugar onde se realiza, domicílio ou não (Jesus, 2016:226). Em algumas circunstâncias, os órgãos de polícia criminal podem realizar estas diligências de prova sem necessidade de autorização judicial prévia, concretamente, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente

⁴⁵ Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto;

organizada; quando os visados consentam e declarem-no expressamente; e em flagrante delito por crime a que corresponda pena de prisão (artigo 174.º, n.º 5 do CPP).

De acordo com esta definição, as buscas incidem sobre locais, ao contrário das revistas, que têm como objeto pessoas, e visam a detenção de alguém ou a descoberta de objetos com interesse probatório para a investigação de um crime ou, sendo possível, de uma contraordenação.

Resulta assim que, atento o artigo 42.º do RGCO, as buscas, por representarem uma intromissão na vida privada e por colidirem com um núcleo primário de direitos fundamentais, não são admissíveis como meio de obtenção de prova (artigo 34.º, n.º 1 e 2 da CRP), muito menos para legitimar a detenção de um arguido. Aquela disposição é perentória ao rejeitar, no seu n.º 1, a prisão preventiva pela prática de uma contraordenação, e no n.º 2, todas as provas que colidam com a reserva da vida privada. No caso, o acesso a um lugar reservado, não acessível ao público, para deter um suspeito pela prática de uma contraordenação, é um ato ilegal, absolutamente proibido, constituindo essa prática um crime de denegação de justiça e prevaricação, previsto e punido pelo artigo 369.º, n.º 3 do CP. No mesmo sentido, o artigo 31.º da CRP, consagra a figura do *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de uma prisão ou detenção ilegal.

As buscas, em regra, têm como finalidade primária a apreensão de objetos com elevado interesse probatório que se encontrem em lugares reservados mas apenas são admissíveis em processo contraordenacional mediante o consentimento do visado e desde que documentado por qualquer forma (alínea b), do n.º 5 do artigo 174.º do CPP). São, assim, um meio de obtenção de prova relativamente proibido.

As buscas, consoante os lugares onde se realizam, podem ser designadas como domiciliárias ou não domiciliárias, pelo que o conceito jurídico de domicílio é determinante para esta distinção e, por isso, não raras vezes, a questão tem sido suscitada junto do Tribunal Constitucional. É disso exemplo, o Acórdão n.º 596/2008, Processo n.º 1170/07, em que aquele tribunal recorrendo ao preceito constitucional do artigo 32.º, n.º 1 e 2, considera o domicílio como “*a projeção espacial da pessoa, pretendendo-se, com a consagração da sua inviolabilidade, assegurar a protecção da dignidade humana, ou seja, a protecção do domicílio*”

radica na personalidade humana e na necessidade de garantir o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar” e acaba por fixar o conceito jurídico-constitucional de domicílio como sendo “a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde, recatada e livremente, se desenvolve uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar”.⁴⁶

A este propósito, e em face deste entendimento, as sedes das pessoas coletivas, muito relevantes no campo contraordenacional, não são tidas como domicílio, ao contrário do que se poderia pensar por força do artigo 12.º, n.º 2 da CRP, que postula que as pessoas coletivas gozam dos mesmos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua função. Ora, acompanhando aquele Acórdão, *“as sedes das pessoas coletivas não são abrangidas pela garantia prevista na disposição em apreço. De anotar, em relação às pessoas coletivas, que aí nunca se pretende acautelar a privacidade do cidadão. Trata-se de direito de que uma pessoa colectiva não pode em caso algum ser titular.”*

Esta questão não é de somenos importância, porquanto tratando-se de domicílio, o regime das buscas já não se encontra no artigo 174.º, n.º 2 do CPP, mas sim, no artigo 177.º do CPP, que determina um conjunto de formalidades mais exigentes e restritivas, já que se trata de meio de obtenção de prova com um nível de intrusão mais profundo, que contende com o direito fundamental à privacidade e liberdade da pessoa.

Tratando-se de busca domiciliária, ela só pode ser ordenada por um juiz e efetuada no período entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade. Haverá exceções a esta regra, ou seja, buscas domiciliárias noturnas (entre as 21 e as 7 horas) quando se trate de crimes de terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada; quando ocorra o consentimento do visado; ou em flagrante delito a que corresponda um tipo legal de crime com pena superior a três anos. Atenta a perigosidade destas condutas e, em caso de urgência ou perigo na demora, estas buscas podem ser ordenadas pelo Ministério Público (MP) ou executadas pelos órgãos de polícia criminal (OPC), no período entre as 7 e as 21 horas. No período noturno, o MP ou os OPC só podem realizar buscas

⁴⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/89, publicado no *Diário da República*, I Série, de 22 de julho de 1989, citado em abundância por outros arestos daquele Tribunal;

domiciliárias com o consentimento do visado ou em flagrante delito pela prática de crime com pena superior a 3 anos⁴⁷.

