



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Ex.^{mo} Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da Autoridade da Concorrência
M.I. Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues

Assunto: Consulta Pública sobre o Projecto de “Linhas de Orientação sobre a instrução de processos” – Observações da Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL

Contactos: mgh@servulo.com e as@servulo.com

Enviado por e-mail: consultapublica@concorrencia.pt

Lisboa, 8 de Setembro de 2023

Em resposta à Consulta Pública promovida pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) a 7 de Julho de 2023, tendo por objecto a Proposta de Projecto de Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (abreviadamente, “**Projecto**”), a SÉRVULO & ASSOCIADOS vem, respeitosamente, apresentar as suas Observações.

Saúda-se a iniciativa da AdC em submeter este importante Projecto a consulta pública e o espírito de diálogo construtivo com os diversos interessados que vem adoptando ao longo do processo. Contudo, não pode deixar de lamentar-se, genericamente, o teor de algumas das soluções propostas.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Por fim, a SÉRVULO & ASSOCIADOS gostaria de salientar que as presentes observações constituem exclusivamente uma posição preliminar face ao teor, sentido e objetivos da Proposta. O presente contributo é público, desde já se manifestando a necessária concordância quanto à sua divulgação.

Com os melhores cumprimentos

SÉRVULO & ASSOCIADOS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP, RL



I. Sumário Executivo

1. Uma vez que ainda não está jurisprudencialmente estabilizada a admissibilidade da apreensão de correio electrónico em processos contraordenacionais por violação dos artigos 9.º e 11.º do Regime Jurídico da Concorrência, as Linhas de Orientação devem ser mais cautelosas, adoptando uma leitura do regime jurídico da concorrência (RJC) mais conforme à lei e à Constituição.
2. À semelhança do que já sucede com as Linhas de Orientação sobre instrução de processos ainda em vigor, deve a AdC esclarecer o modo como interpreta o conceito de “*autoridade judiciária*”, enquanto entidade competente para autorizar a realização de diligências de busca e apreensão. Só assim é que se atingirá “*a finalidade principal das Linhas de Orientação [que] é fornecer orientações práticas sobre a instrução pela AdC de processos contraordenacionais por violação das regras da concorrência, com vista a assegurar maior transparência e previsibilidade quanto aos mesmos e, conseqüentemente, aumentar a eficácia e a eficiência na análise e acompanhamento das práticas restritivas da concorrência*” (§2).
3. Neste sentido, as Linhas de Orientação devem clarificar expressamente que tais diligências de busca e apreensão, caso admitidas em processo contraordenacional, só podem ser realizadas com a intervenção do juiz de instrução criminal. Essa é a melhor leitura da lei, a que está em conformidade com o entendimento do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.ºs 687/2021, 91/2023 e 314/2023) e, além disso, a que o senhor presidente do conselho de administração sugeriu ser expressamente adoptada, na audição que



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

decorreu na Comissão de Economia da Assembleia da República, de 7 de Junho de 2023.

4. Como a apreensão de mensagens de SMS/*chat* e mensagens instantâneas, em processos contraordenacionais jus-concorrenciais não é admitida por lei, também não é aceitável que o Projecto a preveja. De todo o modo, a ser admissível, será sempre necessária a autorização prévia do juiz de instrução criminal.
5. Sobre a possibilidade de serem feitas diligências complementares de prova após pronúncia sobre a Nota de Ilicitude e de ser emitida uma ou mais novas notas de ilicitude, propugna-se que as Linhas de Orientação sejam redigidas em conformidade com a CRP e que a AdC aguarde até que a (in)constitucionalidade das normas contidas nos n.ºs 4 a 6 do artigo 25.º do RJC sejam apreciadas pelo Tribunal Constitucional. Em nosso entender, as referidas normas do RJC padecem de inconstitucionalidade material, em particular, por violação dos direitos de defesa, de contraditório e de igualdade de armas das visadas.
6. O cumprimento do disposto no n.º 5 do artigo 31.º do RJC não se basta com a indicação no pedido de elementos, em abstracto, de que a informação e a documentação obtida podem eventualmente ser utilizadas, no futuro, como meio de prova num qualquer outro processo sancionatório em curso ou a instaurar. Assim, as Linhas de Orientação devem explicitar que deve haver lugar ao contraditório quando, em concreto, a AdC pretenda utilizar tais informações (prestadas ao abrigo de anteriores pedidos de elementos) noutros processos de supervisão ou sancionatórios.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

7. Relativamente ao desentranhamento de elementos de prova apreendidos, as co-visadas devem conhecer toda a prova produzida (ainda que, posteriormente, desentranhada), para efeitos do exercício dos seus direitos de acesso ao processo, contraditório e defesa, mesmo que esses elementos não tenham sido apreendidos nas suas instalações e respeitem a outras empresas ou pessoas singulares.
8. As Linhas de Orientação devem esclarecer que a Nota de Ilicitude deve fornecer ao visado todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, incluindo a indicação do montante das coimas, sob pena de violação dos artigos 24.º, n.º 3, alínea *a*) e 25.º, n.º 1, do RJC e, bem assim, através deles do direito de defesa dos arguidos ou visados e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.ºs 1 e 10, da CRP).
9. A concordância prática de valores contraditórios (publicidade das notas de ilicitude e das decisões da AdC *versus* salvaguarda da presunção de inocência dos visados) é assegurada com o trânsito em julgado das decisões condenatórias. As decisões e os comunicados de imprensa da AdC devem respeitar o princípio da presunção de inocência, como aliás já tem sido reconhecido pela jurisprudência, sem depender da necessidade de as empresas o impugnar expressamente, também em nome do princípio da lealdade processual.
10. A lei aplicável para o acesso a informação confidencial que contém segredos de negócio, para efeitos de indemnização de potenciais vítimas de práticas restritivas da concorrência, é a Lei do *Private Enforcement* (enquanto lei especial) e não o Regime de Acesso à Informação Administrativa e Ambiental



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

(lei geral). Neste sentido, não vemos como possa prever-se o recurso a este último regime.

II. Apreensão de mensagens de correio electrónico em processos contraordenacionais jus-concorrenciais (§§ 49 a 90 do Projecto)

11. O Projecto parte do princípio que é constitucionalmente admissível e legal a apreensão de correspondência electrónica em processo contraordenacional por infracção ao RJC.
12. Todavia, esta questão não se encontra estabilizada na lei nem na jurisprudência. Tem-se discutido na Assembleia da República – tendo sido **eliminada em todos os processos legislativos, aquanda da adopção e revisão do RJC** – e nos tribunais nacionais a sua (in)admissibilidade. Em nosso entender, o Projecto deveria ser mais cauteloso, adoptando uma leitura do RJC mais conforme à protecção dos direitos fundamentais das empresas e, como daí decorre, da lei e da Constituição. Abaixo segue uma súmula dos argumentos de natureza contraordenacional, constitucional e de direito da União Europeia que militam a favor da inadmissibilidade daquela apreensão.
13. Em primeiro lugar, o artigo 34.º, n.º 4, da CRP é claro ao ressaltar apenas do princípio da inviolabilidade os “*casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”, excluindo assim - desde logo, literalmente - a apreensão nos processos de natureza contraordenacional.
14. Como bem afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, a referida inviolabilidade de princípio consente apenas “*as restrições previstas neste preceito*” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição

revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 540). Sendo claro que a ressalva prevista no n.º 4 do artigo 34.º se reconduz aos *“casos previstos na lei (reserva de lei) em matéria de processo penal (e não para outros efeitos) e mediante decisão judicial (artigo 32.º-4).”* (ibidem, p. 543).

