



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



E-AdC/2023/4263
06/07/2023

Ex.^{mo(a)} Senhor(a)
Autoridade da Concorrência
Av. de Berna
1050-000 Lisboa

Carta Registada

1.^a Secção

Autos de Reclamação n.º **1050/22**

Vindos do Tribunal da Relação de Lisboa (Proc.º n.º 144/21.5YUSTR-D.L1-A

Reclamante(s): Pingo Doce - Distribuição Alimentar, S.A.

Reclamado(s): Autoridade da Concorrência - AdC

Fica V. Ex.^a notificado do **Acórdão n.º 408/2023**, proferido por este Tribunal em 04-07-2023, nos autos acima indicados, cuja fotocópia se junta.

Lisboa, 5 de julho de 2023

O Oficial de Justiça,

Nota: Neste Tribunal não há lugar ao pagamento de taxas de justiça inicial (artº 5º do DL nº 303/98, de 7 de outubro).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Processo n.º 1050/2022

Acórdão n.º 408/2023

1.ª Secção

Relator: Conselheiro José António Teles Pereira

Acordam, em Conferência, na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. **Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A.** (a ora reclamante, doravante também designada abreviadamente por “Pingo Doce”) requereu, no âmbito de processo contraordenacional instaurado pela Autoridade da Concorrência (doravante abreviadamente AdC) e em que é visada, o acesso e a consulta de elementos de que aquela entidade reguladora ordenou o desentranhamento e que foram obtidos na sequência de diligências de busca e apreensão a uma outra sociedade, covisada nesse processo.

Viu tal pretensão indeferida por decisão da AdC de 10/11/2021.

O requerimento da ora reclamante surgiu num contexto processual em que sobressaem as seguintes incidências.

(i) Corre termos na AdC processo de contraordenação sob a referência interna PRC/2016/04, por alegadas práticas restritivas da concorrência (cfr. artigo 9.º da Lei da Concorrência e artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE) em que é visada a Super Bock.

(ii) No âmbito desse processo de contraordenação, foi a Pingo Doce alvo de uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC, entre os dias 07/02/2017 e 27/02/2017, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público (DIAP de Lisboa), datados de 2 e 10 de fevereiro de 2017 (de alargamento do objeto do mandado).

(iii) Com base em prova recolhida nessas diligências, em 22/08/2017, o Conselho de Administração da AdC decidiu proceder à abertura de inquérito do processo de contraordenação (referência interna PRC/2017/11), no âmbito do qual a Pingo Doce é



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

visada.

(iv) Para o efeito, foi ordenada a extração de certidão do acervo probatório constante do PRC/2016/4 para efeitos de instrução do processo de contraordenação PRC/2017/11 para investigar a existência de eventuais práticas proibidas pelo artigo 9.º da Lei da Concorrência e artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

(v) A investigação do inquérito contraordenacional PRC/2017/11 ficou sujeita ao regime do segredo de justiça, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Concorrência, até 02/11/2021.

(vi) Nessa data, na sequência da adoção da nota de ilicitude, o segredo de justiça foi levantado, encontrando-se esse processo contraordenacional na fase de instrução (cfr. artigos 25.º a 29.º da Lei da Concorrência).

(vii) A AdC comunicou à Unilever a decisão de desentranhamento e envio de mensagens de correio eletrónico, melhor identificadas nos autos, através do Ofício com a referência n.º S-AdC/2021/614.

(viii) Aquando da notificação da Nota de Ilicitude, a Pingo Doce teve conhecimento do referido ofício.

(ix) A decisão de desentranhamento mencionada em (vii) foi proferida sem que a Pingo Doce tivesse sido previamente notificada para se pronunciar sobre o pretendido desentranhamento e ulterior destruição da prova.

(x) Em 08/11/2021, a Pingo Doce apresentou requerimento junto da AdC com o seguinte teor:

“[...] Nos §§ 29 a 31 da Nota de Ilicitude, pode ler-se o seguinte: ‘29 – No dia 02.03.2021, no seguimento do procedimento de triagem e análise da prova constante dos autos, a Autoridade considerou que 741 (setecentos e quarenta e um) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Unilever durante as diligências de busca não detinham valor probatório relevante, designadamente por não se revelarem essenciais para a investigação no contexto da globalidade dos elementos de prova que já se encontravam no processo (cf. Auto de Desentranhamento, fls. 1527 a 1535 do processo). 30 – Nessa medida, a Autoridade determinou o respetivo desentranhamento e conseqüente devolução à Unilever, através da disponibilização para descarga no endereço eletrónico fornecido pela AdC, tendo os referidos ficheiros eletrónicos sido, por essa via, entregues aos mandatários da Unilever, no dia 02.03.2021 (cf. fls. 1525 a 1526 do



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

processo). Uma vez findo o prazo para descarga, deixou de ser possível o acesso aos referidos ficheiros, sendo estes, assim, eliminados definitivamente, com certificação digital. 31 – Na sequência do referido procedimento de desentranhamento, ficaram a constar do processo 1410 (mil quatrocentos e dez) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Unilever durante as diligências de busca.

Foi com total surpresa que a Requerente tomou conhecimento, por esta via, de uma decisão de desentranhamento, seguida da decisão de destruição, de prova apreendida, as quais nunca lhe foram notificadas, tendo sido tomadas, conseqüentemente, sem que sobre as mesmas a Requerente se pudesse pronunciar. Nessa medida, requer-se a imediata notificação da Requerente das decisões em causa, Sem prejuízo, de, desde já, se arguir a sua ilegalidade por violação do seu direito de audiência e defesa (artigo 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da Constituição), do direito a um processo justo e equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição) e dos princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da Constituição). E a sua conseqüente nulidade – por força do disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do Código de Processo Penal («CPP»), aplicável por remissão do artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), ex vi artigo 83.º do Regime Jurídico da Concorrência («RJC») – ou, assim não se entendendo, irregularidade – por força do disposto nos artigos 118.º, n.º 2, e 123.º do CPP aplicável por remissão do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, ex vi artigo 83.º do RJC. Sendo inconstitucional a interpretação de que é admissível o desentranhamento de elementos probatórios dos autos sem que à Recorrente seja dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo e ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da Constituição e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da Constituição CRP). Por outro lado, desconhece a Requerente se existem outras decisões de desentranhamento de meios de prova nos presentes autos ou que possam produzir efeitos relevantes nos mesmos, pelo que, em caso afirmativo, se requer: A sua notificação imediata; A consulta dos elementos desentranhados. [...].”

1.1. Inconformada, a Pingo Doce impugnou judicialmente a decisão proferida pela AdC que indeferiu o pedido de acesso e consulta de elementos desentranhados de processo de contraordenação, processo que correu termos no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão com o número 144/21.5YUSTR. Assentou tal decisão nos fundamentos seguintes:

“[...]

Este argumento é um argumento muito forte, pois, como é evidente, o direito de defesa tem de ser compatibilizado com a proteção da concorrência por via do sancionamento das práticas restritivas da concorrência e com outros direitos, como direito de propriedade e de iniciativa privada. Ora, o processo de classificação de documentos tendo em vista a sua sujeição ao regime de confidencialidades é um processo que pode ser bastante complexo e moroso para todos os envolvidos, tanto para a AdC, como para os titulares da informação, que terão de afetar recursos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

para o efeito. Complexidade e morosidade essas que são particularmente acentuadas quando estão em causa muitos documentos, sendo certo que os constrangimentos de tempo associados às buscas podem conduzir à apreensão de acervos documentais extensos. Ora, o confronto funcional com essa complexidade no âmbito de recursos de decisões interlocutórias conduz-nos a uma perspetiva, em parte, diversa da questão, admitindo-se que é necessário um esforço de compatibilização entre

todos os interesses envolvidos e que, em consequência, a solução não deve passar por sujeitar todos os documentos apreendidos a esse procedimento de classificação a fim de garantir a consulta dos mesmos por todos os visados antes de serem desentranhados e devolvidos por serem irrelevantes.

82. Não deve passar por essa solução e não tem de passar, pois nada obsta a que a AdC lance mão do disposto no artigo 33.º, n.º 4, da LdC, por interpretação extensiva e numa lógica preventiva. Ou seja, admitindo a possibilidade de no acervo documental apreendido constarem segredos de negócio ou informações sujeitas a outras esferas de segredo e do mesmo ser suscetível de ser relevante para o direito de defesa dos visados, a AdC pode permitir o acesso a tais documentos nos termos previstos na norma indicada antes de proceder ao mesmos e sem necessidade de sujeição ao procedimento de classificação para efeitos de aplicação do regime de confidencialidades.

83. Dir-se-á: mas as limitações de acesso previstas na norma apenas se justificam se existirem efetivamente informações confidenciais. Numa lógica de proporcionalidade considera-se que tais limitações também se justificam para salvaguardar todos os interesses em confronto que estão subjacentes à questão em análise. Para além disso, entre não ter qualquer acesso ou ter um acesso limitado é evidentemente preferível esta segunda hipótese, numa lógica de concordância prática.

84. Assim, com respeito por entendimento diverso, considera-se que a pretensão da Recorrente poderia ser concedida no que respeita aos documentos relativos aos ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Unilever com a limitação, ainda contida no pedido efetuado, sendo um minus em relação ao mesmo, do acesso aos documentos em causa ser facultado nos termos previstos no artigo 33.º, n.º 4, da LdC.

85. Não obstante a conclusão precedente há um argumento final que se considera decisivo no sentido da improcedência da pretensão da Recorrente. Tal argumento está relacionado com a alegação da AdC nos seguintes termos: não se antevê como pode a Recorrente Pingo Doce considerar que o desentranhamento de elementos de prova apreendidos nas instalações da Unilever, no âmbito do presente processo, põe em causa o exercício do seu direito de audiência e defesa. No mesmo sentido, afirma não antecipar qualquer tipo de vantagem que pudesse decorrer da pretensão da visada, que a Recorrente também não demonstra que os factos constantes na nota de ilicitude só poderiam ser provados por referência aos documentos em apreço e que a Recorrente Pingo Doce alega ter sido afetada pela ausência de notificação da AdC da decisão de desentranhar elementos recolhidos nas instalações da Unilever, sem que resulte da sua argumentação em que medida o desentranhamento desses elementos a podem, ainda que hipoteticamente, afetar.

86. Vejamos. Analisado o teor do requerimento apresentado pela Recorrente junto da AdC e o recurso de impugnação judicial constata-se que a Pingo Doce se limita, no essencial, a sustentar a sua pretensão na alegação e invocação, num plano abstrato, dos direitos e princípios implicados, designadamente o direito de defesa, nos termos dos artigos 32.º, n.os 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, o direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP),
extraindo dos mesmos a conclusão de que “a expurgação ilegal dos e-mails e «documentos» eletrónicos referida supra, e a consequente impossibilidade de acesso a prova potencialmente relevante para a defesa do Pingo Doce, cria uma radical e insanável dúvida acerca da verdade dos factos vertidos na decisão condenatória, impondo o arquivamento dos presentes autos quanto a ela”. Ou seja, a Recorrente pretende que seja dado provimento à sua pretensão apenas com base no reconhecimento de que, por força da possibilidade em abstrato dos documentos desentranhados serem relevantes para a sua defesa e, consequentemente, por força dos direitos e princípios referidos, deve poder aceder e consultar todos os meios de prova produzidos antes de qualquer decisão de desentranhamento. Nesta perspetiva, não seria necessário qualquer esforço de maior concretização quanto à referida suscetibilidade, levando em conta nomeadamente os factos que são imputados e o tipo de documentos que foi desentranhado.

87. Considera-se não ser assim. No caso, a falha ocorrida consubstanciaria um vício processual. Se se trata de uma nulidade, nos termos do artigo 120.º, n.º 1, alínea d), do CPP, ex vi artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC, conforme defende a Recorrente, ou de uma mera irregularidade, por força do artigo 118.º, n.º 2, do CPP, ex vi as normas indicadas, não é relevante, pois qualquer uma das hipóteses conduz ao mesmo resultado. Assim, o reconhecimento de qualquer nulidade ou irregularidade processual não se pode bastar com alegações e possibilidades abstratas. Tanto é assim que resulta quer do regime das nulidades previsto no artigo 122.º, do CPP, quer do regime das irregularidades consagrado no artigo 123.º, do CPP, sendo ambas as normas aplicáveis ao processo de contraordenação em causa ex vi artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC, a necessidade de afetação dos atos implicados. É isso que se infere dos artigos 122.º, n.ºs 1 e 3, e 123.º, n.º 2, ambos do CPP e que tem plena justificação ao abrigo do princípio da economia processual e bem assim dos interesses sancionatórios prosseguidos através do processo. Efetivamente, o reconhecimento de uma nulidade ou irregularidade processual não cumpre qualquer função de sancionamento da entidade que a cometeu, mas o efeito que produz em concreto no processo e, em particular, nos interesses e direitos afetados.

88. Ora, a Recorrente, por um lado, formula um pedido que em parte não concretiza os respetivos atos processuais, aludindo a eventuais desentranhamentos. A declaração de nulidade ou irregularidade pressupõe a identificação de atos processuais concretos, o que não foi feito.

89. Não se diga que a Recorrente não pode cumprir esse esforço de concretização porque desconhece a existência de outras decisões de desentranhamento. Este argumento não é procedente, pois ou a Pingo Doce não está ainda em condições de arguir qualquer vício ou está e não concretizou, conforme devia, os atos em questão.

90. Por outro lado, no que respeita ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Unilever que identifica no requerimento que apresentou junto da AdC, a Recorrente não efetuou qualquer esforço de concretização quanto à referida suscetibilidade dos documentos em causa serem relevantes para a sua defesa, levando em conta nomeadamente os factos que são imputados e o tipo de documentos que foi desentranhado.

91. Dir-se-á: a Recorrente não está em condições de efetuar esse esforço de concretização, pois desconhece o teor dos documentos. Este argumento não é procedente, pois a Recorrente sabe quais são os factos imputados e sabe que estão em causa ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Unilever durante as diligências de busca. Estes elementos permitiam-lhe um esforço de concretização maior da sua pretensão. O que não fez.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[...]" (sublinhados acrescentados).