Acrescem ainda outras exigências, em razão da natureza profissional ou funcional dos locais a buscar, como sejam escritórios de advogados ou consultórios médicos, em que a busca terá que ser autorizada e presidida por um juiz, com necessidade de comunicação prévia ao presidente local da Ordem dos Advogados ou Ordem dos Médicos, respetivamente, para, querendo, estarem presentes ou fazerem-se representar por delegado. Como última exceção, obedecendo aos mesmos formalismos, se ocorrer em estabelecimento de saúde, a comunicação é feita ao presidente do conselho diretivo ou de gestão do estabelecimento de saúde (n.º 6 do artigo 177.º do CPP). Estes locais são considerados domicílios profissionais e, por isso, gozam de tutela reforçada, ficando sujeitos ao regime das buscas domiciliárias.

Do exposto, resulta que, o RGCO, apesar de subsidiariamente socorrer-se do regime processual penal, *ex vi* do artigo 41.º, para efeitos de obtenção de prova através de buscas, auto limita-se pelo seu artigo 42.º, n.º 2 e pelo artigo 34.º n.º 2 da CRP, pelo que não são admissíveis quaisquer buscas, a não ser as consentidas voluntariamente pelos titulares do direito.

Mas será assim em todos os regimes contraordenacionais? Vejamos através da análise de alguns regimes contraordenacionais setoriais. Assim:

a) Regime Sancionatório do Setor Energético aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, assumiu-se como um regime setorial especial, processualmente muito distinto do RGCO, ainda que, subsidiariamente, *ex vi* artigo 4.º, recorra ao RGCO para processamento das infrações contraordenacionais, concedendo amplos poderes de inspeção e inquérito à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), e conferindo-lhe a instrução daqueles processos. E é precisamente no exercício destas competências que aquele regime ditou expressamente, no seu artigo 11.º, a possibilidade da realização de buscas domiciliárias quando estejam em causa contraordenações muito graves (artigos 28.º e 29.º), com prévia autorização do juiz de instrução que dispõe de 48 horas para emitir despacho, ordenando a data para início da diligência (n.º 4, do artigo 11.º);

⁴⁷ Nos casos de homicídio, ofensas à integridade qualificadas, roubo, furto qualificado, tráfico de estupefacientes, entre outros.

b) Regime Jurídico da Concorrência (RJC) aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, elencou, no seu artigo 18.º, um catálogo de poderes de inquirição, busca e apreensão aos funcionários da Autoridade da Concorrência (AC), que lhes permite 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 (alínea c) do mesmo artigo 18.º) e condicionadas à autorização judicial, no caso, MP. Adiante-se ainda, a possibilidade da realização de buscas domiciliárias (artigo 19.º), entre as 7h e as 21h, mediante despacho de autorização do juiz de instrução que dispõe de um prazo de 48 horas para emissão dos competentes mandados com referência à data e início da diligência de investigação (n.º 6 do artigo 19.º). Este regime processual é substancialmente diverso do RGCO, pese embora se possa aplicar subsidiariamente, para efeitos de integração de lacunas (artigo 83.º);

c) Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGIC), definido pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro, na sua atual redação dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, permite a recolha de elementos considerados como relevantes e indispensáveis, com recurso a buscas a quaisquer locais, incluindo domicílios, mediante autorização da autoridade judiciária (artigo 215.º do RGIC), ainda que, no âmbito dos poderes de inspeção, as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal estejam obrigadas, por dever de colaboração, a facultar-lhe o acesso irrestrito aos seus sistemas e arquivos, incluindo os informáticos, onde se encontre armazenada informação relativa a clientes ou operações, informação de natureza contabilística, prudencial ou outra informação relevante no âmbito das competências do Banco de Portugal, bem como permitir que sejam extraídas cópias e traslados dessa informação (n.º 7 do artigo 215.º do RGIC);

d) Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade de Supervisão de Seguros e Resseguros (RJASR), aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, concede prerrogativas inovadoras à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), designadamente, poder requerer de modo devidamente fundamentado à autoridade judiciária competente que autorize a solicitação, a entidades prestadoras de serviços de telecomunicações, de rede

fixa ou de rede móvel, ou a operadores de serviços de Internet, de registos de contactos telefónicos e de transmissão de dados existentes (alínea d) do n.º 1 do artigo 3.º, Anexo II, do RJASR), sendo competente para esta autorização o MP, que dispõe de 48 horas para autorizar este pedido, com comunicação ao JIC para homologação; e para recolha de elementos tidos por necessários às averiguações, efetuar buscas a quaisquer locais, incluindo domiciliárias, sempre com autorização judicial (alínea a), do n.º 1 e n.º 2 do artigo 8.º, Anexo II, do RJASR). À semelhança do RGIC, também pode requerer à autoridade judiciária competente que autorize a solicitação, a entidades prestadoras de serviços de telecomunicações, de rede fixa ou de rede móvel, ou a operadores de serviços de Internet, de registos de contactos telefónicos e de transmissão de dados existentes.

e) Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), adotado pelo Decreto Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, na sua atual redação dada pela Lei n.º 79/2017, de 18 de agosto, para promoção de inspeções aos diversos locais onde se realizam operações urbanísticas, permite a entrada no domicílio mediante autorização judicial a requerer junto dos tribunais administrativos (artigo 95.º do RJUE). Ainda que não se trate de uma busca domiciliária em sentido próprio, o regime permite o acesso a esse espaço reservado tido como domicílio.

f) Regime Jurídico das Armas e Munições (RJAM), estatuído pela Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, que, para efeitos de fiscalização das condições de detenção de armas de fogo no domicílio, a que os detentores estão obrigados (concretamente, a possuírem um cofre ou armário não portáteis), não permite a realização de buscas domiciliárias, independentemente de os detentores, nos termos do artigo 39.º, terem o dever de colaborar com as autoridades policiais, mas sem estarem obrigados a autorizar a entrada no domicílio pela PSP para inspeção. Perante uma denúncia sobre o incumprimento das condições de guarda de armas de fogo⁴⁸, a PSP está, portanto, impedida de prosseguir com o seu dever de fiscalização.

Chegados aqui, estamos em condições de poder concluir que o RGCO não permite meios de obtenção de prova intrusivos, concretamente, a possibilidade

⁴⁸ Só se tiver na sua posse mais do que 2 (duas) armas de fogo;

de buscas domiciliárias e não domiciliárias sem o consentimento dos visados, ao contrário de alguns dos regimes especiais que atrás se analisaram.

Neste pressuposto, importa saber se o RGCO, hoje, responde aos desafios de uma nova ordem social e económica ou, se pelo contrário, há necessidade de o reformar ou de criar novos regimes setoriais. Para tanto, apresentaremos no próximo capítulo um estudo de caso.

CAPÍTULO III

Estudo de caso – regime jurídico da prevenção e proteção contra a publicidade e o comércio das novas substâncias psicoativas

1. Enquadramento legal

O Decreto-Lei n.º 54/2013, de 17 de abril, veio instituir o regime jurídico da prevenção e proteção contra a publicidade e o comércio das novas substâncias psicoativas (NSP) na sequência da Resolução da AR n.º 5/2013, de 28 de janeiro, que recomendou ao Governo a aprovação de normas de proteção da saúde pública relativamente às NSP que, consensualmente, eram tidas de elevada perigosidade⁴⁹ e que não se enquadravam no regime do Decreto-Lei n.º 15/1993, de 22 de janeiro, (Lei de combate à droga). Apresentavam-se como substâncias sintéticas legais que não se encontravam inscritas na tabela das substâncias tidas como ilícitas, vulgo, drogas.

O fenómeno assumiu contornos de enorme gravidade tendo-se registado, entre 2009 e 2012, a identificação de 236 NSP e, em janeiro de 2012, foram identificadas 693 lojas na internet de venda destas substâncias⁵⁰.

Em Portugal, assistiu-se à abertura de locais dedicados à venda indiscriminada destas substâncias, denominadas *smartshops*, que embora

⁴⁹ Na Madeira no ano de 2012 morreram 4 pessoas pelo consumo destas NSP; <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/bloom/madeira-drogas-legais-matam-mais-do-que-o-dengue> (consultado em 3/11/2017)

⁵⁰ Dados extraídos da página oficial do Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD) – www.sicad.pt – (consultada em 3 de novembro de 2017);

ameaçando gravemente a saúde pública, não se encontravam previstas na lei penal, o que condicionava a atuação das autoridades policiais e de saúde.

Eram substâncias que eram vendidas sob a forma de incensos, sais de banho, ervas, fungos ou fertilizantes e que, ingeridas, inaladas ou aspiradas, *“por aplicação na pele ou por quaisquer outras vias de absorção humana, representava(m) comprovadamente um perigo para a integridade física e psíquica das pessoas e, conseqüentemente, um risco para a saúde pública”*.⁵¹

Visou aquele diploma corresponder a um esforço europeu inscrito na Decisão n.º 2005/387/JAI, de 10 de maio, do Conselho da União Europeia, de troca de informação enquanto as NSP não estivessem sujeitas ao Direito penal⁵² em todos Estados Membros e de promover um controlo efetivo sobre o seu fabrico, venda e consumo.

Com a entrada em vigor do diploma proibiu-se a venda daqueles produtos “aparentemente” inofensivos e, por consequência, os estabelecimentos foram encerrados voluntariamente pelos seus exploradores. Porém, o comércio deslocalizou-se para o meio virtual fazendo-se vendas à distância (*internet*) facilitadas por pagamentos eletrónicos.