15. Inclusivamente, mesmo dentro das *“restrições legais, em matéria de processo penal, [as ingerências] devem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, não podendo, conseqüentemente, ser admitidas para todos os tipos de crime, devendo limitar-se a servir de instrumento para a investigação de crimes graves e de elevada complexidade, cujo combate imponha a necessidade de ingerência nas comunicações, sob pena de se frustrar a possibilidade da sua investigação. (...) A Constituição só admitirá limitações ao sigilo da correspondência e das comunicações dirigidas a pessoas sobre as quais recaiam indícios da prática de um crime de catálogo.”*
16. Mais: para além de a letra do artigo 34.º, n.º 4, da CRP apenas consentir ingerências na *“correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação”* nos *“casos previstos na lei em matéria de processo criminal”*, tem-se ainda recusado, à luz do mesmo artigo, a exportação da prova obtida no quadro do processo criminal para outros tipos de processo.
17. Em suma, se a criação de um regime autónomo em sede de aplicação de lei processual penal, e estranho ao Código de Processo Penal, não é permitida no domínio penal relativamente à apreensão de mensagens de correio electrónico ou de natureza semelhante quando o mesmo contrariar *“normas jurídico-constitucionais relevantes, em particular as que dizem respeito a direitos fundamentais e às garantias em processo penal, bem como as que consagram princípios fundantes do Estado de Direito, como o princípio da proporcionalidade”*

(cf. Acórdão n.º 687/2021, n.º 13), então, **por maioria de razão, e tendo em conta o respectivo sentido finalístico e os interesses a prosseguir, não se poderá admitir que o mesmo vigore no domínio contraordenacional** onde, por força da menor relevância axiológica (ou seja, de tutela de bens jurídicos), e sobretudo ético-jurídica, **menos se justifica a compressão de direitos fundamentais em matéria de correspondência e dados pessoais.**

18. Na declaração de voto de vencido do Senhor Juiz Conselheiro Afonso Patrão, relativa ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023¹, é destacado que está em causa um entendimento que não reconhece sequer ao visado o estatuto constitucional de arguido e as respetivas garantias de processo penal:

*“A referência explícita ao processo criminal no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição tem um **propósito inequívoco**, associado não só às finalidades que podem legitimar a intervenção legislativa de restrição – atenta a maior gravidade ético-jurídica que lhe é associada –, como também (ou principalmente) ao modo como ocorrem essas intromissões, que é constitucionalmente regulado: **só a convocação do direito penal implica a mobilização do estatuto constitucional de arguido (i); a atribuição de todas as garantias de processo criminal constantes do artigo 32.º da Constituição (ii); a direção do inquérito por magistrados do Ministério Público, e não por entidades administrativas (iii); a vigência integral e rigorosa de todas as dimensões do princípio da legalidade criminal (iv); e a reserva de lei parlamentar na tipificação das condutas (v)**” (realces nossos).*

19. O Senhor Juiz Conselheiro acrescenta que

¹ Acórdão do Tribunal Constitucional de 16.3.2023, n.º 91/2023.

“Trata-se (...) de uma verdadeira «burla de etiquetas». Admite-se a utilização de medidas constitucionalmente reservadas ao processo penal em procedimentos sancionatórios libertos das garantias do processo criminal. Concede-se ao legislador a opção de, para proteção de bens jurídicos com dignidade constitucional, punir comportamentos como mera contraordenação ou infração disciplinar (assim se eximindo às constrações da constituição penal) e ditar a viabilidade das mesmíssimas intromissões nas comunicações que a Constituição associou às garantias do processo criminal”.

20. E conclui, lapidarmente, que

*“Por um lado, ocorre um **esvaziamento da «reserva absoluta de processo criminal»** do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição. **Possibilitam-se, em abstrato, escutas telefónicas para investigação de contraordenações rodoviárias respeitantes à segurança do trânsito (que tendem à proteção da vida e integridade física das pessoas) ou de ilícitos administrativos de depósito e abandono de resíduos (que visam defender o ambiente).** Por outro lado, substitui-se a «reserva de processo criminal» pelo critério da «putativa criminalização». O que gera **intolerável insegurança jurídica quanto a saber se certo valor contraordenacionalmente tutelado teria dignidade para, caso houvesse necessidade, comportar hipotética punição penal.**” (realces nossos).*

21. Em segundo lugar, ainda que a proibição da apreensão de correspondência electrónica (aberta ou não) no quadro de um processo contraordenacional não decorresse da própria letra da CRP, concretamente do artigo 34.º, n.º 4 (como se viu que decorre), sempre tal decorreria dos princípios constitucionais vigentes, designadamente do **princípio da proporcionalidade** (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

22. Com efeito, seria absolutamente desproporcional e injustificado permitir - para investigação de ilícitos de mera ordenação social, por definição de menor desvalor axiológico e ético-jurídico - a (mesma) restrição dos mesmos direitos fundamentais possibilitada para investigação de ilícitos criminais nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da CRP.
23. O entendimento professado pelo Tribunal Constitucional encontra-se alinhado quer com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que afirmou a existência de um *“princípio geral de direito comunitário que consagra a proteção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de uma pessoa singular ou colectiva”* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.10.2002, *Roquette Frères SA v Directeur général de la concurrence and Commission*, C-94/00, EU:C:2002:603, n.º 27),
24. quer com a do TEDH, que estende o manto de protecção do artigo 8.º da CEDH aos e-mails enviados e recebidos em contexto empresarial (Cf. Acórdão do TEDH de 3.10.2007, *Copland c. Reino Unido*, proc. 62617/00, n.ºs 41 e 42.).
25. Em terceiro lugar, também o direito positivo infraconstitucional tem seguido (e com isso reforça) a interpretação constitucional segundo a qual é inadmissível da apreensão de mensagens de correio electrónico (abertas ou não) no âmbito de um processo contraordenacional.
26. Veja-se, desde logo, o artigo 42.º do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”), que prevê claramente que



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

“1 - Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.

2 - As provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue, só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito”.

27. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, *“Desde logo, não é admissível a intromissão na correspondência e nos meios de telecomunicação para prova de uma contra-ordenação, tratando-se de uma proibição absoluta de prova (LEONEL DANTAS, 1995: 117, LOPES DE SOUSA e SIMAS SANTOS, 2001: 408, anotação 3.^a ao artigo 72.º, e FERREIRA ANTUNES, 2005: 244, anotação 7.^a ao artigo 42.º, e GÖHLER, anotação 64.º antes do §59.º, mas no sentido de que a proibição legal não alcança a correspondência e os meios de comunicação cuja utilização seja consentida quer pelo emitente/emissor quer pelo destinatário/receptor, OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL, 2009: 126, anotação 5.^a ao artigo 42.º). Esta regra vale também para as pessoas coletivas (sobre os direitos processuais das pessoas colectivas ver a anotação ao artigo 61.º do meu “Código de Processo Penal...”; neste sentido, LUÍS CATARINO, 2010: 501). Portanto, estão vedadas as escutas telefónicas, as intercepções de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio diferente do telefone, isto é, o telemóvel, o teletexto, o videofone, o correio electrónico ou outras formas de transmissão por via telemática e ainda as intercepções de comunicações entre presentes. Trata-se de uma consequência do artigo 34.º, n.º 4, da CRP, que só prevê as intromissões na correspondência e as intercepções nas telecomunicações e demais meios de telecomunicação para prova de crimes no processo criminal” (ob. e loc. cit., pág. 159).*

28. Paralelamente ao RGCO, nenhuma disposição do RJC, incluindo os seus artigos 18.º e 20.º, habilita a AdC a apreender mensagens de correio electrónico.

29. Como refere o actual vogal do conselho de administração da AdC, o prof. Doutor Miguel Moura e Silva,

“ não se pode esquecer que este poder [de apreensão de emails] levanta questões de constitucionalidade, na medida em que a CRP proíbe toda a ingerência das autoridades públicas na ‘correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal’ (n.º 4 do art. 34.º da CRP). Ora, caso se entenda que as mensagens de correio electrónico, ainda que lidas e arquivadas informaticamente, constituem ‘correspondência’, apenas em processo-crime e cumpridas as respetivas garantias será possível a sua apreensão válida: nesse caso, de pouco vale o RJC, uma vez que prevalece a exclusão destes meios de prova em processo contraordenacional por imposição da CRP. Mesmo numa leitura restritiva desta garantia constitucional, limitada a correspondência não aberta, só o juiz de instrução pode assegurar que as buscas e apreensões respeitam os limites constitucionais, através do exame pessoal da documentação a apreender”².

30. A mesma exacta opinião, aliás, que o presidente do conselho de administração da AdC acabou por sufragar na audiência parlamentar, como

² Não sublinhado no original, MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL, 3.ª ed., 2018, pp. 416-417.

já acima referido, na Comissão de Economia da Assembleia da República, de 7 de Junho de 2023³.

31. Também dos elementos racional e teleológico se retira a mesma conclusão: o RJC permite à AdC a apreensão de documentos, nos termos previstos no artigo 20.º, n.º 1, mas não permite, especificamente, a possibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico.
32. Quanto a disposições europeias, em Agosto de 2022, a Lei n.º 17/2022 transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2018 (Diretiva ECN+)⁴.
33. Segundo a actual redacção do RJC⁵, já após a transposição da Diretiva ECN+, não existe qualquer menção expressa ou implícita, acrescente-se, a mensagens de correio electrónico⁶. Basta ver que o conteúdo das alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC é igual ao das normas transpostas (cf. alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva ECN+), em que, no exercício de poderes sancionatórios, a AdC pode:
- “b) Inspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspeccionada;*

³ Cfr. audição do Sr. Presidente da AdC na Assembleia da República, de 7.6.2023, minutos 19 a 22, disponível em: <https://canal.parlamento.pt/?cid=7131&title=audicao-da-adc-autoridade-da-concorrenca>

⁴ Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.12.2018 que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (Diretiva ECN+).

⁵ Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto.