1.1.1. Desta decisão recorreu a impugnante para o Tribunal da Relação de Lisboa, assim concluindo:

“[...]

A) Na sequência da notificação da Nota de Ilicitude, a Recorrente teve conhecimento de que, no âmbito do processo de contraordenação n.º PRC/2017/11, foi determinado o desentranhamento de ficheiros eletrónicos apreendidos, pelo menos, à covisada Unilever, sem que, no entanto, essa decisão lhe tivesse sido previamente notificada que pronunciasse sobre o pretendido desentranhamento e ulterior destruição da respetiva prova.

B) A Recorrente requereu, então, a sua notificação das decisões de desentranhamento dos ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Unilever e, simultaneamente, informação sobre eventuais outras decisões de desentranhamento de meios de prova que igualmente tivessem sido tomadas nos presentes autos, bem como a consulta aos elementos desentranhados. A sua pretensão foi indeferida in totum pela AdC, por decisão de 10.11.2021.

C) Após recurso desta decisão para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nos termos dos artigos 83.º e seguintes do RJC, foi proferida a Sentença aqui recorrida, na qual, entre o mais, se decidiu o seguinte:

C.1 As covisadas devem conhecer a prova produzida (ainda que, posteriormente, desentranhada), para efeitos do exercício dos seus direitos de acesso ao processo, contraditório e defesa, invocando-se três decisões judiciais, que destacam a essencialidade de aos covisados serem dadas informações sobre o conteúdo dos documentos a que pretendem ter acesso, com vista à fundamentação do respetivo pedido de acesso;

C.2 Que qualquer decisão de desentranhamento de meios de prova terá de ser precedida de notificação aos visados e covisados, permitindo o acesso dos mesmos aos elementos que se pretendem desentranhar e o respetivo exercício do contraditório;

C.3 Que a ausência de notificação prévia, por parte da AdC, da decisão de desentranhamento às restantes covisadas, incluindo a ora Recorrente, e a recusa de acesso aos elementos que viriam a ser desentranhados, determinaria a invalidade processual daquela decisão.

D) A Sentença recorrida entendeu, porém, que o reconhecimento da invalidade processual não seria suficiente para a sua declaração judicial, antes cabendo à Recorrente que concretizar, por um lado, (i) em que medida os elementos desentranhados (o seu conteúdo) seriam suscetíveis de ser relevantes para o direito de defesa à luz dos factos que lhe foram imputados na Nota de Ilicitude e, por outro lado, (ii) que o(s) ato(s) processual(is) implicado(s) tinham efeito no processo, em particular, nos interesses e direitos da Recorrente. Por entender que a Recorrente não observou este ónus de concretização nesta dupla vertente, a Sentença recorrida negou provimento ao recurso e julgou-o improcedente.

E) A decisão da Sentença recorrida é manifestamente ilegal: a imposição de um ónus de concretização — manifestamente impossível de cumprir, acrescente-se, em face do concreto desconhecimento dos meios de prova apreendidos — não encontra fundamento em qualquer norma que o preveja.

F) A sentença recorrida é manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

União Europeia; estando em causa, segundo a Autoridade, também a aplicação do direito da União e uma potencial infração ao artigo 101.º do Tratado (sobre o Funcionamento da União Europeia), não poderão deixar de ser respeitados os direitos fundamentais, tal como assegurados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos, aliás, do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

G) A proceder o entendimento vertido na sentença recorrida – no que não se concede –, a Recorrente estaria impossibilitada de ver reconhecida a sua pretensão de se pronunciar sobre a decisão de desentranhamento e simultaneamente de aceder ao conjunto da prova recolhida no processo, precisamente por não conseguir concretizar o que desconhece.

H) O reconhecimento da invalidade processual não depende de qualquer concretização prévia da relevância dos elementos apreendidos para a defesa aos factos imputados na Nota de Ilícitude.

I) Considerando que o pedido de acesso aos elementos é formulado num processo de contraordenação, ou seja, no âmbito de um processo de matriz sancionatória, não pode deixar de se lançar mão das normas processuais penais que regulam o direito de acesso do arguido aos autos, designadamente do artigo 89.º do CPP – acesso que não depende do cumprimento de qualquer ónus de concretização sobre a relevância dos elementos dos autos para a defesa do arguido. Destarte, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 89.º do CPP, a exigência de concretização sobre a relevância dos elementos dos autos para a preparação da defesa do arguido, como requisito de acesso aos autos, é patentemente ilegal.

J) Se do processo não consta toda a prova que nele foi produzida, a Recorrente nunca pode exercer cabalmente o seu direito de defesa perante a acusação que lhe é dirigida nos presentes autos – sendo esta a demonstração de que o ato processual inválido (a decisão de desentranhamento) afeta o conteúdo essencial do seu direito de defesa no âmbito dos presentes autos e não podendo, por isso, exigir-se maior concretização quanto aos efeitos do ato inválido na posição processual da Recorrente.

K) Perante a invalidade processual decorrente da ausência de contraditório prévio sobre a decisão de desentranhamento, cabe ao Tribunal determinar a sua notificação, bem como a notificação dos elementos por ela abrangidos de modo a permitir que a Recorrente afira da sua relevância probatória e da conseqüente necessidade de manutenção nos autos.

L) A Sentença recorrida violou os artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, bem como as garantias de defesa da Recorrente, constitucionalmente tuteladas nos artigos 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da Constituição.

M) A interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no sentido de que o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depende da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da Recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa, é inconstitucional por violação dos artigos 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP).

Nestes termos e nos mais de direito que V. Exas. doutamente suprirão, deve ser dado provimento ao presente recurso e, em consequência, ser a Sentença recorrida revogada e substituída por outra que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Reconheça a invalidade processual da decisão de desentranhamento, e, em consequência;
 2. Determine a notificação à Recorrente desta decisão e a notificação dos ficheiros eletrónicos por ela abrangidos, permitindo-lhe aferir da sua relevância probatória e da consequente necessidade de manutenção desses elementos nos autos de contraordenação.
- [...]" (sublinhados acrescentados).

1.1.2. Por acórdão de 13/07/2022, o Tribunal da Relação de Lisboa negou provimento ao recurso, com os fundamentos seguintes:

"[...]

1. Perante a invalidade processual decorrente da ausência de contraditório prévio sobre a decisão de desentranhamento, cabe ao Tribunal determinar a sua notificação, bem como a notificação dos elementos por ela abrangidos de modo a permitir que a Recorrente afira da sua relevância probatória e da consequente necessidade de manutenção nos autos tendo a sentença recorrida violado o disposto nos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, bem como as garantias de defesa da Recorrente, constitucionalmente tuteladas nos artigos 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da Constituição?

Esta questão, tal como foi redigida pela própria Recorrente e aqui reproduzida, envolve uma dupla vertente. Por um lado, compreende a sub-questão de saber se a ausência de contraditório de visadas não envolvidas na apreensão documental, no que tange à decisão de desentranhamento de documentos tidos por irrelevantes para investigação de práticas anticoncorrenciais, proferida pela entidade que dirija o inquérito contraordenacional, gera vício processual e qual. Por outro, respondendo-se afirmativamente à primeira pergunta, nasce a segunda vertente problemática que se quis central e que é a relativa à determinação do que deverá ser ordenado pelo Tribunal em tal circunstância.

Segundo a Recorrente, teria sido violado o disposto no n.º 1 do art. 25.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (doravante também (NRJC) aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05. Tal preceito tem o seguinte conteúdo:

Artigo 25.º

Instrução do processo

1 – Na notificação da nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo anterior, a Autoridade da Concorrência fixa ao visado pelo processo prazo razoável, não inferior a 20 dias úteis, para que se pronuncie por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeira as diligências complementares de prova que considere convenientes.

(...)

É manifesto, porque expressamente verbalizado pelo legislador através de construção frásica simples e semântica clara, que o elemento despoletador da aplicação do regime lançado em tal preceito é a notificação da nota de ilicitude. É esta é o produto final da fase de inquérito, conforme se extrai da al. a) do n.º 3 do art. 24.º do mesmo encadeado normativo.

O art. 25.º invocado no recurso é, no contexto do encadeado de atos processuais regulados no NRJC, justamente a norma disciplinadora da nova fase processual aberta pela dedução daquela nota – a fase da instrução.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ora, no caso que nos ocupa, situamo-nos a montante do regulado nesse preceito, ou seja, na fase de inquérito, o que conduz a conclusão no sentido da inaplicabilidade da referida norma à situação que aqui cumpre avaliar.

E esta conclusão deixa também uma impressão liminar, a saber, a de que a Recorrente não logrou localizar regra própria da fase de inquérito que fornecesse sustentação à sua pretensão pelo que teve que convocar regras relativas a fase diversa e encadeado distinto de atos processuais para suportar construção alheia ao regulado. Tal empresta fragilidade liminar à sua tese.

Prosseguindo na análise, temos que a Recorrente considera também que foi desrespeitado o regime emergente dos n.ºs 1 e 2 do art. 31.º do NRJC que tem o conteúdo que ora se cita:

Artigo 31.º

Prova

1 – Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a demonstração da existência ou inexistência da infração, a punibilidade ou não punibilidade do visado pelo processo, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima.

2 – São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.

(...)

A primeira nota que se justifica lançar na ponderação do relevo desta parte do afirmado no recurso é que se trata de preceito que, como o anterior, não se refere à fase processual em que se integrou o ato criticado, já que se reporta também à instrução e não ao inquérito.

Este elemento convoca, de imediato, as considerações lançadas quanto ao preceito anterior: não é invocável como violado um preceito inaplicável à situação apreciada.

Acresce que os artigos transcritos se referem à prova relevante, id est, referente a factos jurídicos que apontem para a existência ou inexistência da infração. Referencia-se, nesse contexto, a prova admitida ou a que o deveria ser, o que corresponde a quadro situacional bem distinto do que nos ocupa. E a fase referenciada é, sempre, a da instrução e não a do inquérito.

Não há, pois, a pretendida violação de norma nem sequer aplicável ao quadro objeto de avaliação.

Finalmente, também o art. 33.º do diploma apontado teria sido posto em crise. É o seguinte o seu conteúdo:

Artigo 33.º

Acesso ao processo

1 – O visado pelo processo pode, mediante requerimento, consultar o processo e dele obter, a expensas suas, extratos, cópias ou certidões, salvo o disposto no número seguinte.

2 – A Autoridade da Concorrência pode, até à notificação da nota de ilicitude, vedar ao visado pelo processo o acesso ao processo, caso este tenha sido sujeito a segredo de justiça nos termos do n.º 2 do artigo anterior, e quando considerar que tal acesso pode prejudicar a investigação.

3 – Qualquer pessoa, singular ou coletiva, que demonstre interesse legítimo na consulta do processo pode requerê-la, bem como que lhe seja fornecida, a expensas suas, cópia, extrato ou certidão do mesmo, salvo o disposto no artigo anterior.

4 – O acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º, e nos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

O n.º 2 do artigo citado inculca a noção de que este tem vocação para regular genericamente o direito de acesso aos autos ao referir-se à fase anterior à notificação da nota de ilicitude. Não estamos, pois, perante norma privativa da fase de instrução. Justificam-se, assim, considerações complementares sobre a matéria.

O n.º 1 reporta-se à consulta do processo e obtenção de elementos processuais, a expensas do peticionante, mediante expresse requerimento nesse sentido. Nenhuma relação tem, conseqüentemente, com notificações obrigatórias de conteúdos processuais. Está, assim, fora de cogitação no caso que nos ocupa.

O n.º 2 surge na sequência e em continuum lógico face ao n.º 1. E o que daí se extrai é que as ditas consultas ou obtenção de autos mediante requerimento não se materializam no quadro do exercício de um direito absoluto mas antes condicionado pelo segredo de justiça e pela avaliação feita pela Autoridade da Concorrência dos interesses da investigação, sendo excluídas se a mencionada Autoridade considerar o acesso potencialmente prejudicial para a investigação.

Daqui emergem duas noções seguras e claras: a. o preceito não se refere à questão da obrigatoriedade de notificação do conteúdo de documentos a desentranhar por irrelevantes; b. ainda que estivéssemos no domínio específico da definição da obrigatoriedade da notificação, sempre teríamos que extrair conclusão no sentido de que a Autoridade da Concorrência, na fase de inquérito, tem o poder de vedar o acesso aos autos em função do caráter prejudicial para a investigação desse acesso o que, a maiori ad minus, sempre envolveria a noção de poderia a mesma também afastar o irrelevante numa fase em que assume o protagonismo das decisões sobre o que interessa para a investigação e sobre o que não releva para a mesma.

Colbe-se da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que o respeito do princípio do contraditório e das demais garantias processuais aclamadas no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não é aferível em abstrato mas em termos estritamente focados nas ocorrências específicas de um determinado processo que corra perante um Tribunal, atendendo à concreta possibilidade de exercício de direitos relativos à construção da simetria processual, maxime dos direitos de defesa – cf. os Acórdãos do TEDH Keröjärvi e Finlândia de 19 de julho de 1995 e Mantovanelli contra França de 18 de março de 1997. Daqui resulta o afastamento liminar da necessidade de transmissão de todos os conteúdos de todos os documentos.

Por assim ser se afirmou, no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Mantovanelli c. França, Processo 322/81, de 18 de março de 1997, que ainda que a necessidade de ter em conta os direitos de defesa seja um princípio fundamental do Direito da União (então comunitário) que a Comissão Europeia deve observar nos processos administrativos que podem levar à imposição de sanções por violação de regras de concorrência previstas no Tratado, a sua observância requer, inter alia, que a empresa em causa tenha a possibilidade de expressar eficazmente a sua opinião sobre os documentos utilizados pela comissão para apoiar a sua alegação de violação e não mais.

Salienta-se, aqui, pelo seu relevo quanto ao caso que nos ocupa, a menção a documentos utilizados e não a todos os documentos e menos a documentos não utilizados.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão relativo aos Processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland A/S e o. e no acórdão de 25 de outubro de 1983, AEG/Comissão, Processo n.º 107/82, e o Tribunal de Primeira Instância da União Europeia, no acórdão



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Solvay/ Comissão, processo T-30/91, carregam a noção de que os direitos de defesa se reportam sempre e apenas a documentos utilizados e relevantes.