Em simultâneo, foi publicada a Portaria n.º 154/2013, de 17 de abril, contendo uma lista nominativa de 159 NSP que eram definidas no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 54/2013, como sendo *“substâncias não especificadamente enquadradas e controladas ao abrigo de legislação própria que, em estado puro ou numa preparação, podem constituir uma ameaça para a saúde pública comparável à das substâncias previstas na legislação penal, com perigo para a vida ou para a saúde e integridade física, devido aos efeitos no sistema nervoso central, podendo induzir alterações significativas a nível da função motora, bem como das funções mentais, designadamente do raciocínio, juízo crítico e comportamento, muitas vezes com estados de delírio, alucinações ou extrema euforia, podendo causar dependência e, em certos casos, produzir danos duradouros ou mesmo permanentes sobre a saúde dos consumidores”*.

⁵¹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 54/2013, de 17 de abril;

⁵² Em matéria penal já existem mecanismos de cooperação judiciária internacional – Lei n.º 144/99, de 31 de agosto;

Infelizmente, esta lista é interminável pois quase diariamente⁵³ se descobrem novas substâncias que não são passíveis de inclusão imediata na Portaria. Tratam-se de substâncias “*atualmente sintetizadas, (..) criadas para imitar os efeitos das existentes naturais ou sintéticas já controladas no âmbito das leis e lista das referidas. Outras são quimicamente semelhantes às substâncias psicoativas controladas, mas ao mesmo tempo suficientemente diferentes em termos da sua estrutura molecular para não serem incluídas nas referidas listas. Tem-se verificado que à medida que o controlo é exercido sobre as Novas Substâncias Psicoativas, são criadas variantes das mesmas*”⁵⁴.

Com efeito, entendeu o legislador tipificar como contraordenações a produção, fabrico, importação, exportação, publicidade, distribuição, venda, detenção ou distribuição destas NSP (artigo 4.º), punido-as com coimas de montantes variáveis entre 750 € a 3 740 € e 5 000 € a 44 890 €, consoante se trate respetivamente de pessoas singulares ou coletivas, (artigo 10.º). No caso a tentativa e a negligência também são puníveis (n.º 3 do artigo 10.º).

Esta tipificação não acompanhou o regime penal do Decreto-Lei n.º 15/1993, de 22 de janeiro, conhecida como lei da droga, sendo o bem jurídico protegido precisamente o mesmo, isto é, a saúde pública e a integridade física e psíquica das pessoas.

Assim sendo, aplicando-se o RGCO a este tipo de ilícitos, estarão as autoridades policiais e administrativas apetrechadas com os instrumentos de produção de prova adequados para enfrentar este fenómeno?

2. Meios de obtenção de prova permitidos no combate às novas substâncias psicoativas (NSP)

Da análise ao Decreto-Lei n.º 54/2013, de 17 de abril, conclui-se que se trata de um regime especial com um leque específico de regras procedimentais mas sujeito ao RGCO.

Donde, como se tratou no capítulo II, os meios de obtenção de prova estão circunscritos e limitados pelos artigos 42.º, n.º 1 e 2 do RGCO e 34.º da CRP,

⁵³ Existe um mecanismo de alerta rápido europeu que difunde constantemente o surgimento de NSP para que os Estados as possam contemplar na sua legislação.

⁵⁴ Extraído do sítio- www.sicad.pt – (consultado em 3 de novembro de 2017);

sendo absolutamente proibidos os que impliquem a intromissão na correspondência e nos meios de telecomunicações, ou seja, escutas telefónicas ou as ações encobertas; e relativamente proibidos, os que contendam com a reserva da vida privada, entenda-se, exames corporais, provas de sangue e buscas domiciliárias e não domiciliárias. Estes últimos são apenas admitidos por consentimento do titular do direito e interesses protegidos.

Ora, considerando a natureza do fenómeno das “drogas”, assente em atividades muito ocultas protagonizadas por associações criminosas disseminadas por todo o Mundo e com grande poder económico, só é possível travar um combate sério a este flagelo social com meios intrusivos de produção de prova, como sejam as escutas telefónicas, a interceção de comunicações eletrónicas, as ações encobertas e o recurso a buscas domiciliárias. Aliás, o próprio Decreto-Lei n.º 15/1993, de 22 de janeiro, (lei da droga), contempla precisamente esses meios, reforçados pela Lei n.º 141/2001, de 25 de agosto, das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, que integra no catálogo de crimes, o tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (que não se confundem com as psicoativas, objeto deste caso de estudo).

Se, como se viu, e conforme assumido na nota preambular do decreto das NSP, este comércio é *“especialmente difícil de controlar (...) pelas vendas à distância, facilitadas por encomendas e pagamentos efetuados por meios eletrónicos, e que apresenta sinais de expansão”*, como se alcança a prova de uma operação de importação, exportação ou venda que opera em meio virtual? Um recente estudo da *International Narcotics Control Board* (INCB) divulgado em vários jornais, alerta para a massiva utilização da *dark net* pelas redes de tráfico para comércio de droga e transferência de dinheiro utilizando *emails* encriptados e outras tecnologias eletrónicas⁵⁵. Este comércio *on line* de droga é um dos principais desafios das políticas de luta contra os estupefacientes e uma preocupação para as autoridades policiais. Note-se que alguns pagamentos são feitos em *bitcoins* (moeda digital) o que acrescenta ainda maior dificuldade à sua

⁵⁵ Extraído do sítio <http://tek.sapo.pt/noticias/internet/artigos/trafico-de-droga-aumenta-na-internet> - (consultado no dia 4 de novembro);

deteção por meios de obtenção prova, ditos normais⁵⁶. Veja-se, ainda, por exemplo, que um mero pedido das autoridades policiais, ainda que por via do MP ou do JIC, às operadoras de telecomunicações para identificação do titular de telemóvel⁵⁷ referenciado em anúncios publicitários de venda de NSP, não é possível por se tratar de uma contraordenação, visto que essa informação colide com a reserva da vida privada e, por isso, se encontra sujeita ao segredo das comunicações, só admissível em sede criminal.