⁶ Artigo 18.º, n.º 2. O mesmo é postulado no artigo 21.º do RJC: “É competente para autorizar as diligências previstas nas alíneas *a*) a *d*) do n.º 1 do artigo 18.º e nos artigos 19.º e 20.º a autoridade judiciária competente da área da sede da AdC”.

c) Tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extratos dos documentos controlados e, sempre que o considere adequado, continuar a efetuar esse tipo de pesquisa de informação e seleção de cópias ou extratos nas instalações da AdC ou em quaisquer outras instalações designadas”.

34. Por último, o §60 sublinha que *“Estão em causa informações, dados ou esclarecimentos em qualquer suporte ou formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros e mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis ou outros dispositivos móveis, desde que acessíveis ao(s) destinatário(s), bem como esclarecimentos sobre a organização funcional interna da empresa, sobre a política de arquivo de correio eletrónico e sobre livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do seu suporte”.*

35. É a própria AdC quem – e bem, porque são coisas diversas – distingue os documentos dos *“ficheiros e mensagens de correio electrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas,...”*.

36. Aparentemente, estas disposições têm por base o disposto no artigo 6.º e nos considerandos 30 a 32, 35 e 73 da Diretiva ECN+.

37. O Projecto esquece, em primeiro lugar, que os considerandos não têm valor normativo e que não é certamente por acaso que há uma clara diferença entre o que resulta das normas da Diretiva e o que é expresso pela Comissão Europeia na sua proposta.

38. Contudo, a doutrina aponta que *“não há qualquer referência que o justifique no art. 6.º da Directiva nem em qualquer outra disposição normativa da Directiva. A expressão “correio eletrónico” só consta do considerando 35 e a respeito dos pedidos de informações e com relevantes limitações, nomeadamente pelo princípio da proporcionalidade.*⁷
39. Como a doutrina põe em evidência, sem ter sido contraditada: *“em ponto algum da parte dispositiva da Diretiva (UE) 2019/1 se prevê a possibilidade de acesso (com ou sem aviso prévio) a “dispositivos e equipamentos” nem a correio electrónico*⁸. O que sucede é que *“a Directiva distingue entre o que pode ser objecto de inspecções (arts. 6.º e 7.º) e o âmbito das provas que podem ser trazidas perante autoridades nacionais da concorrência (art. 32.º), estabelecendo que são realidades diversas, e bem, os ‘documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações’.* Como está bem de ver, o facto de poderem ser usados todos estes meios de prova para provar infracções ao direito da concorrência não significa que as autoridades os possam inspeccionar e apreender a todos”⁹.
40. Adicionalmente, e de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, citada pelo Tribunal Constitucional, *“o preâmbulo de um ato comunitário não tem valor jurídico obrigatório e não poderá ser invocado nem para derogar as próprias disposições do ato em causa nem para interpretar essas disposições em sentido manifestamente contrário à sua redação»* (cfr., entre muitos outros, Acórdão do TJUE de 2.4.2009, Hauptzollamt Bremen, proc. C-134/08, n.º 16; Acórdão do TJUE de 24.11.2005, Deutsches Milch-Kontor, proc. C-

⁷ Miguel Gorjão Henriques/Alberto Saavedra, “A Diretiva ECN + e a nova era do direito da concorrência — Desafios e limites”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80, 2020, pp. 238.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem*, p. 240.

136/04, n.º 32; Acórdão do TJUE de 19.11.1998, Gunnar Nilsson, proc. C-162-97, n.º 54)”¹⁰.

41. Em suma, mesmo que se pretendesse fazer uma qualquer “interpretação conforme”, “o art. 32.º da Diretiva (UE) 2019/1 não exige a solução proposta no anteprojecto e o considerando 73 do preâmbulo, *desprovido de valor jurídico obrigatório, não pode impor-se à Constituição portuguesa, ao princípio do estado de Direito democrático e ao direito à reserva da vida privada, previsto e protegido no art. 26.º, n.º 1, da CRP e no art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais*”¹¹.

III. Apreensão de mensagens de correio electrónico em processos contraordenacionais mediante autorização judicial (§§ 49 a 90 do Projecto)

42. Como se viu acima, no §59 do Projecto vem referido que o RJC permite a apreensão de mensagens electrónicas, de qualquer natureza, em processos contraordenacionais por infracção ao Direito da Concorrência “*sendo o despacho da autoridade judiciária competente suficiente para a sua realização*”.

43. Propositadamente, o Projecto utiliza a expressão que consta do n.º 2 do artigo 18.º do RJC acerca da entidade que autoriza as buscas: “*a autoridade judiciária competente*”. Todavia, deve a AdC esclarecer o modo como interpreta este conceito, porquanto:

“A finalidade principal das Linhas de Orientação é fornecer orientações práticas sobre a instrução pela AdC de processos contraordenacionais por

¹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional de 16.3.2023, n.º 91/2023.

¹¹ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/ALBERTO SAAVEDRA, *cit.*, pág. 241.

violação das regras da concorrência, com vista a assegurar maior transparência e previsibilidade quanto aos mesmos e, conseqüentemente, aumentar a eficácia e a eficiência na análise e acompanhamento das práticas restritivas da concorrência” (§2).

44. Aliás, nas ainda vigentes *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos*, de 22.3.2013, a AdC esclarece que:

“§48. Antes de iniciar as referidas diligências, os funcionários da Autoridade entregam à entidade visada cópia do despacho da autoridade judiciária [no caso, o Ministério Público da área da sede da Autoridade da Concorrência, nos termos do artigo 21.º da Lei n.º 19/2012] que autoriza a sua realização, do qual constam o objeto da investigação e a descrição dos ilícitos em causa.

***Nota de rodapé n.º 53:** as buscas realizadas nas sedes de pessoas coletivas não são buscas domiciliárias, pelo que a sua realização por parte da Autoridade, tal como resulta expressamente da Lei, apenas depende de autorização do Ministério Público”.*

45. Continua a AdC a entender que a autoridade judiciária competente para autorizar diligências de busca e apreensão nas instalações das empresas visadas é o Ministério Público ou, em linha com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TRL, considera que é um juiz?

46. De facto, dos Acórdãos n.º 687/2021, 91/2023 e 314/2023 do Tribunal Constitucional, e da recente jurisprudência do TRL, em particular no acórdão proferido no processo n.º 10626/18.0T9LSB-B.L1-PICRS¹², tornou-se claro

¹² O sumário deste acórdão do TRL de 15.6.2022 (proc. n.º 10626/18.0T9LSB-B.L1-PICRS) é o seguinte:

“1. A apreensão de correspondência digital no quadro de busca a realizar em investigação da prática de contra-ordenação é regida pelo art. 17.º da Lei do Cibercrime;

que o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio electrónico em processo de contraordenação da concorrência, só é admissível (o que não é o caso, atento o exposto *supra*) se for objecto de despacho judicial prévio.

47. Na doutrina, em comentário à proposta da AdC de anteprojecto de transposição da Diretiva “ECN+”¹³, é defendido que *“um padrão elevado de protecção dos direitos fundamentais deveria levar a nova legislação a declarar que as buscas ao abrigo de poderes sancionatórios devem sempre resultar de autorização do juiz de instrução criminal, dada a extensão dos poderes que a autoridade se arroga já hoje, e que este deve emitir uma decisão livre de acordo com os elementos disponíveis no momento da análise do pedido de autorização judicial feito pela AdC, cabendo também ao juiz, avaliar o preenchimento dos critérios e limites legais à concessão de tal mandado de busca. Também aqui as alterações não resultam da Diretiva (UE) 2019/1, que ressalva expressamente a aplicabilidade dos “requisitos previstos no direito nacional para a autorização prévia por parte de uma autoridade judicial nacional à realização de tais inspeções” [ver artigo 6.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2019/1, realce nosso]. Ao arrepio da Diretiva (UE) 2019/1 e das obrigações que impendem sobre o estado português quanto a uma adequada transposição para o seu direito interno, a AdC [no seu Anteprojecto] mantém a actual redacção do art. 20.º, n.º 1 do RJC em que tais diligências são “autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária” (que a AdC interpreta como podendo ser o Ministério Público)»¹⁴. Por o artigo 20.º, n.º 1 do RJC manter actualmente esta redacção, a crítica doutrinal mantém a sua pertinência. Todavia, não tendo*

2. Tal preceito não faz distinção entre correspondência aberta ou fechada ou comunicação digital lida e não lida;
3. É do juiz a competência para autorizar ou ordenar a apreensão mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante.”

¹³ Cfr. [Consulta Pública da Proposta de anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE \(Diretiva ECN+\)](#). Aí se inclui toda a documentação da Consulta Pública, incluindo as [Observações da Sérvulo & Associados](#).

