



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Ref.º 84601, de 27.09.2024 – requerimento apresentado pelo PINGO DOCE:

1. O PINGO DOCE veio através do requerimento supra referenciado requer a imediata declaração de nulidade de todas as mensagens de correio eletrónico apreendidas nas buscas que foram realizadas no processo PCR/2016/4, com a consequente nulidade de todos os atos praticados e de todos os meios de prova adquiridos nos autos com base nas mesmas, nos termos dos artigos 32.º, n.º 8, da Constituição, 17.º da lei n.º 109/2009, 126.º, n.º 3, e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, *ex vi* artigos 13.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência, e do artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações.

2. Exercido o contraditório foram assumidas nos autos as seguintes posições:
 - a. A AdC pugna pelo improcedência do requerido – cf. ref.º 85299, de 18.10.2024;
 - b. A ITMP ALIMENTAR veio aderir ao requerimento apresentado – cf. ref.º 85414, de 21.10.2024;
 - c. A AUCHAN veio requerer que se defira na totalidade o requerimento apresentado pela Pingo Doce (ref.º 84601), bem como que se declare a nulidade de todas as mensagens de correio eletrónico apreendidas nas buscas que foram realizadas no âmbito do processo PCR/2016/4 e, consequentemente, a nulidade de todos os atos praticados e meios de prova adquiridos nos autos com base em autorização do Ministério Público, nos termos do disposto nos artigos 32.º, n.ºs 4 e 8 e 34.º, n.º 4 da Constituição, 17.º da Lei do Cibercrime, 122.º, n.º 1 e 126.º, n.º 3, do CPP, *ex vi* artigos 13.º, n.º 1, do RJC e do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO. Mais requereu que o recurso interposto pela Auchan seja julgado totalmente procedente, por provado, uma vez que a decisão final da AdC se alicerça em prova nula, e que a Recorrente seja absolvida da prática de qualquer infração – cf. ref.º 85478, de 21.10.2024;



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- d. A MCH declarou acompanhar o requerimento apresentado e a argumentação aí vertida, acrescentando mais argumentos – cf. ref.^a 85483, de 21.10.2024;
- e. O Ministério Público pronunciou-se no sentido de que persiste no pedido de reenvio formulado nos autos, promove que seja mantida a suspensão do processo e não se promove a aplicação imediata do AUJ 12/2024 – cf. ref.^a 490931, de 26.11.2024;

3. Cumpre apreciar e decidir.

- 4. O acórdão de fixação de jurisprudência n.^o 12/2024 não tem efeito de caso julgado nos presentes autos, pois não constitui jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, conforme estipula o artigo 445.^º, n.^º 3, 1.^a parte, do Código de Processo Penal, *ex vi* artigo 41.^º, n.^º 1, do Regime Geral das Contraordenações.
- 5. Contudo, a MCH tem razão no sentido de que os tribunais judiciais devem fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada naquela decisão, pois assim o impõe o artigo 445.^º, n.^º 3, 2.^a parte, do Código de Processo Penal. Iremos, então, cumprir esta estatuição normativa, considerando que a decisão definitiva que venha a ser proferida no processo n.^º 71/18.3YUSTR-D, do Juiz 3, caso seja no sentido da admissibilidade das mensagens aí em causa não terá efeito de caso julgado formal em relação às demais Visadas não intervenientes nesses autos.
- 6. Neste âmbito, concorda-se com a PINGO DOCE no sentido de que previamente à questão constitucional coloca-se a questão de interpretação da lei ordinária no sentido de determinar a autoridade competente para autorizar a apreensão de mensagens de correio eletrónico ao abrigo da Lei da Concorrência. Acompanha-se também a posição da Visada no sentido de que foi igualmente a esta questão que o acórdão de fixação de jurisprudência respondeu, sem prejuízo do



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

necessário confronto com a Constituição enquanto pressuposto necessário da decisão.

7. Contudo, divergimos, com muito respeito, do entendimento aí firmado logo no seu pressuposto inicial. Assim, a jurisprudência fixada tem como premissa primeira a "*ausência de disposições próprias no RJC sobre a apreensão de mensagens de correio eletrónico*". Na nossa perspetiva, não é assim, pois o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, na redação em vigor aquando da realização das diligências de apreensão (antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 19/2012, de 08.05), estipulava que a AdC podia, no exercício dos seus poderes sancionatórios, proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e ***demais documentação, independentemente do seu suporte***, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova.
8. O conceito de documentação relevante para efeitos de aplicação desta norma não pode deixar de ser negativamente delimitado pelo conceito de correspondência tutelado pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, pois à correspondência está reservado um tratamento, desde logo, jusfundamental específico que não é aplicável à mera documentação. Consequentemente, a definição do conceito de documentação implica traçar a fronteira entre documento e correspondência.
9. Até à jurisprudência mais recente sobre esta matéria uma das posições defendidas consistia no critério do *lido e não lido ou das mensagens abertas e fechadas*, posição que também era a minha. Este critério foi repudiado, entre outros, pelos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, n.º 314/2023, n.º 510/2024 e n.º 533/2024 e pelo acórdão de fixação de jurisprudência n.º 10/2023. Os quatro primeiros foram proferidos no contexto de aplicação das normas em análise e o último a propósito do artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.09.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Cremos ser efetivamente um critério superado, pois há, quanto ao mesmo, uma confluência jurisprudencial dos tribunais superiores unânime, sem que se possam convocar parâmetros novos para a afastar.