Outra das dificuldades, prende-se com a investigação destes laboratórios de produção de NSP, em regra, de natureza artesanal, localizados em domicílios, para os quais não há possibilidade legal de aceder, porque o RGCO e o artigo n.º 34.º, n.º 4 da CRP, não permitem a execução de buscas domiciliárias.

Acresce, que estas dificuldades não se sentem apenas neste domínio mas, igualmente no âmbito do controlo rodoviário. Até ao momento, apenas é possível a realização de exames para deteção de álcool e para substâncias estupefacientes e psicotrópicas (artigo 157.º do CE), deixando de fora estas NSP. Portanto, um condutor que conduza sob o efeito destas substâncias, à luz do princípio da tipicidade, não tem qualquer possibilidade de ser detetado, pondo em causa, e de forma manifesta, a segurança rodoviária. O mesmo já não se passa quanto ao uso e porte de armas de fogo, que consagra a possibilidade de realização de testes de despistagem de álcool, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou outros produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica, ainda que tecnicamente não seja possível a realização de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 88.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, que estatui o RJAM.

Dito isto, estamos em condições de afirmar que o RGCO não é adequado nem eficaz a este combate, exatamente, por não permitir meios de obtenção de

⁵⁶ Também em matéria de comércio eletrónico - contratos celebrados à distância fora dos estabelecimentos -, o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, estabelece na totalidade um regime contraordenacional submetido ao RGCO que limita a atuação das autoridades policiais, já que os estabelecimentos são virtuais, estando os servidores alojados em espaços reservados e até em domicílios, não sendo pois admissível proceder ao barramento dos *sítes* à distância, como medida preventiva.

⁵⁷ O que não se confunde com o acesso aos dados de tráfego nem ao conteúdo das comunicações telefónicas, mas tão só a identificação do titular do número de telemóvel, à semelhança do defendido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 135/09.4 JAAVR, que considerou o fornecimento dessa identificação obrigatório, mesmo fora dos crimes de catálogo, uma vez que a norma visa proteger a reserva da intimidade da vida privada, ou seja, o acesso aos dados de tráfego, não à mera identificação. Doutra forma todos os restantes crimes praticados com recurso a telemóvel não poderiam ser investigados por não integrarem aquele catálogo restrito.

prova, há muito testados e assumidos como indispensáveis no âmbito destes fenómenos.

Em nosso entender, esta dificuldade de produção de prova obriga a repensar, desde logo, a tipificação destes factos como de mera ordenação social, bem como o RGCO que lhe está subjacente. Certo é que, mantendo-se tudo inalterável e ignorando as evidências de um Mundo Novo, não é possível inverter este tráfico em expansão com meios jurídicos desajustados à realidade. Aqui chegados, podemos apresentar algumas soluções alternativas:

- Ou se considera que este bem jurídico tem dignidade penal e carece de pena idónea, criminalizando-se, assim, estas condutas, integrando-as no regime legal dos estupefacientes e substâncias psicotrópicas do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, excepcionando-se o consumo como contraordenação, à semelhança do que já ocorre com a Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro⁵⁸. Aliás, é o próprio Decreto-Lei n.º 54/2013, de 17 de abril, que por norma remissiva do seu artigo 10.º, n.º 2, remete para o regime da Lei n.º 30/2000, de 29 novembro, equiparando os consumos e o regime processual. Dito de outro modo, passa a constituir Direito penal secundário. Note-se que, já a Decisão n.º 2005/387/JAI, de 10 de maio, do Conselho da União Europeia, manifestava essa preocupação em face da desarmonia jurídica dos vários Estados Membros, invocando nos seus considerandos iniciais que *“enquanto as novas substâncias psicoactivas não estiverem sujeitas ao direito penal em todos os Estados-Membros, poderão surgir problemas a nível da cooperação entre as autoridades judiciais e os serviços de aplicação da lei dos Estados-Membros devido ao facto de a ou as infrações em questão não serem puníveis ao abrigo da legislação do Estado requerente nem do Estado requerido”* é necessário estabelecer um mecanismo de intercâmbio rápido de informações⁵⁹. Parece que, atenta a danosidade destas NSP e o dever estadual de prevenção e repressão destes bens jurídicos, a opção criminal assegura-se como francamente mais eficaz. Doutra forma, este combate é cada vez mais difícil por não ser possível acionar os mecanismos de cooperação judiciária internacional (aplicados apenas em matéria criminal), nem

⁵⁸ Lei que estabeleceu o regime jurídico do consumo dos estupefacientes e que descriminalizou o consumo de estupefacientes tipificando-o como uma contraordenação – artigo 2.º -, sendo responsáveis pela processamento e aplicação de sanções as comissões de dissuasão da toxicod dependência existentes em cada distrito.