No acórdão AEG que se referiu no parágrafo anterior, o TJUE foi muito claro a enunciar que a exclusão de determinados documentos utilizados pela Comissão Europeia não tem significado na violação dos direitos de defesa salvo na medida em que as objeções da Comissão só pudessem ser provadas por referência a esses documentos.

No mesmo sentido, o Acórdão Aalborg Portland ao qual se fez referência supra enunciou expressamente que «a não comunicação de um documento apenas constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para fundamentar a sua acusação relativa à existência de uma infração, e, por outro, que essa acusação só poderia ser provada por referência ao dito documento».

Encontramos, assim, coincidência entre a conclusão a que se chegaria por se constatar a inadequação da alegação de violação do regime do NRJC feita no recurso e por se verificar inexistirem outras normas relativas ao inquérito contraordenacional que impusessem a notificação de documentos tidos por irrelevantes pelo órgão inquiridor e o percurso jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto a tal matéria.

A conclusão pela adequação ao regime do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de uma interpretação não assente na abstração dos princípios e antes estruturada por referência ao efeitos concretos de uma determinada atuação num certo processo ao nível do exercício das faculdades associadas à proibição da indefesa afastam de cogitação a possibilidade de violação de preceitos da Lei Fundamental Lusa, particularmente dos invocados n.ºs 1, 5 e 10 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa. A defesa aí referida e por relação com a qual se desenha o correspondente direito é a relativa à agressão processual e não ao inócuo, é a apontada ao concreto e não ao abstrato.

*Não tem qualquer sentido, pois, suscitar-se, aqui, questão de constitucionalidade aliás, conforme jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional, a colocar, no âmbito das contraordenações, a um nível de muito menor exigência por comparação com o quadro garantístico processual penal – *vd.*, com interesse neste domínio, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 336/2008, 76/2016, 730/95, 612/2014, 41/2004, 466/2012, 201/2014 e 297/2016.*

A opção assumida no sentido da exclusão de documentos apreendidos a outra visada com fundamento em irrelevância foi concretizada no quadro do exercício de poderes claramente atribuídos no n.º 2 do art. 17.º do NRJC.

Não está legalmente prevista a obrigatoriedade da notificação de tal decisão, na fase de inquérito, a outras visadas ou a terceiros, nem ocorre ultrapassagem de poderes de intervenção, face à referida norma.

Não se violam direitos de defesa, pelas razões acima enunciadas – sobretudo por se tratar de documentos não utilizados com função incriminatória (tudo se alterando, claro, caso aos mesmos fosse dado relevo ao nível da atribuição de responsabilidade de mera ordenação social, já que aí surgiria a necessidade de defesa e o direito respetivo de emanção constitucional e também proveniente do Direito da União Europeia e do Direito internacional pactício).

*Não se divisa a prática de ato nulo ou, até, de mera irregularidade, à luz do disposto nos arts. 120.º e 123.º do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* do disposto no art. 83.º do NRJC e do n.º 1 do art. 41.º do RGCO.*

Não tem a Recorrente legitimidade para arguir vício emergente da não notificação da visada a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que se reportam documentos sendo que, aliás, não se extrai dos autos que a mesma não tenha ocorrido.

Não foi demonstrado, pela Recorrente, o carácter potencialmente relevante dos elementos excluídos dos autos para os seus interesses processuais, não se tendo patenteado que da nota de ilicitude constassem como elementos de demonstração de componentes objetivos e subjetivos do tipo de ilícito os documentos retirados dos autos.

O exercício dos poderes atribuídos à Autoridade da Concorrência (AdC) nos termos do disposto no referido art. 17.º, desprovido da obrigatoriedade de notificação a outros visados ou terceiros das decisões de desentranhamento de documento tidos por irrelevantes para a decisão mostra-se adequado às finalidades perseguidas pelo legislador de tutela pública eficaz do Direito da concorrência («public enforcement», no jargão europeu), revela-se necessário à consecução dos objetivos normativos (já que sem a concessão de poderes autónomos de decisão não se conseguiria a pretendida efetividade) e não ultrapassa o equilíbrio devido entre essas finalidades e objetivos e os demais direitos envolvidos. É, pois, proporcional.

Tal exercício foca a atividade punitiva, empresta-lhe eficácia, permite obviar à sobrecarga processual, proscree a prática de atos inúteis (porque relativos a documentos irrelevantes), afasta, designadamente, a classificação de confidencialidades e o acesso inútil aos autos e não viola direitos de defesa já que só há defesa contra a agressão ou possibilidade desta.

Tem sentido e adequação, a título ilustrativo, a menção feita pela AdC à Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (2005/C 325/07) ao recordar que, aí, ou seja, no quadro da intervenção da Comissão Europeia, os documentos não utilizados não são mantidos no processo, nele apenas permanecendo os documentos incriminatórios.

Resulta do regime emergente do NRJC, em termos que a Recorrente não logrou contrariar mediante invocação de normas aplicáveis de sentido contrário, que as visadas não têm acesso aos autos do processo na fase de inquérito e desconhecem as provas recolhidas contra si, o que releva substancialmente no âmbito apreciado.

É, pois, à luz da nota de ilicitude que a visada conhece o que releva em termos instrutórios, acede ao que se pretende demonstrar e assume noção plena dos documentos relevantes, não lhe interessando, nesse contexto, os não utilizados para estear a imputação.

Perante essa nota de ilicitude, assiste à visada o direito de juntar documentos (estes então já adequados ao que efetivamente se discute) – cf. o n.º 1 do art. 25.º e o n.º 4 do art. 26.º do indicado regime.

Aqui chegados, impõe-se nos concluir, quanto à primeira das duas sub-questões, que não ocorreu vício processual que fira a decisão de desentranhamento.

Esta circunstância acarreta, necessariamente, conclusão, quanto à segunda vertente do perguntado, no sentido de que nada há a ordenar pelo Tribunal para superar invalidade adjetiva afinal inexistente.

Flui do exposto dever-se responder negativamente à questão suscitada, o que ora se declara.

2. A interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no sentido de que o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depende da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da Recorrente, particularmente no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

exercício do seu direito de defesa, é ilegal e também inconstitucional por violação dos artigos 32.º n.ºs 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP)?

O respondido quanto à questão anterior desloca o eixo da problemática relevante nos autos e torna ociosa a resposta à presente questão.

É manifesto que o que temos nos autos é uma válida decisão proferida pela AdC, pelas razões técnicas supraindicadas, sendo destituída de relevo a questão da dependência «da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da Recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa» para a conclusão pela inadequação do decidido.

[...].”

1.2. Desta decisão interpôs a reclamante recurso para o Tribunal Constitucional ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (LTC), nos seguintes termos:

“[...]

1) Introdução e enquadramento processual relevante

1. Os presentes autos tiveram origem no recurso interposto pela Recorrente, para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, do Despacho da Autoridade da Concorrência (“AdC”) de 10.11.2021 (Ofício com a referência S-AdC/2021/3361), proferido no processo de contraordenação n.º PRC/2017/11, que indeferiu o pedido de acesso e de consulta dos elementos desentranhados dos autos em momento anterior à notificação da Nota de Ilicitude à ora Recorrente.

2. De facto, na sequência da notificação da Nota de Ilicitude, a Recorrente teve conhecimento de que, no âmbito do processo de contraordenação n.º PRC/2017/11, foi determinado o desentranhamento de mensagens de correio eletrónico apreendidas a outra covisada naqueles autos de contraordenação, decisão essa que não foi notificada à Recorrente, impossibilitando-a de se pronunciar sobre o pretendido desentranhamento e a ulterior destruição da prova abrangida por essa decisão da AdC.

3. Por essa razão, após tomar conhecimento do referido desentranhamento de meios de prova, a ora Recorrente requereu a notificação imediata das decisões de desentranhamento dos ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da covisada e, simultaneamente, que lhe fosse prestada informação sobre a existência de outras decisões de desentranhamento de meios de prova naqueles autos e, ainda, por fim, que lhe fosse autorizada a consulta aos elementos desentranhados.

4. Por Despacho de 10.11.2021, a AdC julgou improcedente a nulidade suscitada a propósito da decisão de desentranhamento e, conseqüentemente, indeferiu aqueles dois pedidos formulados pela Recorrente.

5. A Recorrente interpôs recurso deste Despacho de 10.11.2021 para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nos termos dos artigos 83.º e seguintes do RJC, alegando,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

para o que aqui releva, a preterição do contraditório e a limitação injustificada e ilegal das suas garantias de defesa, na medida em que a decisão da AdC, que determinou o desentranhamento dos ficheiros eletrónicos apreendidos a covisadas nos autos, não foi notificada à Recorrente, impossibilitando-a de se pronunciar sobre a mesma e, bem assim, ante a sua execução, de conhecer e aproveitar o conteúdo relevante para a sua defesa no âmbito daquele processo de contraordenação.

6. Nas suas Alegações de recurso de 13.12.2021, a Recorrente invocou, entre o mais, que "[a] expurgação ilegal dos e-mails e «documentos» referida supra, e a conseqüente impossibilidade de acesso a prova potencialmente relevante para a defesa do Pingo Doce, viola o disposto nos artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º do RJC e cria uma radical e insanável dúvida acerca da verdade dos factos vertidos na decisão condenatória, impondo o arquivamento dos autos quanto à ora Recorrente",

7. "[s]endo inconstitucional a normas extraída por interpretação conjunta daqueles preceitos do RJC, segundo a qual é admissível o desentranhamento de documentos dos autos sem que à Recorrente seja dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo e ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa, nos termos dos artigos 32.º, n.os 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP)" (cfr. Conclusões L e M das referidas Alegações de recurso de 13.12.2021).

8. Por Sentença de 10.03.2022, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão entendeu que a omissão da AdC de notificação da decisão de desentranhamento e de acesso aos elementos desentranhados, para que os covisados se pudessem pronunciar sobre essa decisão e a relevância dos elementos probatórios desentranhados, constituía um vício processual. O recurso da Recorrente foi, contudo, julgado improcedente por se ter considerado existir um ónus de concretização prévia da relevância dos elementos apreendidos para a sua defesa, ónus este que não teria sido cumprido.

9. Desta Sentença de 10.03.2022, a ora Recorrente interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa e, considerando a decisão recorrida (que, favoravelmente à Recorrente, identificou a existência do dever de notificação da decisão de desentranhamento e de acesso aos elementos desentranhados, permitindo que os covisados se pudessem pronunciar sobre essa decisão e a relevância dos elementos probatórios desentranhados), sindicou apenas a imposição do referido ónus de concretização prévia dos elementos apreendidos para o reconhecimento judicial da invalidade processual.

10. Neste sentido, nas suas Alegações de recurso de 29.03.2022, a Recorrente invocou que "[a] interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no sentido de que o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depende da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da Recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa, é inconstitucional por violação dos artigos 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

266.º, n.º 2, da CRP) – cfr. Conclusão M das referidas Alegações de 29.03.2022.

11. Por Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.07.2022, foi negado provimento ao recurso.

12. Não pode a Recorrente concordar com tal entendimento, designadamente, e no que aqui importa, no que respeita às inconstitucionalidades invocadas no âmbito do recurso sobre a decisão que recusa o acesso aos elementos desentranhados dos autos.

13. Deve, assim, o presente recurso ser admitido, sob pena de violação do direito a um processo justo e equitativo, na vertente do direito de acesso, previsto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos termos do seu artigo 6.º, §1, (cf. *Affaire dos Santos Calado et Autres c. Portugal*, de 31.03.2020, Requête nos. 55997/14, 68143/16, 78841/16 et 3706/17, Troisième Section, disponível em: [https://hudoc.echncoe.int/eng#{"itemid":":r"001-202123"}](https://hudoc.echncoe.int/eng#{)) (apenas em língua francesa).

II) Da verificação dos pressupostos processuais do Recurso de Constitucionalidade

14. Dispõe o artigo 280.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, e, bem assim, o artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LTC, que cabe recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais "que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo".

15. Por sua vez, densificando o regime de admissão dos referidos recursos por remissão da parte final do artigo 280.º, n.º 4, da Constituição, dispõe o artigo 70.º, n.º 2 da LTC que o recurso previsto na alínea b) do seu n.º 1 apenas cabe "de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam, salvo os destinados a uniformização de jurisprudência".

16. São, portanto, três os pressupostos de que depende o recurso de constitucionalidade previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LTC:

(a) A invocação da inconstitucionalidade da(s) norma(s) em apreço durante o processo;

(b) A efetiva aplicação dessa(s) norma(s) pelo Tribunal a quo;

(c) A irrecorribilidade da decisão que haja aplicado a(s) norma(s) em causa.

17. No que respeita ao último pressuposto, adianta-se, desde já que, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (aprovado pela Lei), "[d]as sentenças e despachos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão cabe recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância" (com sublinhado nosso).

18. Assim, atendendo ao facto de o Acórdão recorrido ter sido proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, na sequência de recurso interposto da Sentença de 10.03.2022, proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mostram-se esgotados os recursos ordinários.

19. Cumpre, então, aferir da verificação dos restantes pressupostos de admissibilidade do presente recurso.

III) Da omissão de notificação da decisão de desentranhamento de prova com potencial relevância exculpatória e a garantia dos direitos de defesa da Recorrente

20. Alegou a Recorrente que a omissão de notificação da decisão de desentranhamento e, com ela, a impossibilidade de tomar conhecimento dos e-mails e dos documentos apreendidos à covisada e de assim determinar a sua (eventual) relevância exculpatória para as infrações pelas quais foi acusada em sede de Nota de Ilicitude, constitui uma ilegal limitação ao exercício do seu direito de defesa, configurando, portanto, uma invalidade processual.

21. Nesta decisão de desentranhamento está em causa a remoção do processo, com caráter definitivo, sem possibilidade de contradição, de elementos cujo conteúdo não chegará a ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

conhecido por todos os visados no processo, independentemente de nisso poderem ter um legítimo interesse (processual e/ou substantivo).