¹⁴ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/ALBERTO SAAVEDRA, “Diretiva ECN+ e a nova era do direito da concorrência – Desafios e limites”, *cit.*, págs. 233-234.

esta norma sofrido alterações, deve a mesma ser interpretada em conformidade com o Direito Constitucional e com o Direito da UE.

48. Ora, é facto que a AdC tem interpretado a letra da lei, neste caso do RJC, como permitindo ao Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, ordenar ou validar despachos para apreensões e buscas. Erradamente.
49. A interpretação do RJC segundo a qual o Ministério Público, em sede de inquérito, e na qualidade de autoridade judiciária competente, tem a competência para autorizar ou ordenar a apreensão de mensagens de correio electrónico, abertas ou fechadas, já foi considerada inconstitucional em vários processos de diversa natureza – qualquer que fosse a perspectiva pela qual se olhasse – e, portanto, *“é inconstitucional por violação dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência e das comunicações (consagrado no artigo 34.º, n.º 1, da CRP), à proteção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática (nos termos do artigo 35.º, n.ºs 1e 4, da CRP), enquanto refrações específicas do direito à reserva de intimidade da vida privada, (consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), em conjugação com o princípio da proporcionalidade (nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e com as garantias constitucionais de defesa em processo penal (previstas no artigo 32.º, n.º 4, da Lei Fundamental”*. Assim o declarou o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 687/2021, de 30 de Agosto (cfr. n.º 46), bem como os Acórdãos n.º 91/2023 e n.º 314/2023.
50. A este respeito e neste sentido se têm manifestado diversas autoridades públicas.
51. A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), no seu Parecer/2021/80, sobre a Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.^a que transpõe a



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Diretiva (UE) 2019/1 – (consultável em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=110842>) –, concluiu com a seguinte recomendação: “A CNPD recomenda, por isso, a clarificação da redação do n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, explicitando ser **competência exclusiva da autoridade judicial, portanto do Juiz de Instrução Criminal**, autorizar as diligências de apreensão de comunicações eletrónicas ou de registos similares, sob pena de a norma comportar um desvio desproporcionado ao regime previsto no Código do Processo Penal para a apreensão da correspondência, quando se exigiria, precisamente, que em âmbito contraordenacional o regime fosse mais contido na definição desses poderes.” (n.º 49, nosso realce).

52. Significativamente, o Conselho Superior da Magistratura (CSM) pronunciou-se da seguinte forma sobre a Proposta de Lei n.º 45/XII (na origem do RJC):

“3.6.2. Ainda no âmbito das práticas restritivas da concorrência, falta uma norma habilitante da apreensão de mensagens de correio electrónico durante as buscas nas instalações das empresas, a qual deveria replicar o regime previsto na Lei do Cibercrime.

Na falta dessa norma, o Ministério Público continuará a excepcionar expressamente, no mandado de busca e apreensão, a possibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico já recebidas nos computadores existentes nas instalações das empresas”¹⁵.

¹⁵ Parecer do CSM disponível em:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a677a4d6d55324d6a41794c5746694d446b744e44686a4d4330344e4452684c575a6d4f44566d4d6d5a6b4f4445784e5335775a47593d&fich=832e6202-ab09-48c0-844a-ff85f2fd8115.pdf&Inline=true>.

53. Concretamente sobre este parecer do CSM, Carlos Botelho Moniz afirma que o mesmo “*pode concorrer para o entendimento de que a AdC não pode proceder à apreensão de mensagens de correio electrónico em sede de buscas nas instalações das empresas*”¹⁶.
54. Mais recentemente, aquando do processo legislativo que visou transpor a Diretiva ECN+ para o ordenamento jurídico pátrio, as exigências resultantes do artigo 34.º, n.º 4, da CRP continuaram em cima da mesa na discussão das propostas de alteração ao artigo 18.º, n.º 1, do RJC.
55. Com efeito, a Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva (UE) 2019/1 (ECN+), de 31 de Março de 2020, da AdC¹⁷, previa uma nova redacção para a alínea *b*), do n.º 1, do artigo 18.º, do RJC, por forma a incluir expressamente a possibilidade de se proceder à busca, exame, recolha e apreensão ou cópia de “*mensagens de correio electrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas*”¹⁸.
56. Tal proposta de alteração mereceu a crítica de diversas entidades, que se pronunciaram sobre a sua inconstitucionalidade, precisamente atendendo ao disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP (salientando ainda o visível conflito com o disposto no RGCO, no CPP e na Lei do Cibercrime).

¹⁶ AA.VV., *Lei da Concorrência Anotada* (coord. Carlos Botelho Moniz), Lisboa: Almedina, 2016, p. 194.

¹⁷ Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo.pdf

¹⁸ Em sentido materialmente igual, veja-se também a Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.^a que transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (ECN+).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

57. Destacamos os pareceres dados pela Comissão da Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação (CEIOPH) e pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (CACDLG) no âmbito do processo legislativo¹⁹, ambos no sentido da **inconstitucionalidade** da redação proposta para a alínea *b*), do n.º 1, do artigo 18.º do RJC, por violação do artigo 34.º, n.º 4, da CRP.
58. Concluindo, conforme já referido, a ausência de densificação nas Linhas de Orientação sobre instrução de processos, não materializa qualquer esclarecimento quanto ao RJC. Aliás, note-se que a AdC, na pessoa do seu Ilustre Presidente do Conselho de Administração, já admitiu, inclusive, a necessidade de alteração do RJC, de forma a “*retificar e corrigir algumas inconsistências e fragilidades*”, na sequência da prolação dos acórdãos do Tribunal Constitucional acima referidos²⁰.
59. Em face de tudo o que *supra* se expôs, entende a SÉRVULO & ASSOCIADOS que as *Linhas de Orientação sobre instrução de processos* devem **clarificar expressamente que as apreensões e buscas, caso admitidas em processo contraordenacional, só podem ser realizadas com a intervenção do juiz de instrução criminal. Essa é a melhor leitura da lei e em conformidade com o entendimento do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.º 687/2021, n.º 91/2023 e n.º 314/2023).**

¹⁹ Pareceres da CEIOPH e da CACDLG consultáveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=110842>

²⁰ Cfr. audição de 7.6.2023, *cit.*; e ainda notícia “Presidente da Concorrência defende alteração da lei e admite “apreensão” com acórdãos do TC”, Eco, 7.6.2023, disponível em: <https://eco.sapo.pt/2023/06/07/presidente-da-concorrencia-defende-alteracao-da-lei-e-admite-apreensao-com-acordaos-do-tc/>

IV. Apreensão de “*sms, mensagens trocadas em chat, etc.*” em processo contraordenacional jus-concorrencial (§§59 e 60 do Projecto)

60. No Projecto, nos seus §59 e §60, é afirmado o seguinte:

59. “*Relativamente à apreensão de mensagens eletrónicas (sejam elas mensagens de correio eletrónico, sms, mensagens trocadas em chat, etc.) importa realçar que, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas, a sua apreensão é admissível no âmbito do processo contraordenacional, sendo o despacho da autoridade judiciária competente suficiente para a sua realização*” (sublinhados nossos).

60. “*Estão em causa informações, dados ou esclarecimentos em qualquer suporte ou formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros e mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis ou outros dispositivos móveis, desde que acessíveis ao(s) destinatário(s), bem como esclarecimentos sobre a organização funcional interna da empresa, sobre a política de arquivo de correio eletrónico e sobre livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do seu suporte*” (sublinhados nossos).

61. Acima já se viu que a apreensão de correio electrónico não é legalmente admissível, e em qualquer caso nunca o será sem autorização judicial prévia. Essas considerações são, por maioria de razão, aplicáveis à apreensão de “*sms, mensagens trocadas em chat, etc.*”, designadamente a partir de “*telemóveis ou outros dispositivos móveis*”.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

62. Como se verá abaixo, a garantia da inviolabilidade da correspondência (incluindo a electrónica) não supõe o carácter pessoal ou particular do conteúdo da mensagem. Todavia, no caso em apreço é muito mais evidente que existe um maior risco de o conteúdo das mensagens estar ligado à esfera da vida privada das pessoas envolvidas no circuito comunicativo.
63. Neste contexto, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“TEDH”) tem defendido que a protecção da confidencialidade das comunicações se estende para além da esfera privada.
64. No caso *Niemitz*²¹, o TEDH pronunciou-se sobre a apreensão de correspondência no âmbito profissional e, por sua vez, no acórdão *Barbulescu*²², entre outros, o TEDH sublinhou que a “vida privada” deve ser entendida em sentido amplo²³.
65. Efectivamente, o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“CEDH”) garante um direito à “vida privada” em sentido lato, incluindo o direito a uma “vida social privada”. A jurisprudência do TEDH tem considerado que a noção de “vida privada” pode incluir actividades profissionais e actividades comerciais, onde se incluem mensagens de correio

²¹ [Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 16.12.1992, *Niemietz v. Germany*, n.º proc. 13710/88, n.º 29.](#)

²² [Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 12.1.2016, *Bărbulescu v. Romania*, n.º proc. 61496/08, n.º 35.](#)

²³ Cf. [Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27.7.2004, *Sidabras e Džiautas v. Lituânia*, n.º procs. 55480/00 e 59330/00, n.º 43](#); [Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 16.12.1992, *Niemietz v. Germany*, n.º proc. 13710/88, n.º 29](#); [Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29.4.2002, *Pretty v. the United Kingdom*, n.º proc. 2346/02, n.º 61](#); [Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 28.1.2003, *Peck v. the United Kingdom*, n.º proc. 44647/98, n.º 57.](#)



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

electrónico trocadas no âmbito profissional (*Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy v. Finlândia*, § 130).