⁵⁹ O que não engloba informação sobre suspeitos ou redes de tráfico;

permitir meios de obtenção de prova intrusivos para fazer face ao comércio *on line* destas NSP. Ademais, tratando-se de uma atividade altamente lucrativa, nem sequer é possível acionar os mecanismos de repressão do branqueamento de capitais ou a ativação do grupo de recuperação de ativos. Neste campo, esta atividade (produção e venda) reforça o adágio popular de que “o crime (no caso contraordenação) compensa”.

- Ou, cria-se um novo regime setorial “reforçado” que contemple os meios jurídico-processuais adequados à investigação destes tipos de ilícitos, à semelhança de outros já existentes, bem sabendo que se correrá o risco de contribuir cada vez mais para a fragmentação do Direito contraordenacional. De facto, a proliferação de inúmeros regimes especiais, com maior autonomia, constituíram-se como verdadeiras derrogações do RGCO, mas concede-se que hoje são reconhecidamente mais eficazes. Exemplo disso é a Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, ao instituir um regime processual muito mais ágil e eficaz, desde a aplicação de um extenso catálogo de medidas cautelares abrangentes, às notificações eletrónicas, à proibição da instrução pelo autuante, a formas simplificadas de processo consoante a gravidade da contraordenação e, por último, à revogação da *reformatio in pejus*. É certo que, desta forma, pulveriza-se o quadro contraordenacional de regimes especiais mas, também, é possível, por razões de coerência material, criar “blocos” de regimes especiais. Exemplo disso, é o regime processual aplicável às contraordenações laborais e de segurança social⁶⁰, que contem o seu quadro processual próprio.

- Ou, se reforma profundamente o atual RGCO, consagrando novos mecanismos processuais que permitam a sua eficácia sancionatória e a sua afirmação enquanto lei-quadro das contraordenações, podendo incorporar alguns instrumentos jurídico-processuais que os regimes setoriais têm vindo a contemplar, até por via do Direito europeu. Uma alternativa poderia passar pela graduação das contraordenações em razão da sua gravidade (como já é prática assumida em diversos setores), classificando-as em leves, graves e muito graves e, conseqüentemente, sempre com observância dos princípios constitucionais da necessidade, proporcionalidade e adequação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, permitir meios de obtenção de prova mais intrusivos nas

⁶⁰ Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro;

contraordenações muito graves. Esta classificação condicionaria não só os meios de obtenção de prova mas também formas de processo diferentes – comum, sumaríssimo, suspensão provisória ou advertência -, consoante a necessidade probatória de cada contraordenação, sem prescindir de todas as garantias de defesa.

Parece-nos que, independentemente das alternativas apontadas, a reforma deste RGCO é urgente por se encontrar desatualizado deste novo ciclo de desenvolvimento económico-social. Se é certo que a sua importância enquanto Direito sancionatório público é inegável, o contexto histórico que presidiu à sua implantação foi substancialmente alterado. A realidade económico-social da década de 80, diga-se, do século passado, não é comparável à nova era digital e virtual dos últimos anos. Basta ver que os estabelecimentos físicos representam atualmente uma ínfima parte dos negócios *on line*, contudo, o RGCO é aquele que se aplica à generalidade das contraordenações. Ainda que a velocidade do direito não consiga acompanhar a dinâmica da vida real, e muitas vezes com benefícios para a racionalidade das opções políticas em detrimento das opções demagógicas, não poderemos deixar definhar o RGCO e assistir à emancipação e evolução dos regimes sectoriais.

Com isto não se pretende um reforço dos meios de produção de prova à custa do sacrifício dos direitos dos sujeitos processuais mas, não se pode continuar a assistir à batalha de David contra Golias.

Conclusões

Chegados a esta hora, impõe-se apresentar, por súmula, as conclusões deste caminho, ainda que breve, pelo reino das contraordenações, com especial destaque para os meios de obtenção de prova e, no caso, as buscas domiciliárias e não domiciliárias.

O direito das contraordenações encontra as suas raízes histórico-jurídicas no Direito de polícia, posteriormente, no Direito penal administrativo e culminando no Direito de mera ordenação social.