22. Ora, o seu direito de defesa só pode considerar-se efetivo se esta análise incidir sobre toda a prova que integrou o processo de contraordenação, sem qualquer exclusão, designadamente – e, talvez, principalmente – daquela que, apesar inicialmente aí apreendida, vem a ser depois qualificada como irrelevante pela AdC.

23. Deste modo, conforme a Recorrente invocou e demonstrou nas suas Alegações de recurso de 13.12.2021 (cfr. Conclusões L e M), a decisão da AdC de 10.11.2021, que indeferiu o pedido de acesso às decisões de desentranhamento proferidas e negou o pedido de acesso aos elementos desentranhados, violou os artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio,

24. sendo inconstitucional a norma extraída por interpretação conjunta daqueles preceitos do RJC, segundo a qual é admissível o desentranhamento de elementos probatórios dos autos sem que à Recorrente seja dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo, ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.os 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP).

25. O Tribunal da Relação de Lisboa discordou de tal entendimento.

26. No Acórdão de 13.07.2022, considerou-se, quanto a esta concreta questão, que "[n]ão está legalmente prevista a obrigatoriedade da notificação de tal decisão [de exclusão de documento apreendidos a outra visada], na fase de inquérito, a outras visadas ou a terceiros, nem ocorre ultrapassagem de poderes de intervenção, face à referida norma", pelo que não foram violados os direitos de defesa, "sobretudo por se tratar de documentos não utilizados com função incriminatória", negando-se, assim, a "prática de ato nulo ou, até, de mera irregularidade, à luz do disposto nos arts. 120.º e 123.º do Código de Processo Penal, aplicável ex vi do disposto no art. 83.º do NRJC e do n.º 1 do art. 41.º do RGCO" (cfr. págs. 22 e 23 do Acórdão recorrido).

27. E, nessa sequência, negando razão à alegação da ora Recorrente, afirma-se expressamente que "não ocorreu vício processual que fira a decisão de desentranhamento" (cfr. pág. 24 do Acórdão recorrido).

28. Considerando o supra exposto, dúvidas não poderão restar que o Acórdão recorrido aplicou efetivamente a norma cuja inconstitucionalidade se suscitou e que, através deste recurso, se pretende que seja apreciada.

29. Não que respeita à adequação da invocação da inconstitucionalidade que se pretende ver apreciada, importa sublinhar três aspetos essenciais:

30. Em primeiro lugar, não se desconhecendo o teor do artigo 72.º, n.º 2, da LTC, importa sublinhar que a invocação da inconstitucionalidade sub iudice foi feita no momento processual possível e adequado, atendendo às decisões proferidas nos autos.

31. De facto, as exigências legais de suscitação adequada e de forma processualmente adequada pretendem acautelar que a inconstitucionalidade seja invocada "durante o processo", enquanto o mesmo se mantém pendente, isto é, até à prolação da decisão final, momento a partir do qual se esgota o poder jurisdicional.

32. Em sentido consentâneo com o referido supra, o Acórdão n.º 41/92 deste Tribunal Constitucional, no qual se entendeu que, segundo a "jurisprudência pacífica deste Tribunal", esta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

exigência deva ser entendida "não em sentido meramente formal, tal que a inconstitucionalidade pudesse ser suscitada até à extinção da instância, mas num sentido funcional, tal que essa invocação haverá de ser feita em momento em que o tribunal a quo ainda possa conhecer da questão, ou seja, antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz, o que, em princípio, ocorre com a prolação da decisão", isto é, "a questão de inconstitucionalidade só é suscitada durante o processo quando é apresentada a decisão do tribunal recorrido a tempo de este a poder decidir".

33. Portanto, o que se pretende é impossibilitar a suscitação de inconstitucionalidades em incidentes pós-decisórios, quando o poder jurisdicional já se encontra esgotado e o Tribunal recorrido apenas pode, em princípio, suprir nulidades ou irregularidades.

34. Tendo a inconstitucionalidade em causa sido suscitada num momento processual anterior à prolação do Acórdão recorrido, tendo, portanto, o Tribunal a quo possibilidade de conhecer de tal questão jurídico-constitucional, tomando sobre ela posição, por não estar ainda esgotado o seu poder jurisdicional sobre a matéria a que diz respeito, cumpriu-se o requisito legal de suscitação adequada e atempada.

35. Nestes precisos termos, Carlos Blanco de Moraes (in *Justiça Constitucional – Tomo II – O Direito do Contencioso Constitucional*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, p. 754), refere que "[a] suscitação da questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada marca, em primeiro lugar, o tempo e o momento em que a invalidade poderá ser validamente suscitada pelo recorrente, tempo esse que se inicia com o desencadeamento do processo e cujo termo é ligado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, art. 72.º, numa perspetiva funcional (e não formalista), até ao momento em que o tribunal "a quo" esteja obrigado a dela tomar conhecimento (n.º 2 do art. 2.º da LTC (Ac. n.º 62/2005)). Como regra geral, enquanto a causa julgada no processo-pretérito estiver pendente (Ac. n.º 15/95) e, como tal, se não tenha esgotado o poder jurisdicional".

36. Em segundo lugar, como é entendimento pacífico, na Doutrina e Jurisprudência, as inconstitucionalidades são de conhecimento oficioso, pelo que, uma vez invocada esta inconstitucionalidade na pendência do processo, não tinha a mesma que integrar as conclusões das Alegações de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa para este estar obrigado a conhecê-la.

37. No já citado Acórdão n.º 41/92 deste Tribunal Constitucional decidiu-se, precisamente, que a natureza oficioso do conhecimento das questões de constitucionalidade, deverá prevalecer sobre a regra da limitação do objeto do recurso pelas conclusões do recorrente, "nomeadamente porque, em processo constitucional, basta que a decisão do tribunal aplique norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), citado, em consonância, de resto, com a alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição da República".

38. No referido Acórdão n.º 41/92 entendeu-se que "a inconstitucionalidade é questão do conhecimento oficioso de qualquer tribunal — Constituição da República, artigo 207.º — pelo que os interessados podem invocá-la em qualquer via do recurso ordinário que a decisão consinta" (sublinhado nosso).

39. Em terceiro lugar, importa esclarecer que, como supra se afirmou, a Recorrente arguiu a inconstitucionalidade sub *judice* no momento processual adequado e possível, não tendo arguido a mesma nas Alegações de recurso para o Tribunal aqui recorrido por falta de legitimidade para tal.

40. De facto, a Recorrente suscitou a inconstitucionalidade normativa em apreço nas suas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Alegações de recurso de 13.12.2021.

41. No entanto, na medida em que a Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, dando razão à Recorrente, reconheceu a existência do vício/irregularidade processual e, portanto, do dever da AdC de notificar a decisão de desentranhamento às covisadas e dar acesso aos elementos desentranhados, essa questão, decidida a seu favor, deixou de ser central na sua posição processual.

42. Por este motivo, a Recorrente, no recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, apenas sindicou a decisão proferida na Sentença recorrida que lhe tinha sido desfavorável: a imposição do ónus de concretização prévia da relevância dos elementos desentranhados para o reconhecimento judicial do vício processual.

43. E não podia ter sido de outro modo, na medida em que a Recorrente não tinha interesse processual para a invocação de uma interpretação normativa inconstitucional que não havia sido aplicada na decisão recorrida (vindo, sim, a ser aplicada no Acórdão recorrido),

44. Não tendo, igualmente, interesse processual para a invocação de uma interpretação normativa que lhe era favorável (a aplicada na Sentença recorrida), podendo essa invocação, inclusive, prejudicar a sua posição processual no recurso interposto.

45. Não se verifica, portanto, um qualquer "abandono" da inconstitucionalidade suscitada, mas uma adequação do comportamento processual da Recorrente às decisões que foram sendo proferidas.

46. Quanto a este aspeto, permitimo-nos recorrer, novamente, às douradas palavras de Carlos Blanco de Moraes: "se uma -parte, depois de passar a uma posição vencedora, omitir a reiteração da questão de constitucionalidade que antes suscitara, relativamente a uma norma aplicável, ela assume uma posição coerente com o entendimento do próprio Tribunal Constitucional, segundo o qual a parte vencedora não tem legitimidade para recorrer e, como tal, não faz sentido que, nesse novo "status" ou qualidade, aluda a uma questão de inconstitucionalidade levantada em momento processual anterior enquanto parte vencida" (Ob. Cit., p. 773).

47. Sufragando o entendimento supra, no Acórdão n.º 232/92, este Tribunal Constitucional considerou constituir um formalismo excessivo a exigência, à parte que obteve provimento em 2ª instância, de recolocação da questão de constitucionalidade perante a instância de recurso.

48. Assim, à luz dos princípios da proporcionalidade e da utilidade processual, é absolutamente inadmissível que se exija a suscitação em todas as instâncias, independentemente das decisões proferidas, das questões de inconstitucionalidade,

49. Devendo considerar-se adequada e tempestivamente suscitada a questão de inconstitucionalidade, nos termos em que o foi, atendendo aos desenvolvimentos processuais.

50. Nestes termos, pretende a Recorrente a apreciação da norma cuja inconstitucionalidade foi invocada no processo e aplicada pelo Tribunal da Relação.

IV) Da imposição do ónus de concretização prévia da relevância dos elementos desentranhados para o reconhecimento do vício processual

51. Alegou a Recorrente que a imposição de um ónus de concretização da relevância dos elementos desentranhados para a sua defesa — ónus este que é manifestamente impossível de cumprir, em face do concreto desconhecimento dos meios de prova apreendidos — não encontra fundamento em qualquer norma que o preveja, impossibilitando o reconhecimento judicial de um vício processual que, como se considerou, existe efetivamente,

52. Impossibilitando, igualmente, a Recorrente de conhecer e poder pronunciar-se sobre o conjunto da prova recolhida no processo, precisamente por não conseguir concretizar o que desconhece.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

53. Deste modo, não constando do processo toda a prova que nele foi produzida e impossibilitada que fica de aceder aos elementos desentranhados, a Recorrente nunca poderia exercer cabalmente o seu direito de defesa perante a acusação que lhe foi dirigida nos já identificados autos de contraordenação.

54. Neste sentido, nas suas Alegações de recurso de 29.03.2022, a Recorrente invocou que "[a] interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 2, [31.º], n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no sentido de que o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depende da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da Recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa, é inconstitucional por violação dos artigos 32.º, n.os 2, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP)" – cfr. Conclusão M das referidas Alegações de recurso.

55. No entanto, o Tribunal recorrido discordou de tal entendimento.

56. De facto, no Acórdão recorrido, decidiu-se que uma possível limitação dos direitos de defesa (princípio do contraditório e das demais garantias processuais aclamadas no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) afere-se "em termos estritamente focados nas ocorrências específicas de um determinado processo que corra perante um Tribunal, atendendo à concreta possibilidade de exercício de direitos relativos à construção da simetria processual, maxime dos direitos de defesa – cf. os Acórdãos do TEDH Kerojärvi e Finlândia de 19 de julho de 1995 e Mantovanelli contra França de 18 de março de 1997", não em abstrato (cfr. pág. 20 do Acórdão recorrido).

57. Procurando suportar este entendimento, o Acórdão recorrido cita, ainda, o Acórdão Aalborg Portland, no qual "se fez referência supra enunciou expressamente que «a não comunicação de um documento apenas constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para fundamentar a sua acusação relativa à existência de uma infração, e, por outro, que essa acusação só poderia ser provada por referência ao dito documento»" (cfr. pág. 21 do Acórdão recorrido, que corresponde ao §21 do Acórdão Aalborg Portland).

58. Trata-se de uma leitura descontextualizada do Acórdão Aalborg Portland e que não é pertinente ao caso dos autos, porquanto a Recorrente não alega que a AdC utilizou e-mails e documentos incriminatórios para sustentar a sua Nota de Ilicitude.

59. Em rigor, o que tem relevância nesse Acórdão para o presente recurso é o que vem dito mais adiante, a respeito da não comunicação de documentos que podem ter pertinência para a defesa (leia-se, de natureza potencialmente exculpatória):

"74 Em contrapartida, quanto à não comunicação de um documento de defesa, a empresa em causa deve demonstrar unicamente que a sua não divulgação pôde influenciar, em prejuízo desta última, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão (v. acórdão Solvay/Comissão, já referido, n.º 68).

76 A possibilidade de que um documento não divulgado tenha podido influenciar o desenrolar do procedimento e o conteúdo da decisão da Comissão só pode ser provada através de um exame provisório de determinados meios de prova, do qual resulte que os documentos não divulgados podiam ter tido — em relação a esses meios de prova — uma importância que não deveria ter



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sido menosprezada (v. acórdão Solvay/ Comissão, já referido, n.º 68)''.

60. Assim, a análise da questão de saber se um documento não acessível no decurso do procedimento administrativo era suscetível de ser útil à defesa de uma recorrente necessita de uma análise provisória dos elementos de prova utilizados:

"241. Quando uma recorrente contesta, no quadro do recurso de anulação de uma decisão definitiva da Comissão, uma recusa desta de comunicar um ou mais documentos do processo, cabe ao Tribunal pedi-los e examiná-los (conclusões do advogado-geral P. Léger relativas ao acórdão de 6 de abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/ Comissão, referidas no n.º 144, supra, n.º 121). Sem que O Tribunal se possa então substituir à Comissão (acórdãos referidos no n.º 106, supra, Solvay/ Comissão, T-30/91, n.º 98, e ICI/ Comissão, T-36/91, n.º 113), este exame deve em primeiro lugar incidir sobre a questão de saber se os documentos que não estiveram acessíveis no decurso do procedimento administrativo apresentam uma ligação objetiva com uma acusação deduzida contra a recorrente na decisão impugnada. Se tal ligação não existir, os documentos em causa não apresentam qualquer utilidade para a defesa da recorrente que os invoca. Se, em contrapartida, os documentos apresentarem uma ligação desse tipo, cabe então apreciar se a sua não divulgação pôde afetar a defesa dessa recorrente no decurso do procedimento administrativo. Para esse efeito, haverá que analisar os elementos de prova avançados pela Comissão em apoio dessa acusação (acórdãos Solvay/ Comissão, T-30/91, referido no n.º 106, supra, n. os 61 a 65, ICI/ Comissão, T-36/91, referido no n.º 106, supra, n.os 71 a 75, e ICI/ Comissão, T-37/91, referido no n.º 142, supra, n.os 51 a 56) e apreciar se OS documentos não divulgados — face aos elementos de prova avançados pela Comissão — poderiam ter uma importância que não deveria ter sido negligenciada (acórdãos referidos no n.º 106, supra, Solvay/ Comissão, T-30/91, n.º 68, e ICI/ Comissão, T-36/91, n.º 78). Existirá violação dos direitos da defesa caso exista uma possibilidade — mesmo reduzida — de que o procedimento administrativo pudesse atingir um resultado diferente na hipótese de a recorrente ter podido invocar o documento no decurso desse procedimento administrativo (acórdão de 17 de dezembro de 1999, Hercules Chemicals/ Comissão, referido no n.º 140, supra, n.º 56, acórdãos Solvay/ Comissão, T-30/91, referido no n.º 106, supra, n.º 68, e ICI/ Comissão, T-36/91, referido no n.º 106, supra, n.º 78; e conclusões do advogado-geral P. Léger relativas ao acórdão BPB Industries e British Gypsum/ Comissão, referidas no n.º 144, supra, n.º 120)''.