66. Evidentemente, a vida profissional de um indivíduo é susceptível de ter repercussões na forma como este constrói a sua identidade social através do desenvolvimento de relações com os outros. Com efeito, é no decurso da sua vida profissional que a maioria das pessoas tem a possibilidade de desenvolver relações com o mundo exterior (cf. Acórdão *Niemietz*, *cit.*, § 29).
67. Em Portugal, extracta-se, com relevo para a questão em apreço, do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021, o seguinte:

“Ora, num universo social em que os sistemas informáticos adquirem progressivamente um papel mais presente na atividade humana, assumindo-se como instrumentos de comunicação e repositórios de informação de natureza pessoal e profissional, a pesquisa do seu conteúdo constitui invariavelmente uma intrusão na vida privada. No caso das mensagens de correio electrónico, o acesso indiscriminado permite facilmente traçar um retrato fiel, e muito completo, da vida do utilizador em causa, agregando informação atinente aos distintos planos da vida de cada pessoa – as distintas máscaras com que cada um se apresenta no plano social, laboral e familiar. O potencial ablativo de liberdade e a gravidade da intromissão na esfera privada – e até na esfera íntima – da pessoa que decorre da simples visualização da respetiva caixa de correio electrónico são, pois, de tal forma significativos, que devem mobilizar-se, neste campo, as mais intensas garantias que a Constituição confere à inviolabilidade das comunicações e à privacidade dos dados pessoais no domínio da informática; é essencial assegurar o cumprimento do dever estadual de abstenção, ou não ingerência, nestes domínios, a não ser em casos objetiva e rigorosamente delimitados, claramente justificados, e mediante atuação de órgãos que assegurem uma intervenção isenta e

imparcial, e um elevado grau de proteção dos direitos fundamentais afetados”.

68. Como já ficou escrito e aqui se reitera, no ordenamento jurídico português a garantia da inviolabilidade da correspondência (incluindo a electrónica), que decorre dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da CRP, “*não supõe o carácter pessoal ou particular do conteúdo da mensagem, não sendo posta em causa, nem pelo facto de os endereços de correio electrónico serem “profissionais”, nem pela eventualidade de o conteúdo das mensagens não se ligar à esfera da vida privada das pessoas envolvidas no circuito comunicativo*”²⁴.

69. Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, que temos vindo a seguir de perto, “*a autonomização da protecção da inviolabilidade das comunicações face ao direito à reserva da intimidade da vida privada tem justamente este sentido: a CRP garante a segurança das comunicações, independentemente da qualidade do destinatário ou da natureza da mensagem*”. Citando Manuel da Costa Andrade: “[n]ão se trata da privacidade em sentido material, mas, antes, de um caso paradigmático da privacidade em sentido formal. **Desde logo, é indiferente o conteúdo das missivas ou telecomunicações, não se exigindo que versem sobre coisas privadas ou íntimas nem que contendam com segredos. Pode tratar-se de matérias inteiramente anódinas, da troca de informações comerciais entre empresas ou mesmo da circulação de ofícios ou protocolos entre órgãos ou agentes da Administração Pública, em princípio expostos às regras da transparência**”²⁵.

70. O direito à confidencialidade das comunicações protege mais do que as meras comunicações pessoais privadas. Ora, se apenas as comunicações

²⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional de 16.3.2023, n.º 91/2023, cit., n.º 17.

²⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Comentário ao artigo 194.º”, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 1084, *apud* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023.

personais privadas fossem protegidas, seria necessário aceder a toda a correspondência para, identificando-a, qualificando-a ou classificando-a de acordo com essa natureza, determinar se ela beneficia ou não de protecção. A ser assim, o conteúdo da comunicação já estaria a ser divulgado, violando-se, assim, a privacidade e a confidencialidade. Considerando os princípios subjacentes à confidencialidade das comunicações - privacidade, liberdade de expressão e confiança nos serviços de comunicação - a lei consagra efectivamente protecção sem distinguir as tecnologias (ou vias concretas) de comunicação, independentemente da natureza das informações trocadas.²⁶

71. Ora, conforme referido, as mensagens de correio electrónico são trocadas num âmbito tendencialmente profissional, estando armazenadas em caixas de correio electrónico de natureza profissional e alocadas a colaboradores de determinada empresa. Ainda assim, carecem da protecção acima referida.
72. A protecção conferida a tais mensagens aplica-se *“independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis ou outros dispositivos móveis”* (§60 do Projecto).
73. Como já se referiu, o acima exposto é aplicável, por maioria de razão, às mensagens de *sms, chat* e sistemas de mensagens instantâneas, etc.
74. Em relação a estas categorias constata-se que, na maioria dos casos, as contas criadas para utilização deste tipo de serviços são pessoais, sendo o número

²⁶ Neste sentido, FREDERIK ZUIDERVEEN BORGESIU and WILFRED STEENBRUGGEN, [The Right to Communications Confidentiality in Europe: Protecting Trust, Privacy, and Freedom of Expression](#) (August 31, 2018), p.315. *Theoretical Inquiries in Law, Forthcoming.*

de telemóvel associado o pessoal. Esta natureza pessoal mais vincada deste tipo de mensagens, ainda que utilizadas para comunicações com colaboradores da mesma ou de outras empresas, acentua a dificuldade acrescida de traçar uma fronteira estática entre a vida profissional e pessoal.

75. Todavia, mesmo que essa separação fosse possível, a mesma seria irrelevante, à luz da jurisprudência *Niemitz*, que estende e consolida a protecção conferida a mensagens de correio electrónico no âmbito da vida privada às mensagens de correio electrónico trocadas no âmbito profissional.
76. Ademais, pode também invocar-se que as mensagens de *sms e chat* têm esta índole pessoal mais vincada, por serem percecionadas pelos interlocutores como informais e não empresariais e/ou institucionais e que, portanto, necessitam de uma maior protecção.
77. Importa sublinhar que a apreensão de mensagens de *chat e sms* implica necessariamente a apreensão de outras informações e dados das pessoas envolvidas, designadamente o relacionamento directo entre uns e outros através da rede, a localização, a frequência, a data, a hora, a duração das comunicações, o nome ou número do contacto, o operador telefónico, etc.
78. Quanto a este aspecto, note-se que, ao invés de um endereço de email, que é universal e não muda consoante o remetente, o nome atribuído a um contacto pode ser escolhido pelo utilizador, podendo esse nome revelar detalhes e informações sobre a relação entre ambos. Igualmente, os serviços de *chat* envolvem, com frequência, a criação de um perfil pessoal que, por norma, revela informações pessoais ou da personalidade, como a título exemplificativo, uma fotografia.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

V. Apreensão de “sms, mensagens trocadas em chat, etc.” em processo contraordenacional mediante autorização judicial (§§59 e 60 do Projecto)

79. Se as mensagens de correio electrónico carecem da protecção já referida, as mensagens de *sms e chat* e mensagens instantâneas, etc. carecem, pela mesma lógica, e pelas razões supramencionadas, de um nível de protecção igual ou superior.

80. Face à sua configuração e intromissão na vida privada, as diligências de busca e apreensão de mensagens de correio electrónico, bem como as mensagens de *sms e chat* e mensagens instantâneas, etc. configuram uma ingerência de tal forma intrusiva no direito de privacidade da pessoa singular e colectiva que, a admitirem-se, **justificam um controlo judicial prévio mediante a intervenção de um juiz**. O juiz é uma autoridade verdadeiramente **isenta, independente e imparcial**. O entendimento de Maria de Fátima Mata-Mouros vai neste sentido, ao considerar que “(...) importa que a decisão de grave ingerência nos direitos fundamentais seja decidida preventivamente por um terceiro imparcial e neutral, desinteressado da investigação, capaz de garantir a legalidade e acautelar os direitos dos visados”²⁷. Partindo de uma analogia relativa às mensagens de correio electrónico, no caso da apreensão de mensagens de *chat* e *sms*, esta só será permitida se existir a intervenção de um juiz, ou seja, “mediante atuação de órgãos que assegurem uma

²⁷ MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juíz das Liberdades Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Almedina, 2011, pág. 97.

intervenção isenta e imparcial, e um elevado grau de proteção dos direitos fundamentais afetados”²⁸.