Em Portugal, no final da década de 70, por contágio do Direito germânico, a par da força do movimento de descriminalização que alastrava por toda a Europa Liberal, foi instituído, em definitivo, o Direito contraordenacional com a publicação do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho. Era tempo de depurar o Direito penal de algumas bagatelas reservando-o para violações dos direitos fundamentais que pusessem em causa a personalidade ética do homem ou o seu livre desenvolvimento na sociedade. Relegava-se para o Direito contraordenacional os comportamentos que pese embora socialmente intoleráveis mas axiologicamente neutros, não careciam de uma pena criminal, nem de qualquer finalidade expiatória ou ressocializadora do agente bastando a mera advertência social ou disciplinar. Com isto, pretendia-se também desonerar os tribunais de julgamentos por factos sem qualquer dignidade penal.

Este novo ordenamento sancionatório alternativo e diferente do Direito criminal tinha como finalidade imediata conferir à Administração a possibilidade de cominação de sanções para garantir a eficácia dos seus comandos, sobretudo, nos domínios da economia, saúde, educação, cultura, ambiente e concorrência.

Contudo, essa urgência na vontade esbarrou com uma Administração impreparada para assumir tamanha tarefa, já que passaria a ser responsável pela aplicação da justiça administrativa. Também algumas questões de constitucionalidade, apenas ultrapassadas pela revisão constitucional de 1982, inviabilizaram a eficácia daquele novo regime. Finalmente, apenas através do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, é que se deu novo fôlego ao Regime Geral das Contraordenações.

Nesta fase operou-se uma cisão entre o Direito criminal e o Direito contraordenacional distinguindo-se qualitativamente crimes e contraordenações, com base no critério da ressonância ética. Porém, com o alastramento do Direito contraordenacional a vários setores de atividade e com o crescente pendor sancionatório do Estado, essa fronteira foi-se diluindo, reaproximando ambos os Direitos. Tanto, que surgiram os regimes setoriais mais “musculados” tutelando verdadeiros bens jurídicos com dignidade penal mas para os quais não se entendia necessária uma pena criminal e, com isto, deu-se a fragmentação do Direito contraordenacional pela derrogação parcial do RGCO.

Com efeito, o RGCO, que fora concebido para “enfrentar” delitos menores relacionados com a sã convivência social, como o desrespeito pelo horário de funcionamento de estabelecimentos ou a venda ambulante, volvidos cerca de 30 anos, confronta-se hoje com ilícitos graves e complexos, como é o caso paradigmático das novas substâncias psicoativas.

Foi precisamente esta realidade fática e a dificuldade de produção de prova que nos debruçámos sobre o RGCO e elegemos como pilar da nossa investigação a temática dos meios de obtenção de prova, em concreto, a admissibilidade de realização de buscas domiciliárias e não domiciliárias. Deste modo, constatámos que, nos termos do artigo 42.º do RGCO, relativo aos meios de coerção, de finalidades cautelares e probatórias, não é permitida a prisão preventiva nem são admitidas provas obtidas por intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação, assim como, nos termos do n.º 2, as provas que colidam com a reserva da vida privada. Tais proibições emanam dos preceitos constitucionais dos artigos 27.º e 34º da CRP, que estabelecem o direito à liberdade e segurança e a inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

Resulta, portanto, que as buscas, como meio de obtenção de prova, são expressamente proibidas pelo RGCO, não se aplicando subsidiariamente o CPP, *ex vi* artigo 41.º, porquanto, neste caso, foi intenção do legislador, à luz da ponderação dos interesses conflitantes entre a realização da justiça e o os direitos fundamentais dos cidadãos, não admitir estas intrusões na vida privada, com respeito, no limite, pela dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, se a intromissão na correspondência e nos meios de telecomunicação são considerados meios de obtenção de prova absolutamente

proibidos, já a entrada no domicílio ou os exames corporais, são apenas relativamente proibidos por poderem ser admitidos mediante consentimento dos titulares do direito.

Contudo, os vários regimes setoriais entretanto surgidos consagram expressamente a possibilidade de realização de buscas domiciliárias e não domiciliárias, o que, como se defendeu, são autênticas derrogações ao regime geral.

Porque consideramos, atualmente, não ser possível investigar estas novas substâncias psicoativas, altamente danosas para a saúde pública e integridade física e psíquica das pessoas, sem recurso a meios de prova mais intrusivos, desde logo, a buscas domiciliárias, entendemos que se torna imperioso, em nome do dever estadual de proteção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, criminalizar a produção, venda e distribuição destas substâncias, sem necessidade de criação de um novo regime setorial e, porque assim, se dá voz à verdadeira censura social e pública quanto a estas substâncias e se trata igual realidades iguais.

Não obstante, e por observância da evolução e eficácia dos regimes setoriais, muito impregnados por via do Direito europeu, impõe-se com urgência a reforma profunda do RGCO, por este regime se encontrar enfraquecido e desajustado à realidade desta nova ordem social, correndo o risco de perder a sua utilidade.

É premente hierarquizar a classificação dos ilícitos por gravidade (leves, graves e muito graves), proceder à definição de um catálogo de medidas cautelares com inclusão da possibilidade de pagamento de caução, consagrar a existência de novos meios de obtenção de prova e formas de processo, consoante o grau da contraordenação e o bem jurídico protegido, e definir prazos de instrução ajustados à forma do processo.