61. No processo Solvay, a análise provisória dos elementos de prova foi feita da seguinte forma em termos sequenciais:

- O Tribunal Geral convidou a Comissão a apresentar a comunicação de acusações, os respetivos anexos e uma lista enumerativa detalhada de todos os documentos do processo. Essa lista deveria conter uma indicação sucinta que permitisse identificar o autor, a natureza e o conteúdo de cada documento ;

- "O Tribunal Geral convidou a recorrente a indicar os documentos da lista enumerativa revista que não lhe tivessem sido facultados no procedimento administrativo e que, na sua opinião, fossem suscetíveis de conter elementos que pudessem ser úteis à sua defesa" ; a recorrente "salientou que a lista enumerativa revista estava incompleta e era imprecisa. Indicou também quais dos documentos repertoriados nessa lista enumerativa revista lhe pareciam úteis à sua defesa e que desejaria consultar" .

- a recorrente, em concreto e com base na listagem que lhe foi fornecida, conseguiu explicar de que forma é que o acesso a tais documentos listados poderia ser útil à sua defesa, "afirma[ndo] que esses documentos lhe poderiam ter permitido desenvolver a sua argumentação quanto à definição



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

do mercado geográfico relevante, à inexistência de posição dominante e à inexistência de abuso de posição dominante".

62. A AdC também nunca ofereceu nenhuma das seguintes 2 opções à ora Recorrente: "[a Comissão] dispõe, num caso destes, de duas possibilidades. Tanto pode anexar à comunicação das acusações todos os documentos que quer utilizar para demonstrar as acusações formuladas, incluindo os elementos [que] pode[m] «claramente» ser considerados como suscetíveis de ilibar a empresa em causa, como enviar-lhe uma lista dos documentos relevantes e permitir-lhe o acesso ao «processo», quer dizer, deixá-la consultar os documentos nas instalações da Comissão".

63. Na verdade, na delimitação do âmbito e sentido dos direitos de defesa dos visados no processo, a AdC não se pode substituir às Visadas na análise de todos e cada um dos elementos que possam ser considerados, por si ou em conjugação com outros, direta ou indiretamente, como elementos com valor inculpatório ou exculpatório.

64. A Visada tem o direito de tomar conhecimento de todo o processo para saber o que a mais ou menos inculpa, o que a desculpa e o que pode contextualizar corretamente a sua conduta.

65. O Acórdão Solway do Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral) a que o Tribunal de Justiça em Aalborg faz referência, é muito claro:

"81. A este respeito, deve sublinhar-se que, no âmbito do processo contraditório organizado pelo Regulamento n.º 17, não pode competir apenas à Comissão decidir quais são os documentos úteis à defesa. Com efeito, quando se devam fazer, como neste caso, apreciações económicas difíceis e complexas, a Comissão deve dar aos advogados da empresa em causa a possibilidade de procederem a um exame dos documentos suscetíveis de ser relevantes para apreciar o seu valor probatório para a defesa.

83 Tendo em conta o princípio geral da igualdade de armas, que pressupõe, num processo de concorrência, que a empresa em causa tenha dos documentos utilizados no processo um conhecimento igual ao da Comissão, a tese desta não pode ser aceite. O Tribunal não pode admitir que a Comissão, ao decidir quanto à infração, tenha sido a única a dispor dos documentos com a cota V e tenha portanto podido decidir sozinha utilizá-los ou não contra a recorrente, quando esta não teve acesso a esses documentos e não pôde por conseguinte tomar a decisão correspondente de os utilizar ou não na sua defesa. Num caso como este, os direitos da defesa de que beneficia a recorrente durante o procedimento administrativo sofreram uma restrição demasiado grande em relação aos poderes da Comissão, que acumulou a função da autoridade que formula as acusações com a de autoridade que decide, tendo um conhecimento mais profundo do processo que a defesa".

66. Secunda-se aquilo que a AdC já escreveu noutro processo: "não cabe à Autoridade decidir quais os meios de prova relevantes para a defesa de cada uma das Visadas, e da importância, ou não, dos documentos cujo acesso é requerido para efeitos de estratégia de defesa".

67. E o certo é que, mesmo um meio de prova que se não refira aos factos ou às Visadas — e que por isso, alegadamente, não seja, individualmente considerado, indicado expressamente como meio de prova pela AdC — pode muito bem ter, justamente nesse seu silêncio ou omissão, um valor exculpatório decisivo.

68. Como bem refere o Tribunal de Justiça no caso Aalborg Portland, "corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa, o direito de acesso ao processo implica, num procedimento administrativo em matéria de aplicação das regras de concorrência, que a Comissão deva facultar à empresa em causa a possibilidade de proceder a um exame de todos os documentos que figuram no processo de instrução e que possam ser pertinentes para a sua defesa".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

69. E, naturalmente, todos esses documentos incluem elementos de prova tanto de acusação como de defesa.

70. No mesmo sentido, a Comunicação da Comissão sobre o acesso ao processo, estipula que "as partes devem poder tomar conhecimento das informações constantes do processo da Comissão para poderem, com base nestas informações, apresentar as suas observações de forma eficaz sobre as conclusões preliminares formuladas pela Comissão nas suas objeções. Para o efeito, ser-lhes-á concedido acesso a todos os documentos que constituem o processo da Comissão (...), com exceção de documentos internos, dos segredos comerciais de outras empresas ou de outras informações confidenciais".

71. Em suma, a correta interpretação do direito da União, tal com esta tem sido firmada pelo Tribunal de Justiça, também aponta no mesmo sentido que é ora defendido pela Recorrente.

72. Aqui chegados, o Acórdão recorrido, perfilhando o entendimento supra, no sentido de o reconhecimento do vício processual por violação dos direitos de defesa da Recorrente depender da demonstração da relevância dos documentos apreendidos, aplica a norma cuja inconstitucionalidade se suscitou.

73. Embora na última página do Acórdão recorrido se considere "ociosa" a análise à inconstitucionalidade invocada, a verdade é que essa análise foi, efetivamente, feita quando se entendeu que "[a] conclusão pela adequação ao regime do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de uma interpretação não assente na abstração dos princípios e antes estruturada por referência ao efeitos concretos de uma determinada atuação num certo processo ao nível do exercício das faculdades associadas à proibição da indefesa afastam de cogitação a possibilidade de violação de preceitos da Lei Fundamental Lusa, particularmente dos invocados n.ºs 1,5 e 10 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa. A defesa aí referida e por relação com a qual se desenha o correspondente direito é a relativa à agressão processual e não ao inócuo, é a apontada ao concreto e não ao abstrato" (cfr. págs. 21 e 22 do Acórdão recorrido).

74. Deste modo, suscitada a inconstitucionalidade sub judice nas Alegações de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, o Acórdão recorrido tomou posição sobre a interpretação cuja inconstitucionalidade se invocou, aplicando aquela norma na decisão proferida.

75. Nestes termos, pretende a Recorrente a apreciação da norma cuja inconstitucionalidade foi invocada no processo e aplicada pelo Tribunal da Relação.

[...]" (sublinhados acrescentados).

1.2.1. Por despacho de 04/10/2022, que constitui a decisão ora reclamada, o senhor desembargador relator não admitiu o recurso de constitucionalidade, com os seguintes fundamentos:

"[...]

Considerando que, no acórdão proferido por este Tribunal e do qual agora se pretende recorrer para o Tribunal Constitucional, não foi aplicada norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada no presente processo (não se tendo também verificado qualquer das circunstâncias enunciadas no n.º 1 do art. 70.º da Lei n.º 28/82, de 15.11), não existindo nos autos debate com a dimensão normativa referenciada no Acórdão do referido Tribunal com o n.º 548/2022



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

do qual foi Relator o Ex.mo Juiz Conselheiro José João Abrantes (vd., também, quanto à exigência de tal dimensão, Carlos Lopes do Rego, «Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», Coimbra, 2010, pág. 34), não admito o recurso interposto em 12.09.2022 sob a referência 594939.
[...]" (sublinhado acrescentado).

1.2.2. A impugnante reclamou deste despacho para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do n.º 4 do artigo 76.º e do artigo 77.º da LTC, pugnando pela admissão do recurso de constitucionalidade, invocando o seguinte:

"[...]

A) Sobre a aplicação no Acórdão recorrido das normas cuja inconstitucionalidade foi suscitada durante o processo

26. No Despacho reclamado entende-se que "no acórdão proferido por este Tribunal e do qual agora se pretende recorrer para o Tribunal Constitucional, não foi aplicada norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada no presente processo (não se tendo também verificado qualquer das circunstâncias enunciadas no n.º 1 do art. 70.º da Lei n.º 28/82, de 15.11)".

27. Ora, com o devido respeito, as normas cuja inconstitucionalidade se sindicam foram efetivamente aplicadas pelo Acórdão recorrido, o que foi cabalmente demonstrado no requerimento de interposição de recurso da Recorrente.

28. Por outro lado, a inconstitucionalidade das referidas normas também foi adequadamente suscitada durante o processo, conforme também se demonstrou no requerimento de interposição do recurso rejeitado.

29. No que respeita à primeira norma cuja inconstitucionalidade se pretende ver julgada (a interpretação conjunta dos artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, do RJC, no sentido de ser admissível o desentranhamento de elementos probatórios dos autos sem que seja dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo às co-visitadas, ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa):

i) O Acórdão recorrido aplicou efetivamente a norma em causa, sufragando o entendimento segundo o qual "[n]ão está legalmente prevista a obrigatoriedade da notificação de tal decisão [de exclusão de documento apreendidos a outra visitada], na fase de inquérito, a outras visitadas ou a terceiros, nem ocorre ultrapassagem de poderes de intervenção, face à referida norma", pelo que não foram violados os direitos de defesa, "sobretudo por se tratar de documentos não utilizados com função incriminatória", negando-se, assim, a "prática de ato mão ou, até, de mera irregidaridade, à luz do disposto nos arts. 120.º e 123.º do Código de Processo Penal, aplicável ex vi do disposto no art. 83.º do NRJC e do n.º 1 do art. 41.º do RGCO" (cfr. págs. 22 e 23 do Acórdão recorrido). E, nessa sequência, negando razão à alegação da ora Recorrente, afirma-se expressamente que "não ocorreu vício processual que fira a decisão de desentranhamento" (cfr. pág. 24 do Acórdão recorrido).

ii) A Recorrente suscitou esta inconstitucionalidade durante o processo, mais especificamente, nas suas Alegações de recurso de 13.12.2021 (cfr. Conclusões L e M):

"L) A expurgação ilegal dos e-mails e «documentos» referida supra, e a consequente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

impossibilidade de acesso a prova potencialmente relevante para a defesa do PINGO D O CE, viola o disposto nos artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º do RJCe cria uma radical e insanável dúvida acerca da verdade dos factos vertidos na decisão condenatória, impondo o arquivamento dos autos quanto à ora RECORRENTE.

M) Sendo inconstitucional a norma extraída por interpretação conjunta daqueles preceitos do RJC, segundo a qual é admissível o desentranhamento de documentos dos autos sem que à Recorrente seja dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo e ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa, nos termos dos artigos 32.º, n.os 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP)".

30. No que respeita à adequação da invocação da inconstitucionalidade que se pretende ver apreciada, importa sublinhar o seguinte:

31. Em primeiro lugar, não se desconhecendo o teor do artigo 72.º, n.º 2, da LTC, importa sublinhar que a invocação da inconstitucionalidade sub judice foi feita no momento processual possível e adequado, atendendo às decisões proferidas nos autos.

32. De facto, as exigências legais de suscitação adequada e de forma processualmente adequada pretendem acautelar que a inconstitucionalidade seja invocada "durante o processo", enquanto o mesmo se mantém pendente, isto é, até à prolação da decisão final, momento a partir do qual se esgota o poder jurisdicional.

33. Em sentido consentâneo com o referido supra, o Acórdão n.º 41/92 deste Tribunal Constitucional, no qual se entendeu que, segundo a "jurisprudência pacífica deste Tribunal", esta exigência deva ser entendida "não em sentido meramente formal, tal que a inconstitucionalidade pudesse ser suscitada até à extinção da instância, mas num sentido funcional, tal que essa invocação haverá de ser feita em momento em que o tribunal a quo ainda possa conhecer da questão, ou seja, antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz, o que, em princípio, ocorre com a prolação da decisão", isto é, "a questão de inconstitucionalidade só é suscitada durante o processo quando é apresentada a decisão do tribunal recorrido a tempo de este a poder decidir".

34. Portanto, o que se pretende é impossibilitar a suscitação de inconstitucionalidades em incidentes pós-decisórios, quando o poder jurisdicional já se encontra esgotado e o Tribunal recorrido apenas pode, em princípio, suprir nulidades ou irregularidades.