81. A eventual licitude da apreensão de mensagens de *sms* e *chat* e mensagens instantâneas, etc. **carece de prévia autorização de um juiz enquanto figura totalmente neutra e imparcial**, por respeitar a uma restrição de direitos e liberdades fundamentais, em que deve ser equacionada a respectiva proporcionalidade.

82. Se a apreensão de mensagens de correio electrónico deve ser autorizada por um juiz de instrução criminal, a apreensão de mensagens de *sms* e *chat* e mensagens instantâneas, etc. deve, caso se entenda admissível em processos contraordenacionais, ser autorizada, também ela e por maioria de razão, por um juiz. Na síntese do Acórdão Constitucional, plenamente replicável no caso de *sms* e mensagens de *chat*, o **juiz** é fulcral para “*a formulação de um juízo de ponderação suscetível de assegurar, no caso concreto, a adequação, necessidade e proporcionalidade daquele meio de obtenção de prova, tendo em conta a gravidade das práticas anticoncorrenciais indiciadas, a consistência das razões invocadas para justificar a necessidade da ingerência nas mensagens de correio electrónico marcadas como abertas e a indispensabilidade da diligência para a realização das finalidades que com ela se pretendem prosseguir*”²⁹.

VI. Diligências complementares de prova após pronúncia sobre a Nota de Ilicitude (§§146 a 148) e emissão de Nova Nota de Ilicitude (§149)

83. Segundo os n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 25.º do RJC, respectivamente:

²⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional de 30.8.2021, n.º 687/2021.

²⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, *cit.*



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

“4 - A AdC pode realizar diligências complementares de prova, designadamente as previstas no n.º 1 do artigo 17.º-A e no n.º 1 do artigo 18.º, mesmo após a pronúncia do visado a que se refere o n.º 1 do presente artigo e da realização da audiência oral.

5 - A AdC notifica o visado da junção ao processo dos elementos probatórios apurados nos termos do número anterior, fixando-lhe prazo razoável, não inferior a 10 dias úteis, para se pronunciar.

6 - Sempre que os elementos probatórios apurados em resultado de diligências complementares de prova alterem substancialmente os factos inicialmente imputados ao visado ou a sua qualificação, a AdC emite nova nota de ilicitude”.

84. Em nosso entender as normas do RJC acima transcritas padecem de inconstitucionalidade material, em particular, por violação dos direitos de defesa, de contraditório e de igualdade de armas das visadas, objecto de um processo sancionatório.

85. Em termos que se subscrevem na íntegra, o Tribunal de Comércio de Lisboa já teve o ensejo de declarar a nulidade da prolação de uma nova nota de ilicitude (ou nota de ilicitude complementar - NIC), mesmo na circunstância em que tenha sido concedido um segundo direito ao contraditório aos visados (cfr. sentença do 1.º Juízo do TCL, no PRC - 06/04):

«No fim do inquérito, depois de obtidos todos os elementos que entendeu como convenientes, a AdC notifica as arguidas que tem indícios suficientes de infracção às regras de concorrência e concede-lhe prazo de defesa. Em obediência a um processo justo e equitativo, a AdC deve fazer constar da Nota de Ilicitude tudo o que tem contra as arguidas, quer quanto aos factos, quer quanto ao direito. Não há que guardar “cartas na manga”. Para que a possibilidade de defesa seja efectiva e material.

Não foi o que sucedeu no caso em apreço.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Defenderam-se as arguidas, com as suas armas concentradas, e receberam como resposta, não a decisão final, mas uma Nota de Ilicitude Complementar, não prevista na lei, muito mais completa que a primeira, mais abrangente e com factos que eram do conhecimento da AdC já antes da elaboração da primitiva Notificação de Ilicitude.

O alargamento do âmbito desta Nota de Ilicitude Complementar resulta, por um lado, de factos carreados pelas defesas e, por outro, de matéria de que a AdC já conhecia.

O processado seguido pela AdC nada tem de justo, de equitativo. Foi utilizado um método que não é aberto, nem franco, porque foram guardados elementos importantes, porventura a pensar já nesta Nota de Ilicitude complementar ou no recurso judicial. Era dever da AdC apresentar todos os factos de que dispunha, para possibilitar uma defesa efectiva e material.

E, no plano das conjecturas, este procedimento da AdC, levado ao extremo, pode não ter fim. A cada nova defesa das arguidas, pode seguir-se uma nota complementar. Que caminhos terá a defesa? Quanto mais se defender, mais argumentos está a dar à parte contrária. Com o consequentemente esvaziamento da defesa, que fica sem armas para o recurso judicial.

O RGCO está pensado para uma fase de inquérito, outra de defesa, a decisão e o recurso judicial. Voltar à fase de inquérito com a elaboração de nova Nota de Ilicitude, aproveitando-se de factos e elementos carreados pela defesa e, o que é mais grave, de factos que a AdC já tinha e não os utilizou na primitiva Nota de Ilicitude, é adoptar um comportamento processual assente em manifesta desigualdade de armas. É que não basta conceder novos prazos formais de defesa, pois, se as arguidas já esgotaram todos os “cartuchos”, no convencimento que a acusação estava concentrada na primitiva Nota de Ilicitude, vão dizer o quê?

Pelo exposto, e por manifesta violação do princípio constitucional do direito a um processo equitativo e justo – assente em igualdade de armas, numa defesa

materialmente efectiva e numa entidade administrativa que utilize os seus poderes sancionatórios de modo franco e não insidioso – consagrado no artigo 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa, declaro nula a denominada Nota de Ilicitude Complementar e todo o processado subsequente, com a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência.»

86. Propugna-se que as Linhas de Orientação sejam redigidas em conformidade com a CRP e que a AdC aguarde até que a (in)constitucionalidade das normas contidas nos n.ºs 4 a 6 do artigo 25.º do RJC sejam apreciadas pelo Tribunal Constitucional.

VII. Utilização de documentação obtida em processo de supervisão ou sancionatório utilizada pela AdC como meio de prova noutro processo sancionatório (§§34, 41 e 48 do Projecto)

87. Nos termos do n.º 5 do artigo 31.º do RJC, “[a] informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da AdC podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efetuadas pela AdC”.

88. Para a AdC, o cumprimento desta norma basta-se com indicação no pedido de elementos, em abstracto, de que a informação e a documentação obtida podem eventualmente ser utilizadas, no futuro, como meio de prova num qualquer outro processo sancionatório em curso ou a instaurar (vg., §§34, 41 ou 48 do Projecto).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

89. Todavia, a leitura mais conforme com o n.º 5 do artigo 31.º do RJC e com a CRP é a de que deve haver lugar ao contraditório quando, **em concreto**, a AdC pretenda utilizar tais informações (prestadas ao abrigo de anteriores pedidos de elementos) noutras processos de supervisão ou sancionatórios.
90. As Linhas de Orientação devem consagrar expressamente uma menção a esta auscultação prévia, de modo a salvaguardar o exercício dos direitos de contraditório e de defesa.

VIII. Desentranhamento (§§95 a 98 do Projecto)

91. Através da última alteração ao RJC, consagrou-se uma medida que já vinha sendo aplicada na prática pela AdC. Diz-nos o n.º 6 do artigo 31.º do RJC que *“a AdC pode, em qualquer fase do processo, proceder ao desentranhamento de informações constantes dos autos que considere irrelevantes para o objeto da investigação, devolvendo-as ao visado ou, no caso de documentos em formato digital, destruindo-os, comunicando-o ao titular”*.
92. O Projecto interpreta tal preceito legal do RJC de uma forma muito liberal, em que a AdC se encontra livre de quaisquer amarras constitucionais: *“A AdC tem, assim, liberdade para proceder ao desentranhamento de prova apreendida que considere ser irrelevante ou não constituir meio de prova com relevância probatória adicional para a investigação, afigurando-se que os contornos do procedimento adotado para a realização do desentranhamento de documentos do processo devem ser fundamentadamente determinados apenas pela AdC, sempre de forma a promover a eficiência processual e a zelar pela viabilidade do próprio procedimento em questão”* (§96).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

93. Com todo o respeito, não é nem deve ser assim, e também aqui se propugna que a AdC procure uma formulação equilibrada e conforme ao princípio da igualdade de armas, por um lado, e de garantia do respeito dos direitos fundamentais das empresas. Existem direitos constitucionalmente consagrados de valor superior à mera “*eficiência processual*”, e por isso entende a Sérvulo & Associados que o Projecto merece ampla reformulação (§§95 a 98).
94. As co-visadas devem conhecer a prova produzida (ainda que, posteriormente, desentranhada), para efeitos do exercício dos seus direitos de acesso ao processo, contraditório e defesa. Existe, inclusivamente, jurisprudência, que destaca a essencialidade de aos co-visados serem dadas informações sobre o conteúdo dos documentos a que pretendem ter acesso, com vista à fundamentação do respectivo pedido de acesso.
95. Em primeiro lugar, veja-se a decisão proferida no processo n.º 194/16.3YUSTR, onde se sufragou o entendimento segundo o qual, eventuais decisões de desentranhamento deveriam respeitar o direito de defesa dos co-visados, nos mesmos termos que os titulares de informação que pretendiam beneficiar do regime de confidencialidades eram obrigados a respeitar, efectuando resumos dessa informação para permitir aos visados efectuarem pedidos de acesso, a fim de aferirem da sua eventual relevância exculpatória.
96. Em segundo lugar, na decisão proferida no processo n.º 225/15.4YUSTR, o TCRS advertiu a AdC “*para a necessidade do processo fornecer informações suficientemente precisas e detalhadas para lhes [visados] permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos são susceptíveis de ser pertinentes*

para a sua defesa” e que “Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece. Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente. E só nesse momento se pode exercer o inderrogável direito de defesa”.