Neste nosso percurso, marcado pela omnipresença das contraordenações, percorremos alguns regimes contraordenacionais, todos eles a caminhar em velocidades muito diferentes e, no fim, percebemos que o regime geral acabou por ser o mais lento, fruto da sua inadequação e inadaptação ao vigor deste novo tempo....

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (2012). *A Reforma do Direito das Contraordenações, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Coimbra Editora;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (2011), *Comentário do Regime Geral das Contraordenações, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora;
- AMARAL, Diogo Freitas do, (2008). *O poder sancionatório da Administração Pública*”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Volume I*, Almedina;
- ANDRADE, Manuel da Costa, (1998). *Contributo para o conceito de contraordenação (A experiência alemã), in Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, Volume I, Problemas gerais*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora;
- ANTUNES, Manuel Ferreira, (2013). *Contraordenações e Coimas, Regime Geral*, 2.^a edição, Petrony, Lisboa;
- AZEVEDO, Tiago Lopes de, (2011). *Da subsidiariedade no direito das contraordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*”, Coimbra Editora;
- AZEVEDO, Tiago Lopes de, (2013). *O direito das contraordenações e o princípio da proibição da reformatio in pejus: em especial, a Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, o Código dos Valores Mobiliários e o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*”, in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Ética e Direito*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Tomo II;
- BRANDÃO, Nuno, (2016). *“Crimes E Contraordenações: da Cisão à Convergência Material”*, Coimbra Editora, 2016;
- CASANOVA, Nuno Salazar/MONTEIRO, Cláudio, (2007). *Comentários à Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez/16-2007*;

- CORREIA, Eduardo, (1998). *Direito Penal e direito de mera ordenação social in Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, Volume I, Problemas gerais*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora;
- COSTA, José de Faria, (1998). *A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*”, in *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, Volume I, Problemas gerais*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora;
- DIAS, Augusto Silva, (1999). “*Crimes e contraordenações fiscais*”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume II, Problemas especiais*, Coimbra Editora;
- DIAS, Augusto Silva, (2009). *Entre comes e bebes: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da relação de Coimbra de 10 e julho de 1996)*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume III*, Coimbra Editora;
- DIAS, Jorge de Figueiredo, (1983) *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in *Jornadas de direito criminal: O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa;
- DIAS, Jorge de Figueiredo, (1998). *Para uma dogmática do direito penal secundário*, in *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, Volume I, Problemas gerais*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora;
- GOMES, Carla Amado, (2012). *As contraordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de agosto: Considerações gerais e observações tópicas*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. I*, Almedina, Coimbra;
- JESUS, Francisco Marcolino, (2016). *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra;
- LEITE, Inês Ferreira, (2015). *A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional*, in *Regime Geral das Contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais*, Centro de Estudos Judiciários, E-book, Lisboa;
- LUMBRALES, Nuno, (2006). *Sobre o Conceito Material de Contraordenação*, Universidade Católica Editora;

- MACHADO, Miguel Pedrosa, (1998). *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contraordenações*, in *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, Volume I, Problemas gerais*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora;
- MOUTINHO, José Lobo, (2008). *Direito das Contraordenações, Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora;
- PEREIRA, António Bessa, (2005). *Regime Geral das Contraordenações e Coimas*, Anotado, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra;
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, (2009). *As Codificações sectoriais e o papel das contraordenações na organização do direito penal secundário*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume III, Coimbra Editora;
- QUEIRÓS, Virgílio; MIRANDA, Sofia, (2005). *Breviário Latim-Português, Quid Juris*, Lisboa;
- ROCHA, Manuel Lopes/DIAS, Mário Gomes/FERREIRA; Manuel C. Ataíde, (1995). *Contraordenações*, Escola Superior de Polícia, Lisboa;
- ROCHA, Manuel Lopes/DIAS, Mário Gomes/FERREIRA; Manuel C. Ataíde, (1994). *Contraordenações, Legislação e Doutrina*, Escola Superior de Polícia, Lisboa;
- SOARES, Paulo, (2017). *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*, 2.ª Edição, Almedina, 2017;
- SILVA, Germano Marques, (2002). *Curso de Processo Penal II*, 3ª edição, Verbo, Lisboa;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, (2005). *Revistas e buscas*, 2ª edição, Almedina, Coimbra;
- VEIGA, Rui Soares, (2009). *Legalidade e Oportunidade no Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras, coordenação de Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora;
- VILELA, Alexandra, (2015). *O direito contraordenacional: um direito sancionatório com futuro?*, in *Anatomia do Crime*, Revista de Ciências Jurídico-criminais, n.º 2 julho-dezembro, CIDPCC, Almedina, Coimbra;
- VILELA, Alexandra, (2013). *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Editora;

Sites consultados:

www.tribunalconstitucional.pt;

www.stj.pt;

www.dgsi.pt;

www.pgdlisboa.pt;

www.sicad.pt;

www.cej.pt;