35. Tendo a inconstitucionalidade em causa sido suscitada num momento processual anterior à prolação do Acórdão recorrido, tendo, portanto, o Tribunal a quo possibilidade de conhecer de tal questão jurídico-constitucional, tomando sobre ela posição, por não estar ainda esgotado o seu poder jurisdicional sobre a matéria a que diz respeito, cumpriu-se o requisito legal de suscitação adequada e atempada.

36. Nestes precisos termos, Carlos Blanco de Moraes (in Justiça Constitucional – Tomo II – O Direito do Contencioso Constitucional, 2.ª Edição, Coimbra Editora, p. 754), refere que "[a] suscitação da questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada marca, em primeiro lugar, o tempo e o momento em que a invalidade poderá ser validamente suscitada pelo recorrente, tempo esse que se inicia com o desencadeamento do processo e cujo termo é ligado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, art. 72.º, numa perspectiva funcional (e não formalista), até ao momento em que o tribunal "a quo" esteja obrigado a dela tomar conhecimento (n.º 2 do art. 2.º da LTC (Ac. n.º 62/2005)). Como regra geral, enquanto a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

causa julgada no processo-pretérito estiver pendente (Ac. n.º 15/95) e, como tal, se não tenha esgotado o poder jurisdicional".

37. Em segundo lugar, como é entendimento pacífico, na Doutrina e Jurisprudência, as inconstitucionalidades são de conhecimento oficioso, pelo que, uma vez invocada esta inconstitucionalidade na pendência do processo, não tinha a mesma que integrar as conclusões das Alegações de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa para este estar obrigado a conhecê-la.

38. No já citado Acórdão n.º 41/92 deste Tribunal Constitucional decidiu-se, precisamente, que a natureza oficiosa do conhecimento das questões de constitucionalidade, deverá prevalecer sobre a regra da limitação do objeto do recurso pelas conclusões do recorrente, "nomeadamente - porque, em processo constitucional, basta que a decisão do tribunal aplique norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), citado, em consonância, de resto, com a alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição da República".

39. No referido Acórdão n.º 41/92 entendeu-se que "a inconstitucionalidade é questão do conhecimento oficioso de qualquer tribunal - Constituição da República, artigo 207.º - pelo que os interessados podem invocá-la em qualquer via do recurso ordinário que a decisão consinta" (sublinhado nosso).

40. Em terceiro lugar, importa esclarecer que, como supra se afirmou, a Recorrente arguiu a inconstitucionalidade sub judice no momento processual adequado e possível, não tendo arguido a mesma nas Alegações de recurso para o Tribunal aqui recorrido por falta de legitimidade para tal.

41. De facto, a Recorrente suscitou a inconstitucionalidade normativa em apreço nas suas Alegações de recurso de 13.12.2021.

42. No entanto, na medida em que a Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, dando razão à Recorrente, reconheceu a existência do vício/irregularidade processual e, portanto, do dever da AdC de notificar a decisão de desentranhamento às coisadas e dar acesso aos elementos desentranhados, essa questão, decidida a seu favor, deixou de ser central na sua posição processual.

43. Por este motivo, a Recorrente, no recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, apenas sindicou a decisão proferida na Sentença recorrida que lhe tinha sido desfavorável: a imposição do ónus de concretização prévia da relevância dos elementos desentranhados para o reconhecimento judicial do vício processual.

44. E não podia ter sido de outro modo, na medida em que a Recorrente não tinha interesse processual para a invocação de uma interpretação normativa inconstitucional que não havia sido aplicada na decisão recorrida (vindo, sim, a ser aplicada no Acórdão recorrido),

45. Não tendo, igualmente, interesse processual para a invocação de uma interpretação normativa que lhe era favorável (a aplicada na Sentença recorrida), podendo essa invocação, inclusive, prejudicar a sua posição processual no recurso interposto.

46. Dentro desta lógica do interesse processual, importa ainda sublinhar que o próprio Tribunal Constitucional entende ser de indeferir recursos interpostos por quem tenha obtido vencimento no processo.

47. Neste sentido, o Acórdão deste Tribunal Constitucional n.º 272/94, onde se decidiu, entre o mais, o seguinte (com sublinhados nossos):

«Quanto ao recurso da sentença do juiz da 1.ª instância, sendo tal sentença absolutória, não é a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

recorrente vencida.

Por isso — escreveu-se na mencionada exposição —, não tem a recorrente legitimidade para recorrer para este Tribunal, como bem decorre da alínea b) do n.º 1 do artigo 72º da Lei do Tribunal Constitucional.

Significa isto — como sublinha o Magistrado do Ministério Público — que a recorrente "pretende suscitar uma questão de inconstitucionalidade normativa num processo em que é farte vencedora"».

48. No recurso no âmbito do qual o referido Acórdão n.º 272/94 foi proferido, discutia-se a admissibilidade do recurso interposto pela parte vencedora, visando "prevenir a instauração de outros processos" movidos pela parte contrária sobre a questão que entre as mesmas se discutiu.

49. No entanto, o Tribunal Constitucional considerou que "a já assinalada função instrumental do recurso de constitucionalidade não é compaginável com um tal desiderato", motivo pelo qual o mesmo "só pode — e deve — emitir uma pronúncia sobre uma questão de constitucionalidade quando — e só quando — ela puder repercutir-se utilmente no julgamento do caso de onde emerge o recurso, e não já quando essa decisão apenas for útil para prevenir futuros litígios ou servir para os decidir, no caso de eles virem a eclodir".

50. Deste modo, também de acordo com este entendimento sufragado pelo próprio Tribunal Constitucional, não é, de todo, defensável que se exigisse à Recorrente, nas suas Alegações de recurso da Sentença, a suscitação da inconstitucionalidade de uma interpretação normativa sobre uma questão na qual obtivera vencimento,

51. Até porque, nesse momento processual, atendendo à sua posição de vencedora (por referência à questão do reconhecimento da existência do dever da AdC notificar as covisadas), a Recorrente não poderia ter interposto recurso para este Venerando Tribunal, por falta de legitimidade.

52. Assim, não se verifica um qualquer "abandono" da inconstitucionalidade suscitada, mas uma adequação do comportamento processual da Recorrente às decisões que foram sendo proferidas.

53. Permitimo-nos, ainda, recorrer, novamente, às palavras de Carlos Blanco de Moraes: "se uma parte, depois de passar a uma posição vencedora, omitir a reiteração da questão de constitucionalidade que antes suscitara, relativamente a uma norma aplicável, ela assume uma posição coerente com o entendimento do próprio Tribunal Constitucional, segundo o qual a parte vencedora não tem legitimidade para recorrer e, como tal, não faz sentido que, nesse novo "status" ou qualidade, aluda a uma questão de inconstitucionalidade levantada em momento processual anterior enquanto parte vencida" (Ob. Cit., pp. 773 e 774).

54. Sufragando o entendimento supra, no Acórdão n.º 232/92, este Tribunal Constitucional considerou constituir um formalismo excessivo a exigência, à parte que obteve provimento em 2ª instância, de recolocação da questão de constitucionalidade perante a instância de recurso.

55. Assim, à luz dos princípios da proporcionalidade e da utilidade processual, é absolutamente inadmissível que se exija a suscitação em todas as instâncias, independentemente das decisões proferidas, das questões de inconstitucionalidade,

56. Devendo considerar-se adequada e tempestivamente suscitada a questão de inconstitucionalidade, nos termos em que o foi, atendendo aos desenvolvimentos processuais.

57. Quanto à segunda norma cuja inconstitucionalidade se sindicava (a interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, do RJC, no sentido de o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos, e objeto dessa mesma decisão, depender da prévia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa):

i) O Acórdão recorrido aplicou efetivamente a norma em causa, decidindo que uma possível limitação dos direitos de defesa (princípio do contraditório e das demais garantias processuais aclamadas no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) afere-se "em termos estritamente focados nas ocorrências específicas de um determinado processo que corra perante um Tribunal, atendendo à concreta possibilidade de exercício de direitos relativos à construção da simetria processual, maxime dos direitos de defesa – cf os Acórdãos do TEDH Kerojärvi e Finlândia de 19 de julho de 1995 e Mantovanelli contra França de 18 de março de 1997", não em abstrato (cfr. pág. 20 do Acórdão recorrido).

Procurando suportar este entendimento, o Acórdão recorrido cita, ainda, o Acórdão Aalborg Portland, no qual "se fez referência supra enunciou expressamente que «a não comunicação de um documento apenas constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para fundamentar a sua acusação relativa à existência de uma infração, e, por outro, que essa acusação só poderia ser provada por referência ao dito documento»" (cfr. pág. 21 do Acórdão recorrido, que corresponde ao §21 do Acórdão Aalborg Portland).

Embora na última página do Acórdão recorrido se considere "ociosa" a análise à inconstitucionalidade invocada, a verdade é que essa análise foi, efetivamente, feita quando se entendeu que "[a] conclusão pela adequação ao regime do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de uma interpretação não assente na abstração dos princípios e antes estruturada por referência ao efeitos concretos de uma determinada atuação num certo processo ao nível do exercício das faculdades associadas à proibição da indefesa afastam de cogitação a possibilidade de violação de preceitos da Lei Fundamental Lusa, particularmente dos invocados n.ºs 1, 5 e 10 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa. A defesa aí referida e por relação com a qual se desenha o correspondente direito é a relativa à agressão processual e não ao inócuo, é a apontada ao concreto e não ao abstrato" (cfr. págs. 21 e 22 do Acórdão recorrido).

Assim, o Acórdão recorrido, perflhando o entendimento supra, no sentido de o reconhecimento do vício processual por violação dos direitos de defesa da Recorrente depender da demonstração da relevância dos documentos apreendidos, aplica a norma cuja inconstitucionalidade se suscitou.

ii) A Recorrente suscitou esta inconstitucionalidade durante o processo, na Conclusão M das suas Alegações de recurso de 29.03.2022:

"A interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no sentido de que o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depende da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da Recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa, é inconstitucional por violação dos artigos 32.º, n.os 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.J n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP)".

58. Deste modo, demonstram-se os incontestáveis erros nos quais assenta o Despacho reclamado: o Acórdão recorrido aplicou efetivamente as normas cuja inconstitucionalidade se suscitou durante o processo.



B) Sobre a dimensão normativa das inconstitucionalidades suscitadas

59. O segundo argumento invocado pelo Despacho reclamado é a alegada inexistência "nos autos debate com a dimensão normativa referenciada no Acórdão do referido Tribunal com o n.º 548/2022 do qual foi Relator o Ex.mo Juiz Conselheiro José João Abrantes".

60. Ora, considerando que o Despacho reclamado, quanto a este argumento, se limita a remeter para o Acórdão n.º 548/2022 e para doutrina, sem cuidar de fundamentar a aplicação ao caso que nos ocupa, resta-nos analisar o processo no âmbito do qual aquela decisão foi proferida para tentar compreender o que poderá sustentar o entendimento do Despacho reclamado.

61. No referido Acórdão n.º 548/2022 concluiu-se que "o objetivo visado pela interposição do presente recurso de fiscalização concreta é tão só discutir a bondade da decisão do TRL e a interpretação que ali foi firmada do direito infraconstitucional convocado no caso concreto".

62. Portanto, basta esta constatação para concluirmos que o referido Acórdão é inaplicável aos presentes autos na medida em que o recurso da Recorrente visa a sindicância das normas que o Tribunal a quo extraiu por via interpretativa das disposições legais identificadas e aplicou na decisão proferida.

63. Não se pretende, como decorre claramente das inconstitucionalidades invocadas, o reexame do mérito da decisão do Tribunal recorrido.

64. O que se suscita no presente recurso para o Tribunal Constitucional é a inconstitucionalidade

a) da interpretação conjunta dos artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, do RJC, no sentido de ser admissível o desentranhamento de elementos probatórios dos autos sem que dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo às co- visadas, ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa, e

b) da interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, do RJC, no sentido de o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depender da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa.

65. Assim, questões com indiscutível densidade normativa e relevância, que foram efetivamente aplicadas na decisão recorridas e são suscetíveis de aplicação genérica.

66. Como nos ensina o Professor Rui Medeiros, "[a] competência do Tribunal Constitucional deve, pois, abranger a fiscalização da constitucionalidade de uma regra abstratamente enunciada para uma aplicação genérica e não simplesmente o controlo da concreta decisão de um caso jurídico" (in *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 339 – com sublinhado nosso).

67. A Recorrente, no presente recurso, não questiona a bondade ou o mérito da decisão do Tribunal recorrido, mas sim a constitucionalidade destes dois comandos gerais e abstratos, autonomizados da decisão proferida, de aplicação potencialmente genérica, que serviram de critério normativo da decisão proferida.

68. Permitimo-nos, a este título, invocar também a doutrina para a qual o próprio Acórdão reclamado remete: "quando se pretenda questionar a constitucionalidade de uma dada interpretação normativa, é indispensável que a parte identifique expressamente essa interpretação ou dimensão normativa, em termos de o Tribunal, no caso de a vir julgar inconstitucional, a poder enunciar na decisão, de modo a que os respetivos destinatários e os operadores do direito em



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

geral fiquem a saber que essa norma não pode ser aplicada com tal sentido" (Carlos Lopes do Rego, OS Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, Almedina, 2010, págs. 33 e 34).

69. Foi, precisamente, o que a Recorrente fez: a Recorrente questiona a constitucionalidade de uma certa dimensão normativa dos preceitos legais supra identificados, aplicada na decisão recorrida, tendo identificado com clareza as concretas interpretações normativas em causa, permitindo, não só ao Tribunal Constitucional, mas aos operadores jurídicos em geral identificar o sentido da norma que não poderá ser adotado por ser incompatível com a Lei Fundamental.

70. Assim, também quanto a esta dimensão, fica sobejamente demonstrado o lamentável erro do Despacho reclamado.

IV) Da admissibilidade do Recurso: a verificação dos pressupostos processuais do Recurso de Constitucionalidade

71. Dispõe o artigo 280.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, e, bem assim, o artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LTC, que cabe recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais "que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo".