97. Ao nível da jurisprudência dos tribunais europeus, veja-se o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (da então Comunidade Europeia) *Solvay* (processo T-30/91). Aí foi enfatizado que para compatibilizar o referido direito dos visados com a protecção dos segredos de negócio que poderiam estar vertidos na informação em causa, o TPI propôs dois procedimentos possíveis, que surgem na fundamentação do acórdão *Solvay*, implicitamente, como alternativos: a elaboração de versões não confidenciais, por parte da própria Comissão (cfr. §§ 92 e 93); ou a elaboração, também pela Comissão Europeia, de uma lista dos documentos com *“informações suficientemente precisas para lhe permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos eram susceptíveis de ser pertinentes para a sua defesa”* (cfr. §§ 93 e 94).
98. Ainda antes da introdução deste novíssimo n.º 6 do artigo 31.º do RJC, referia o TCRS que *“De facto reconhece-se que não existe nenhuma norma legal com essa determinação específica [imposição da AdC notificar as visadas no processo do desentranhamento de documentos apreendidos nas instalações da visada titular dos referidos elementos]. Contudo, a faculdade em causa é instrumental para o exercício do direito de defesa, que tem reconhecimento constitucional no artigo 32.º, n.º. 10, da Constituição, e concretização na lei ordinária no artigo 25.º, n.º 1, da LdC. Trata-se, por conseguinte, de uma faculdade inerente ao referido direito”* (cfr. Sentença do TCRS no processo n.º 144/21.5YUSTR-D).
99. Este ponto é muito relevante, pois o n.º 6 do artigo 31.º do RJC não esgota o tema acerca do desentranhamento dos elementos de prova. O Projecto é

completamente omissos quanto ao exercício dos direitos de defesa das visadas, devendo as Linhas de Orientação suprir essa lacuna na sua versão final sob pena de violação da CRP.

100. Com modéstia, a Meritíssima Juíza do TCRS alerta para a falibilidade humana; certamente a dos advogados, mas também a dos juízes ou da própria AdC:

*“Não se duvida de que a AdC proceda a uma análise rigorosa e individual de cada um dos elementos de prova apreendidos e que procure nos mesmos tanto elementos inculpatórios, como exculpatórios. Contudo, afirmar isto não é evidentemente suficiente para se concluir que essa análise não possa ser controlada. Se tal asserção fosse suficiente então também seria de concluir, seguindo a mesma lógica, que a decisão final condenatória não deveria ser suscetível de impugnação judicial, pois não há razões para duvidar de que a AdC quando profira uma decisão final condenatória não o faça sem ter efetuado uma análise rigorosa de todos os elementos e questões relevantes. Ora, não é assim, porque, desde logo, as pessoas são falíveis. **A AdC pode-se enganar, assim como este Tribunal.** Por essa e por outras razões, um sistema, qualquer que ele seja, não pode depender apenas das boas qualidades das pessoas que o integram. Têm de existir garantias objetivas. Num processo sancionatório um dos mecanismos mais adequados a evitar erros é o facto da decisão final ser construída num ambiente dialético, que é protagonizado por aqueles que têm um interesse direto nessa decisão. Essa dialética significa que há mais “olhos” a ver e a ver de forma diferente. **O direito de defesa é justamente uma das principais ferramentas de concretização desse ambiente dialético**” (cfr. Sentença do TCRS no processo n.º 144/21.5YUSTR-D, não realçado no original).*

101. Propõe-se, em conformidade com a CRP, que os §§95 a 98 do Projecto sejam imbuídos deste “ambiente dialético”, nas palavras certas do TCRS.

102. Em suma, qualquer decisão de desentranhamento de meios de prova terá de ser precedida de notificação a todos os visados (mesmo que os elementos em causa não tenham sido apreendidos nas suas próprias instalações), permitindo o acesso dos mesmos aos elementos que se pretendem desentranhar e o respectivo exercício do contraditório, sob pena de se encontrar comprometido o seu direito de defesa.

IX. Indicação da moldura da coima na Nota de Ilicitude (§115 e segs. do Projecto)

103. Segundo o §119 do Projecto, *“Na nota de ilicitude é efetuada a identificação dos visados e a descrição dos factos que lhes são imputados, com indicação das provas obtidas, que constarão dos autos do processo, bem como a indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação e, finalmente, da moldura da coima e demais sanções **abstratamente aplicáveis**, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta na decisão final”* (realce e sublinhados nossos).

104. Por a Nota de Ilicitude ser um acto substancialmente acusatório (ie., o momento por excelência em que é dada às visadas a possibilidade de se defenderem), a Nota de Ilicitude deve conter uma descrição completa das circunstâncias que podem vir a ser tidas em consideração caso venha a ser aplicada uma sanção, precisamente para que as visadas possam contraditar a factualidade relevante, esclarecê-la ou fornecer um reenquadramento da mesma.

105. Não chega meramente indicar a *“moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis”* (§119 do Projecto).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

106. Termos em que a Nota de Ilicitude deve fornecer ao visado todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, incluindo a indicação do montante das coimas, sob pena de violação dos artigos 24.º, n.º 3, alínea *a*) e 25.º, n.º 1, do RJC e, bem assim, através deles do direito de defesa dos arguidos ou visados e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.os 1 e 10, da CRP). Em síntese, este importante aspecto deve ser acrescentado na versão final das Linhas de Orientação.

X. Publicação de decisões e de comunicados de imprensa (§§250-253 do Projecto)

107. O artigo 32.º, n.º 6, do RJC determina que *“a AdC tem o dever de publicar, na sua página eletrónica, as informações essenciais sobre processos pendentes para realização do interesse público de disseminação de uma cultura favorável à liberdade de concorrência, salvaguardando a presunção de inocência dos visados e os interesses da investigação”*.

108. A concordância prática destes valores contraditórios (publicidade *versus* salvaguarda da presunção de inocência dos visados) é assegurada com o trânsito em julgado das decisões condenatórias.

109. De igual modo, recusa-se que a AdC possa, nos seus comunicados de imprensa respeitantes a notas de ilicitude e a decisões condenatórias, revelar a identidade dos visados e demais elementos sensíveis: *“Este comunicado inclui uma descrição sintética do processo, a identificação dos visados, a natureza da infração e, se for caso disso, o teor e o montante das sanções aplicadas. Sempre que*

aplicável, a AdC referirá se a decisão em causa foi objeto de recurso judicial e se o mesmo se encontra pendente de apreciação judicial” (§252 do Projecto).

110. O ponto já foi afluado. Subscreeve-se assim, a este respeito, a censura que os tribunais administrativos têm vindo a fazer ao comportamento da AdC. De acordo com o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 4.2.2021 (processo n.º 1233/20.9BEPRT), confirmado pelo Acórdão do STA de 22.4.2021, processo n.º 01233/20.9BEPRT, pode-se ler: “[a] recente prática da Autoridade da Concorrência (...) onde, a propósito do dever de transparência, consta que deverá disponibilizar na sua página eletrónica, nomeadamente informação referente à atividade reguladora e sancionatória, terá de ser conforme aos princípios fundamentais constitucionalmente consagrados como seja da presunção da inocência e do direito ao bom nome e à honra (cf. artigos 32.º, n.ºs 2 e n.º 10, e 26.º n.º 1 da CRP). O dever de informação não se confunde com a atividade sancionatória, donde a divulgação da Nota de Ilicitude, com a identificação do arguido e das marcas por si comercializadas, quando o processo contraordenacional se encontra numa fase embrionária, colide com tais princípios. Tanto mais quando na nota informativa são feitas alusões depreciativas da atividade do arguido.”