72. Por sua vez, densificando o regime de admissão dos referidos recursos por remissão da parte final do artigo 280.º, n.º 4, da Constituição, dispõe o artigo 70.º, n.º 2 da LTC que o recurso previsto na alínea b) do seu n.º 1 apenas cabe "de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam, salvo os destinados a uniformização de jurisprudência

73. São, portanto, três os pressupostos de que depende o recurso de constitucionalidade previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LTC:

- (a) A invocação da inconstitucionalidade da(s) norma(s) em apreço durante o processo;
- (b) A efetiva aplicação dessa(s) norma(s) pelo Tribunal a quo;
- (c) A irrecurribilidade da decisão que haja aplicado a(s) norma(s) em causa.

74. No que respeita ao primeiro e ao segundo pressupostos, a sua verificação resulta dos números anteriores da presente Reclamação, para onde se remete este Venerando Tribunal, a fim de evitar desnecessárias repetições.

75. Quanto ao último pressuposto, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, do RJC, "[d]as sentenças e despachos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão cabe recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância" (com sublinhado nosso).

Atendendo ao facto de o Acórdão recorrido ter sido proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, na sequência de recurso interposto da Sentença de 10.03.2022, proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mostram-se esgotados os recursos ordinários.

76. Nestes termos, verificados que estão os pressupostos de admissibilidade do recurso para este Tribunal Constitucional, pretende a Recorrente a apreciação das normas cuja inconstitucionalidade foi invocada no processo e aplicada pelo Tribunal recorrido.

[...]"

1.2.3. Neste Tribunal, o Ministério Público pronunciou-se no sentido do indeferimento da reclamação, pelos fundamentos que presidiram à decisão reclamada, conforme ora se transcreve:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“[...]”

7. De tal despacho, a arguida e recorrente, ao abrigo do art. 76.º, n.º 4 da LTC, apresentou reclamação, sustentando a sua legitimidade, ter invocado tempestivamente, e de forma processualmente adequada, as interpretações normativas cuja constitucionalidade ora pretende sindicat, pugnando pela inaplicabilidade da doutrina de um acórdão invocado na decisão reclamada, reiterando a natureza normativa das questões suscitadas, e a verificação dos demais requisitos de recorribilidade.

Importa, no entanto, sublinhar que na reclamação, a recorrente acrescenta uma outra questão de constitucionalidade, alegadamente suscitada na impugnação da decisão da AdC (nas Alegações de recurso de 13-12-2021), formulando o pedido de serem apreciadas, não apenas a questão enunciada em 4., mas as duas seguintes:

«a) A interpretação conjunta dos artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, do RJC, no sentido de ser admissível o desentranhamento de elementos probatórios dos autos sem que seja dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo às covisadas, ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa, é inconstitucional por violação do disposto nos artigos 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP) (cfr. Conclusões L e M das referidas Alegações de recurso de 13.12.2021); e

b) A interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, do RJC, no sentido de o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depender da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa, é inconstitucional por violação dos artigos 32.º, n.ºs 1, 5 e 10, da CRP e 6.º da CEDH, a par da violação do direito a um processo justo e equitativo, o princípio da igualdade de armas dos sujeitos processuais (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) e ainda os princípios da boa-fé e da transparência a que os órgãos e agentes administrativos devem respeito na sua atuação (artigo 266.º, n.º 2, da CRP) (cfr. Conclusão M das Alegações de 29.03.2022, para o TRL)».

[...]

13. Quanto à substância da reclamação, cremos que a mesma não poderá proceder, dada a pertinência da fundamentação do despacho reclamado, no sentido de considerar não ter havido aplicação da interpretação normativa questionada pela reclamante em 7., rectius, da ali mencionada em b).

12. Na verdade, só na peça de reclamação a arguida veio “ampliar” o objeto de recurso, que manifestamente não envolvia a interpretação normativa assinalada em 7. a), sendo certo que no final do requerimento de interposição do recurso, no ponto 75. a recorrente alude apenas à «norma cuja inconstitucionalidade foi invocada no processo e aplicada pelo Tribunal da Relação».

13. A questão que foi enunciada em 7. a), colocada no recurso da arguida para o TRCS não foi renovada no recurso deste Tribunal para o TRL, pelo que se pode defender ter havido um “abandono” da mesma – que apenas na reclamação em apreço veio a ser recuperada –, inviabilizando que este tribunal se pudesse pronunciar sobre a mesma.

14. A este propósito, como refere Lopes do Rego, «(...) o interessado deve colocar, no âmbito da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

motivação ou alegação do recurso ordinário que interponha, as questões de constitucionalidade normativa “atuais” que considere relevantes, não podendo fazê-lo em peça processual atípica e complementar, que vise suprir a omissão cometida, quanto à definição do objeto de recurso, mesmo que apresentada antes de o recuso ser julgado» (Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010, p. 94).

15. Assim, afigura-se-nos que a questão enunciada em 7. a) não poderá, em rigor, ser objeto de apreciação por parte do Tribunal Constitucional.

16. Por outro lado, quanto à questão enunciada em 7. b), a fundamentação do Ex.mo Desembargador relator no TRL parece-nos integralmente fundamentada e deve ser acolhida.

17. A decisão que o TRL tomou quanto a tal interpretação normativa foi, no fundo, a de declinar a pertinência da mesma, por ter decidido a questão anterior com fundamentos alternativos, o que no fundo precluiu a necessidade de apreciação da questão de constitucionalidade. Há assim, um fundamento alternativo ao questionado pela reclamante, relativamente à decisão recorrida.

18. Por isso, não houve, de forma incontornável, aplicação de qualquer norma ou interpretação normativa de que coubesse recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade.

19. Como é sabido, o Tribunal Constitucional apenas aprecia recursos (de fiscalização concreta) com dimensão normativa, relativamente a normas ou interpretações normativas questionadas em decisões recorridas, pelo que se subscreve a fundamentação do despacho ora reclamado, do Senhor Desembargador relator no TRL.

20. Caracterizando-se o sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade pela normatividade, o objeto normativo constitui a condição essencial do recurso de constitucionalidade previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

21. Não se trata, porém, da única condição. Neste tipo de recursos, exige-se ainda (e exige-se cumulativamente): (i) o esgotamento dos recursos ordinários (artigo 70.º, n.º 2, da LTC); (ii) a prévia suscitação da questão de inconstitucionalidade normativa (com o específico sentido atrás apontado), “durante o processo” e “de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer” (n.º 2 do artigo 72.º da LTC); e, enfim, (iii) a aplicação, na decisão recorrida, como *ratio decidendi*, da norma tida por inconstitucional pelo recorrente, na concreta interpretação correspondente à dimensão normativa delimitada no requerimento de recurso, pois “[...] só assim um eventual juízo de inconstitucionalidade poderá determinar uma reformulação dessa decisão” (Ac. TC n.º 372/2015).

22. O requerimento de recurso da ora reclamante não observa, assim, os dois últimos requisitos, sendo o último deles inviável, por na decisão recorrida não ter sido aplicado norma ou interpretação normativa cuja constitucionalidade fosse controvertida.

23. O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade incide sobre normas, e não é um “contencioso de decisões” seja qual for a sua natureza (cfr., Carlos Lopes do Rego, Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 26, 98; Jorge Reis Novais, Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade. Avaliação Crítica, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, p. 51).

24. A ausência dos dois últimos pressupostos de admissibilidade obstam decisivamente, a nosso ver, a que o recurso interposto para este Tribunal possa, por isso, vir a ser conhecido (cfr., Carlos Lopes do Rego, Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 26, 98; Jorge Reis Novais, Sistema Português



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de Fiscalização da Constitucionalidade. Avaliação Crítica, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, p. 51).

25. Nem se diga, por outro lado, que tais vícios poderiam ser supridos por intercessão de despacho de convite ao aperfeiçoamento, pois, como igualmente refere Carlos Lopes do Rego, «(...) importa distinguir claramente os planos dos pressupostos do recurso de constitucionalidade – enunciados e especificados nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 70.º e no artigo 72.º da Lei n.º 28/82 – e os requisitos formais do requerimento de interposição do recurso de fiscalização concreta, enumerados neste artigo 75.º-A – sendo manifesto que o convite ao aperfeiçoamento só tem sentido e utilidade quando – verificando-se plausivelmente os pressupostos do recurso – faltam apenas alguns requisitos formais do respetivo requerimento de interposição» (Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, cit., p. 217).

26. Pensamos, por isso, ser, in casu, inexigível a formulação de qualquer convite ao aperfeiçoamento do requerimento, ao abrigo do art. 75.º-A, n.ºs 5 e 6 da LTC,

27. Assim, pelo que se disse supra e pelos fundamentos do despacho reclamado, existem óbices ao conhecimento do mérito do recurso, por falta de pressupostos essenciais, que impedem, a nosso ver, que o mesmo possa ser admitido,

24. Pelo exposto, afigura-se ao Ministério Público que deve indeferir-se a reclamação apresentada.

[...]

1.2.4. Notificada para, querendo, se pronunciar quanto às razões constantes do parecer do Ministério Público, a recorrente fê-lo nos seguintes termos:

“[..]

1. Relativamente ao Parecer do Ministério Público («MP») junto deste Tribunal, entende a ora Recorrente que o seu teor não infirma a alegação que se encontra vertida na Reclamação deduzida ao abrigo do disposto nos artigos 76.º, n.º 4, e 77.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, pelo que remete integralmente para os seus termos e aqui os dá por reproduzidos.

2. Acrescentando-se apenas que, quanto à aplicação da interpretação normativa enunciada na norma cuja inconstitucionalidade se suscitou nas alegações do recurso interposto em 29 de março de 2022, não pode este Tribunal restringir o juízo de admissibilidade do presente recurso de inconstitucionalidade ao que resulta da parte decisória (final) do Acórdão recorrido, isoladamente considerada.

3. Embora na última página do Acórdão recorrido se considere “ociosa” a apreciação da inconstitucionalidade suscitada, a verdade é que essa apreciação foi efetivamente levada a cabo pelo Tribunal da Relação de Lisboa – cf. págs. 21 e 22 do aresto recorrido –,

4. Acabando o Tribunal por entender que a restrição dos direitos de defesa da Recorrente sempre teria de se aferir em concreto e não em abstrato, em particular no que tange à observância do princípio do contraditório e das demais garantias processuais objeto do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

5. Com base neste entendimento, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu que o reconhecimento da restrição (ilegal) dos direitos de defesa da Recorrente em face da decisão da AdC de recusa de acesso a prova potencialmente exculpatória apreendida junto de terceiros, coisados no processo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

teria de se basear "em termos estritamente focados nas ocorrências específicas de um determinado processo que corra perante um Tribunal, atendendo à concreta possibilidade de exercício de direitos relativos à construção da simetria processual, maxime dos direitos de defesa – cf. os Acórdãos do TEDH Kerojärvi e Finlândia de 19 de julho de 1995 e Mantovanelli contra França de 18 de março de 1997" (cfr. pág. 20 do Acórdão recorrido).

6. Por essa razão, contrariamente ao que resulta do Parecer do Ministério Público (designadamente, nos seus §§ 16 a 18 e 21 a 22), ao decidir nestes termos – fazendo recair sobre a Recorrente O ónus de concretização prévia da relevância dos elementos desentranhados para a sua defesa em que assentara a decisão recorrida do TCRS, o que é manifestamente absurdo –, o Acórdão recorrido aplicou a segunda dimensão normativa cuja inconstitucionalidade se suscitou – o que consta, também, plenamente demonstrado no n.º 57, i), da Reclamação apresentada.

7. Nestes termos (e, bem assim, nos demais que resultam expressamente da referida Reclamação), requer-se a V. Exa. que se digne admitir o recurso interposto, sob pena de, assim não sucedendo, a eventual decisão de não admissão constituir limitação excessiva – e, por isso, intolerável – do direito de acesso da Recorrente ao Tribunal Constitucional, enquanto tal violadora do disposto no artigo 6.º, § 1º, Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) – cf. Acórdão do TEDH, dos Santos Calado e outros c. Portugal, de 31 de março de 2020 (§§ 108 a 116).

[...]

1.2.5. Na sequência da eleição do relator originário como Presidente do Tribunal Constitucional, foram os presentes autos redistribuídos ao ora relator, por força do disposto no artigo 50.º, n.º 2, da LTC.

Cumprе apreciar e decidir.

II – Fundamentação

2. Conhecidos os momentos essenciais do processo, cumpre determinar se a reclamante interpôs um recurso de constitucionalidade apto a ser recebido, tendo presente que pretendeu (pretende) recorrer do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/07/2022 (cfr. item 1.1.2., *supra*), que negou provimento ao recurso interposto da decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, recurso esse para o Tribunal Constitucional que não foi admitido por se entender “[...] não [ter sido] aplicada norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada no presente processo (não se tendo também verificado qualquer das circunstâncias enunciadas no n.º 1 do art. 70.º da Lei n.º 28/82, de 15.11), não existindo nos autos debate com a dimensão normativa referenciada no Acórdão do referido Tribunal com o n.º 548/2022”.

2.1. Sublinha-se, antes de mais, que corresponde a um traço definidor do nosso sistema



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de controlo da constitucionalidade o respetivo carácter normativo. Com efeito, ao contrário de outros sistemas que consagram a possibilidade de um controlo jurisdicional diretamente dirigido às decisões dos restantes tribunais, no sistema português a fiscalização incide – e só incide – sobre normas, estando excluída a apreciação pelo Tribunal Constitucional de recursos que questionem, mesmo que o façam numa perspetiva de conformidade a regras e princípios constitucionais, os concretos atos de julgamento expressos nas decisões dos outros Tribunais. Com efeito, como refere José Manuel M. Cardoso da Costa, “[s]endo o nosso recurso de constitucionalidade restrito à apreciação de normas jurídicas, segue-se que a tutela ou garantia contenciosa da conformidade constitucional – nomeadamente sob o ponto de vista do respeito pelos direitos fundamentais – de outros atos ou situações jurídicas fica exclusivamente confiada à responsabilidade dos tribunais comuns [...]. E será designadamente assim quanto às próprias decisões judiciais em si mesmas consideradas – é dizer, no tocante a essas decisões quando a questão da sua conformidade com a Constituição não tenha a ver e não dependa da constitucionalidade da norma ou normas jurídicas que as suportam ou de que fazem aplicação [...]” (“Justiça constitucional e jurisdição comum (cooperação ou antagonismo?)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra, 2012, p. 203).