XI. Aplicação do regime de acesso à informação administrativa para acesso a informações confidenciais por parte de potenciais vítimas de práticas restritivas da concorrência, para efeitos do exercício do seu direito de indemnização (§ 11 do Anexo ao Projecto)

111. No ordenamento jurídico português, designadamente no n.º 3 do artigo 31.º do RJC, estabelece-se que “a AdC pode utilizar, incluindo como meio de prova, a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º 3 e do n.º 6 do artigo 15.º e dos n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º”. Daqui se retira que a protecção conferida à informação confidencial não é absoluta, podendo ser utilizada como meio de prova ou disponibilizada, por

decisão judicial, a potenciais vítimas de práticas restritivas da concorrência, **para efeitos do exercício do seu direito de indemnização.**

- 112.** O Projecto vem consagrar dois caminhos para o acesso a informação confidencial, designadamente a sua disponibilização “*por decisão judicial, a potenciais vítimas de práticas restritivas da concorrência, para efeitos do exercício do seu direito de indemnização*”, remetendo para o artigo 5.º, n.ºs 4 e 5, da Diretiva 2014/104/UE (*Diretiva Private Enforcement*)³⁰, mas acrescenta-se que “*ao abrigo do princípio da administração aberta, um terceiro pode ainda, verificados determinados requisitos e ponderados os interesses em causa, ter direito de acesso a documentos administrativos que contenham segredos de negócio*”, por sua vez invocando o artigo 6.º, n.º 6, do Regime de Acesso à Informação Administrativa e Ambiental (RAIA)³¹.
- 113.** Não é, a nosso ver, admissível o segundo caminho que a AdC pretende traçar para o acesso a informação confidencial. Por diversas razões que abaixo se expõem.
- 114.** O acesso a informação confidencial importa uma grave lesão dos direitos e interesses do visado, que comporta perdas económicas e que, como tal, justifica sua salvaguarda. Com efeito, à luz do **regime aplicável, que é, no caso, a Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho** (*Regime do Direito a Indemnização por Infracção ao Direito da Concorrência, dita Lei do Private Enforcement, adiante “LPE”*), as regras que regulam o acesso a meios de prova constam dos arts. 12.º a 18.º do LPE.

³⁰ Transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 23/2018 de 5 de Junho.

³¹ Lei n.º 26/2016 de 22 de Agosto.



115. Como reconhece a Directiva 2014/104/UE, a obtenção de elementos de prova por via das regras de transparência e publicidade do processo é uma das vias ao dispor dos lesados para obter meios de prova. No entanto, mesmo nesses casos, é necessária uma ponderação de interesses. Essa ponderação carece de intervenção judicial.

116. Resumindo, o regime aplicável ao acesso a informação confidencial é a LPE e não o RAIA. Neste caso em concreto, o RAIA assume a figura de lei geral, por contraposição à LPE, que assume o papel de lei especial. Tal é facilmente apreendido pelo artigo 1.º do RAIA, que tem como epígrafe “Objecto”:

1 - A presente lei regula o acesso aos documentos administrativos e à informação administrativa, incluindo em matéria ambiental, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente e que revoga a Directiva 90/313/CEE do Conselho.

2 - A presente lei regula ainda a reutilização de documentos relativos a atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades referidas no artigo 4.º, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público.

3 - O acesso a informação e a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde, produzidos ou detidos pelos órgãos ou entidades referidas no artigo 4.º, quando efetuado pelo titular dos dados, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre ser titular de um interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido na informação, rege-se pela presente lei, sem prejuízo do regime legal de proteção de dados pessoais.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

4 - A presente lei não prejudica a aplicação do disposto em legislação específica, designadamente quanto:

- a) Ao regime de exercício do direito dos cidadãos a serem informados pela Administração Pública sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados e a conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas, que se rege pelo Código do Procedimento Administrativo;
- b) Ao acesso a informação e a documentos relativos à segurança interna e externa e à investigação criminal, ou à instrução tendente a aferir a responsabilidade contraordenacional, financeira, disciplinar ou meramente administrativa, que se rege por legislação própria;
- c) Ao acesso a documentos notariais e registrais, a documentos de identificação civil e criminal, a informação e documentação constantes do recenseamento eleitoral, bem como ao acesso a documentos objeto de outros sistemas de informação regulados por legislação especial;
- d) Ao acesso a informação e documentos abrangidos pelo segredo de justiça, segredo fiscal, segredo estatístico, segredo bancário, segredo médico e demais segredos profissionais, bem como a documentos na posse de inspeções-gerais e de outras entidades, quando digam respeito a matérias de que resulte responsabilidade financeira, disciplinar ou meramente administrativa, desde que o procedimento esteja sujeito a regime de segredo, nos termos da lei aplicável.

117. Em contraste, o artigo 1.º da LPE é bastante específico e claro ao estabelecer que essa lei “**estabelece regras relativas a pedidos de indemnização por infração ao direito da concorrência**, transpondo para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as **ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência** dos Estados-Membros e da União Europeia, bem como

regras relativas a outros pedidos fundados em infrações ao direito da concorrência”
(realces nossos).

- 118.** Neste contexto, por força de um princípio geral de direito, a lei especial prevalece sobre a lei geral (critério da especialidade: *lex specialis derogat legi generali*), devendo ser a LPE a lei aplicável e nunca o RAIA. Aliás, a LPE é a lei que regula, efectivamente, o acesso a informação confidencial de potenciais vítimas de práticas restritivas da concorrência, para efeitos do seu direito de indemnização, conforme acima demonstrado.
- 119.** Ademais, a LPE é o regime cuja aplicação tem maior pertinência, na medida em que consagra a o acesso a informações confidenciais apenas após a ponderação dos interesses e direitos em conflito por parte de um juiz, e respeitado o princípio do contraditório.
- 120.** Ora, do RAIA resultaria ser a autoridade administrativa, no caso do direito da concorrência, a AdC, a ponderar os interesses em jogo e a decidir pelo deferimento ou indeferimento do acesso à informação. A AdC, ao sustentar esta posição, coloca-se numa manifesta posição de conflito de interesses, faltando-lhe a tão importante característica de independência que, a vários títulos paralelos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem feito referência.

121. Adicionalmente, repare-se que o juiz está vinculado pela LPE à observância dos princípios da proporcionalidade³² e contraditório, “sendo recusados os pedidos que pressuponham pesquisas indiscriminadas de informação”³³.
122. É neste sentido que a Comissão Europeia, no parágrafo 23 do Preâmbulo da *Directiva de Private Enforcement* – aliás em conformidade com arestos do próprio Tribunal de Justiça da UE, que justamente impactaram no modo como a Comissão Europeia exercia as suas “competências” – sublinha que “*haverá que ter especial atenção de forma a impedir «investigações prospetivas», isto é, a pesquisa não específica ou excessivamente vasta de informações de improvável relevância para as partes na ação. Os pedidos de divulgação não deverão, pois, ser considerados proporcionados quando se referem à divulgação genérica de documentos no processo de uma autoridade da concorrência relativos a um determinado caso, ou à divulgação genérica de documentos apresentados por uma parte no contexto de um determinado caso. Tais pedidos de divulgação genérica não seriam compatíveis com o dever da parte demandante de especificar os elementos de prova ou as categorias de elementos de prova de forma tão precisa e estrita quanto possível*”³⁴.
123. Em face a tudo o acima exposto, submete-se respeitosamente a necessidade de reformulação do **§11 do Anexo** do Projecto, acrescentando-se a menção expressa à Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, e eliminando-se o trecho final referente ao RAIA. Assim, propõe-se a seguinte redacção alternativa:

³² Cf. artigo 12.º, n.º 5 da LPE: “Ao determinar a proporcionalidade do pedido de apresentação de meios de prova, o tribunal pondera os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados (...)” e artigo 14.º, n.º 3, da LPE: “Ao avaliar a proporcionalidade do pedido de apresentação de meios de prova de acordo com o n.º 5 do artigo 12.º, o tribunal pondera também o seguinte (...)”.

³³ Cf. artigo 12.º, n.º 4 da LPE.

³⁴ A Comissão também destaca no parágrafo 32 da Directiva de *Private Enforcement* que “os elementos de prova obtidos de uma autoridade da concorrência não deverão tornar-se um objeto de comércio”.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

“11. A proteção conferida pela AdC à informação considerada confidencial não é absoluta (...) podendo ser utilizada como meio de prova nos termos do artigo 31.º, n.º 3, da Lei n.º 19/2012, ou disponibilizada, por decisão judicial, a potenciais vítimas de práticas restritivas da concorrência, para efeitos do exercício do seu direito de indemnização, ao abrigo da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.

Lisboa, 8 de Setembro de 2023

SÉRVULO & ASSOCIADOS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP, RL