É assim que este Tribunal julga, na fase final de controlo concentrado que lhe está cometida, a desconformidade ou não desconformidade, face à Constituição, de normas jurídicas aplicadas no tribunal *a quo*.

Na indagação que assim importa fazer quanto ao objeto do recurso, não serão absolutamente decisivas a generalidade ou abstração da “norma” construída e enunciada pelo Recorrente, embora a falta destas características venha, frequentemente, associada a uma crítica da operação de subsunção em lugar da norma que foi critério da decisão. Por outro lado, a ligação às incidências do caso concreto pode servir como (mero) indício de ser mais diretamente a solução do caso do que a norma subjacente que se visa no recurso, sendo que de uma a outra das situações vai a distância entre a admissibilidade do recurso e a inadmissibilidade deste. Independentemente do valor indiciário daqueles fatores, o que verdadeiramente interessa para a construção de um objeto idóneo de um recurso de fiscalização concreta como aquele que ora se pretende interpor é que se questione “[...] *um juízo que o juiz há de retirar [retirou] de uma norma (isto é, [...] um critério heterónomo de decisão) de que [ele, juiz] é apenas o mediador*”, e não “[...] *um juízo que [o juiz] há de emitir [emitir] segundo o seu próprio critério (para o qual o legislador devolve – na grande massa das*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

situações, até porque não pode ser de outro modo – e no qual confia)” (cfr. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Justiça constitucional e jurisdição comum...”, cit., p. 209, nota 12).

Tendo presente o sentido que o recurso deve adotar, também não se deve perder de vista que a sua adequada delimitação constitui um ónus do recorrente (cfr. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 2010, p. 33), sob pena de dele se não tomar conhecimento.

O objeto normativo – com o recorte referido – constitui, pois, a condição primordial do recurso de constitucionalidade previsto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC. Não se trata, porém, da única condição. Com efeito, neste tipo de recursos, exige-se ainda (e exige-se cumulativamente): (i) a prévia suscitação da questão de inconstitucionalidade normativa (com o específico sentido atrás apontado), “durante o processo” e “de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer” (n.º 2 do artigo 72.º da LTC); e, enfim, (ii) a aplicação, na decisão recorrida, como *ratio decidendi*, da norma tida por inconstitucional pelo recorrente, na concreta interpretação correspondente à dimensão normativa delimitada no requerimento de recurso, pois “[...] *só assim um eventual juízo de inconstitucionalidade poderá determinar uma reformulação dessa decisão*” (Acórdão n.º 372/2015).

2.2. Impõe-se duas observações prévias para melhor compreensão dos fundamentos da decisão: uma quanto aos fundamentos do despacho reclamado e outra quanto ao objeto do recurso que a reclamante pretendeu interpor.

2.2.1. O despacho reclamado começa por indicar que “[...] *não foi aplicada norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada no presente processo*” – não foi assim, em primeira linha, afirmado que não foram suscitadas questões de inconstitucionalidade, mas antes que as que tenham sido suscitadas não correspondem à *ratio decidendi*.

2.2.2. O requerimento de interposição do recurso não é modelar na indicação do respetivo objeto. Na verdade, a recorrente, ora reclamante, começa por relatar um conjunto de incidências processuais, *incluindo questões que foi suscitando em diferentes momentos do processo* (cfr., designadamente, os pontos 6. e 10.), usando a mesma designação (“recurso”) para o recurso interposto para o Tribunal da Relação de Lisboa e para a impugnação judicial dirigida ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e concluindo, em lugar de enunciar com autonomia e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

clareza o objeto do recurso, por uma remissão para o relato anterior: “[não] pode a Recorrente concordar com tal entendimento, designadamente, e no que aqui importa, no que respeita às inconstitucionalidades invocadas no âmbito do recurso sobre a decisão que recusa o acesso aos elementos desentranhados dos autos”.

Aceitando-se esta forma imperfeita de indicação do objeto do recurso, o mesmo referir-se-á – não pode deixar de ser – às duas questões anteriormente indicadas, a saber:

[A.] a inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, doravante NRJC), na interpretação segundo a qual é admissível o desentranhamento de documentos dos autos sem que à Recorrente seja dada a possibilidade de conhecer o seu conteúdo e ainda que os mesmos possam ser relevantes para o cabal exercício do seu direito de defesa (cfr. os pontos 6., 7. e 12. do requerimento de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional transcrito no item 1.2., *supra* e o ponto 29. da reclamação transcrita no item 1.2.2., *supra*); e

[B.] a inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º do NRJC, na interpretação segundo a qual o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depende da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa (cfr. os pontos 10. e 12. do requerimento de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional transcrito no item 1.2., *supra* e o ponto 57. da reclamação transcrita no item 1.2.2., *supra*).

2.3. A norma indicada em [B.] não corresponde, manifestamente, à *ratio decidendi* do acórdão recorrido. Correspondeu, é certo, aos fundamentos da decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mas o Tribunal da Relação de Lisboa não os aceitou, pelo que, nas suas palavras, “[deslocou] o eixo da problemática relevante nos autos” para um outro ponto, concluindo que “[...] as visadas não têm acesso aos autos do processo na fase de inquérito e desconhecem as provas recolhidas contra si”. O excerto que a reclamante usa para justificar a coincidência com a *ratio decidendi* da questão indicada em [B.] (cfr. item 29./i) da reclamação transcrita no item 1.2.2., *supra*) não corrobora aquele sentido, limitando-se o tribunal a concluir que não houve violação dos direitos das visadas, o que é compatível com o entendimento de que estas não têm, na fase processual em causa, qualquer direito ao conhecimento dos elementos de prova relevantes (algo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

formal e substancialmente diverso de se reconhecer um direito dependente da justificação da relevância para a defesa).

2.4. Outro obstáculo se interpõe, porém, à verificação de uma coincidência entre o objeto do recurso e os fundamentos da decisão recorrida – e este obstáculo diz respeito quer à questão indicada em [A.], quer em questão indicada em [B.].

O objeto do recurso determina-se através de um par formado por certa interpretação normativa e o preceito legal (ou preceitos legais) de que tal interpretação se extrai.

Pois bem, os enunciados apresentados pela recorrente como objeto do recurso assentam nos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º do NRJC (sendo o primeiro apenas para a questão indicada em [B.]). Sucede que, percorrida a decisão recorrida, é *por demais evidente* que nenhum dos referidos preceitos operou como critério de decisão. Efetivamente, o acórdão recorrido (cfr. item 1.1.2., *supra*) começa por concluir pela “*inaplicabilidade* [do artigo 25.º do NRJC] à situação que aqui cumpre avaliar”, por dizer respeito a outra fase processual, concluindo o mesmo relativamente ao artigo 31.º do referido diploma. Quanto ao artigo 33.º do NRJC, concluiu o Tribunal da Relação de Lisboa, antes de mais, que o mesmo “[...] não se refere à questão da obrigatoriedade de notificação do conteúdo de documentos a desentranhar por irrelevantes”.

O preceito relevante para o tribunal recorrido – resultado de um percurso hermenêutico que não cabe ao Tribunal Constitucional sindicat – é o artigo 17.º, n.º 2, do NRJC, que prevê os poderes de investigação da AdC em fase de inquérito, a respeito do qual se concluiu:

“[...]”

A opção assumida no sentido da exclusão de documentos apreendidos a outra visada com fundamento em irrelevância foi concretizada no quadro do exercício de poderes claramente atribuídos no n.º 2 do art. 17.º do NRJC.

Não está legalmente prevista a obrigatoriedade da notificação de tal decisão, na fase de inquérito, a outras visadas ou a terceiros, nem ocorre ultrapassagem de poderes de intervenção, face à referida norma.

Não se violam direitos de defesa, pelas razões acima enunciadas – sobretudo por se tratar de documentos não utilizados com função incriminatória (tudo se alterando, claro, caso aos mesmos fosse dado relevo ao nível da atribuição de responsabilidade de mera ordenação social, já que aí surgiria a necessidade de defesa e o direito respetivo de emanação constitucional e também proveniente do Direito da União Europeia e do Direito internacional pactício).

*Não se divisa a prática de ato nulo ou, até, de mera irregularidade, à luz do disposto nos arts. 120.º e 123.º do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* do disposto no art. 83.º do NRJC e do n.º 1 do art. 41.º do RGCO.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Não tem a Recorrente legitimidade para arguir vício emergente da não notificação da visada a que se reportam documentos sendo que, aliás, não se extrai dos autos que a mesma não tenha ocorrido.

Não foi demonstrado, pela Recorrente, o caráter potencialmente relevante dos elementos excluídos dos autos para os seus interesses processuais, não se tendo patenteado que da nota de ilicitude constassem como elementos de demonstração de componentes objetivos e subjetivos do tipo de ilícito os documentos retirados dos autos.

O exercício dos poderes atribuídos à Autoridade da Concorrência (AdC) nos termos do disposto no referido art. 17.º, desprovido da obrigatoriedade de notificação a outros visados ou terceiros das decisões de desentranhamento de documento tidos por irrelevantes para a decisão mostra-se adequado às finalidades perseguidas pelo legislador de tutela pública eficaz do Direito da concorrência («public enforcement», no jargão europeu), revela-se necessário à consecução dos objetivos normativos (já que sem a concessão de poderes autónomos de decisão não se conseguiria a pretendida efetividade) e não ultrapassa o equilíbrio devido entre essas finalidades e objetivos e os demais direitos envolvidos. É, pois, proporcional.

Tal exercício foca a atividade punitiva, empresta-lhe eficácia, permite obviar à sobrecarga processual, proscree a prática de atos inúteis (porque relativos a documentos irrelevantes), afasta, designadamente, a classificação de confidencialidades e o acesso inútil aos autos e não viola direitos de defesa já que só há defesa contra a agressão ou possibilidade desta.

Tem sentido e adequação, a título ilustrativo, a menção feita pela AdC à Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (2005/C 325/07) ao recordar que, aí, ou seja, no quadro da intervenção da Comissão Europeia, os documentos não utilizados não são mantidos no processo, nele apenas permanecendo os documentos incriminatórios.

Resulta do regime emergente do NRJC, em termos que a Recorrente não logrou contrariar mediante invocação de normas aplicáveis de sentido contrário, que as visadas não têm acesso aos autos do processo na fase de inquérito e desconhecem as provas recolhidas contra si, o que releva substancialmente no âmbito apreciado.

É, pois, à luz da nota de ilicitude que a visada conhece o que releva em termos instrutórios, acede ao que se pretende demonstrar e assume noção plena dos documentos relevantes, não lhe interessando, nesse contexto, os não utilizados para estear a imputação.

Perante essa nota de ilicitude, assiste à visada o direito de juntar documentos (estes então já adequados ao que efetivamente se discute) – cf. o n.º 1 do art. 25.º e o n.º 4 do art. 26.º do indicado regime.

Aqui chegados, impõe-se-nos concluir, quanto à primeira das duas sub-questões, que não ocorreu vício processual que fira a decisão de desentranhamento.

Esta circunstância acarreta, necessariamente, conclusão, quanto à segunda vertente do perguntado, no sentido de que nada há a ordenar pelo Tribunal para superar invalidade adjetiva afinal inexistente.

[..]” (sublinhados acrescentados).

Ou seja, para a decisão recorrida, é o artigo 17.º, n.º 2, do NRJC que atribui à AdC o poder de, em fase de inquérito, determinar o desentranhamento de certos elementos sem



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

necessidade de observar o contraditório.

Daí que, *em coerência*, o tribunal recorrido tenha afirmado que não tinha de apreciar a questão da inconstitucionalidade da “[...] *interpretação normativa dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no sentido de que o reconhecimento judicial da invalidade processual resultante da omissão de notificação da decisão de desentranhamento e da recusa de acesso à prova produzida nos autos (e objeto dessa mesma decisão) depende da prévia concretização da relevância e dos efeitos da decisão inválida nos direitos da Recorrente, particularmente no exercício do seu direito de defesa*”, ou – acrescentaremos – de qualquer outra assente nos referidos preceitos legais. Também coerente foi, pois, a conclusão do despacho reclamado no sentido de não ter sido *aplicada* como critério de decisão qualquer norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo.

Não estamos, sequer, perante uma questão de (falta de) *suscitação*, o que preclui a utilidade de apreciar os argumentos da reclamante a esse respeito, mas sim uma falta de coincidência entre a *ratio decidendi* e os enunciados indicados como objeto do recurso.

Ainda que se pudesse admitir que as normas dos artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 1 e 2, e 33.º do NRJC foram interpretadas restritivamente (e nem é esse o caso, porque foram pura e simplesmente afastadas enquanto *fontes de critérios normativos relevantes*), inescapável seria sempre que o *preceito central* em que assentou a solução do caso está ausente dos enunciados da recorrente – aliás, o requerimento de interposição do recurso não faz *qualquer referência* ao artigo 17.º do NRJC.

A aplicação deste preceito poderá ter constituído uma *surpresa* para a recorrente – mas essa surpresa só a liberta do ónus de prévia *suscitação* da questão, não corrige um recurso com objeto desconforme à *ratio decidendi*, que é irremediavelmente inútil. Tal desconformidade não traduz uma insuficiência formal, suscetível de sanção, mas sim um desvio substancial insanável mediante convite ao aperfeiçoamento do requerimento de interposição do recurso.

2.5. Em suma, pelos fundamentos atrás expendidos, que coincidem com aquele que foi indicado no despacho sob reclamação, é forçoso concluir pela inadmissibilidade do recurso interposto para o Tribunal Constitucional pelo reclamante, com o conseqüente indeferimento da reclamação.

III – Decisão



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Em face do exposto, decide-se indeferir a reclamação apresentada e, em consequência, confirmar o despacho de não admissão do recurso de constitucionalidade interpostos por Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A..

3.1. Custas pela reclamante, fixando-se a respetiva taxa de justiça em 15 Unidades de Conta (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro, ponderados os critérios constantes do n.º 1 do artigo 9.º, do mesmo diploma legal).

Lisboa, 4 de julho de 2022.

N. J. M. M.