10. Ultrapassado esse critério e havendo necessidade de estabelecer uma fronteira, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 concluiu que o *"critério decisivo de que a mensagem chegou definitivamente ao destinatário não será, por conseguinte, a marcação da mensagem como lida, mas sim o seu arquivamento definitivo, fora da caixa de correio eletrónico virtual"* (sublinhado aditado). Consequentemente, todas as mensagens retiradas desta caixa de correio eletrónico virtual estariam integradas no conceito de correspondência. Documentos seriam apenas os ficheiros digitais armazenados em outro local.
11. Toda a discussão em torno desta questão nos presentes autos, nos acórdãos do Tribunal Constitucional referidos e subjacente também ao acórdão de fixação de jurisprudência n.º 12/2024 diz respeito a mensagens retiradas da caixa de correio eletrónico virtual, pelo que a aplicação do critério firmado pelo Tribunal Constitucional no arresto referido levaria ao reconhecimento efetivo de que a Lei da Concorrência não contém normas que autorizem a apreensão deste tipo de mensagens.
12. Contudo, após o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 sobreveio o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 533/2024 que voltou a analisar esta questão e que após uma extensão, profunda e necessária reflexão (vertida no capítulo 10 com a epígrafe "Mensagens de Correio Eletrónico e Telecomunicações" e no capítulo 11 com a epígrafe "A Apreensão de Mensagens de Correio eletrónico ao abrigo da Lei da Concorrência (artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 19/2012, d 8 de maio") sobre a realidade relativa às mensagens de correio eletrónico chegou a um entendimento diferente. Assim, o Tribunal Constitucional conseguiu perceber e concluir que as mensagens de correio eletrónico que a AdC recolhe são sempre **ficheiros digitais**, na medida em que a



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

sua "presença nos aparelhos da empresa se explicará por uma de duas formas: ou foram previamente transferidos a partir de dispositivos locais (v. g., de uma pen drive, ligada ao aparelho por cabo); ou foram objeto de um fluxo de extração via web, que necessariamente estará concluído no momento da sua localização pela Adc aquando da busca" (realce e sublinhado aditados).

13. Esse fluxo de extração via web estará necessariamente concluído no referido momento porque a *"apreensão de ficheiros será realizada a partir do sistema local da entidade buscada e implica a realização de um fluxo de extração, mas que não se caracteriza como um processo de comunicação a que as autoridades fossem alheias. Para todos os efeitos, trata-se de utilizar o canal de acesso a documentos de que a entidade buscada dispõe (sem necessidade de envolvimento de terceiros), em nada se assemelhando a uma operação de intercetação de fluxos de dados enquanto circulam entre autor e destinatário"*. Ou seja, *"a AdC utilizará os recursos que a empresa buscada utilizaria para aceder ao seu arquivo digital, ..., nada mais"*.
14. E é assim independentemente do tipo de serviço de webmail que a empresa utilize, pois, conforme se esclarece no mesmo arresto, *"caso o serviço de webmail escolhido pela empresa utilize o protocolo POP (aos dias de hoje, pouco provável), terá existido um acesso por browser ou pela aplicação ao servidor que transferiu a informação de correio para o aparelho local, tendo em vista permitir o seu processamento offline. Se o serviço webmail da empresa buscada fizer uso do protocolo IMAP (o que, aos dias de hoje, será quase certo), isso significa que existiu uma ordem específica prévia à busca, pelo utilizador, de extração e transferência dos dados relativos à mensagem para o dispositivo onde foi encontrada. Como dissemos, o IMAP caracteriza-se pela gestão do correio em ambiente online, coordenando os sistemas de servidor e de terminal, razão por que cada uma das mensagens que se encontram no sistema local aquando da pesquisa terá de ter sido objeto de comando específico de download pelo*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

utilizador, já executado aquando da busca. Assim, e em qualquer uma das situações, a localização de mensagens eletrónicas no decurso de um exame realizado ao abrigo do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do RJdC e sua sujeição ao domínio da autoridade pública apenas respeitará a ficheiros integrados na estrutura da empresa em condições indistinguíveis face a quaisquer outros documentos (corpóreos) ou ficheiros digitais que se encontrem nos seus arquivos, por isso sendo passíveis de apreensão em idênticos termos" (sublinhado aditado).

15. Isto mostra-se decisivo na medida em que, conforme esclarece o mesmo aresto, "*sempre foi consensual entre doutrina e jurisprudência que o artigo 34.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, não constitui norma de proteção de informação armazenada, tanto menos quando se encontra à disposição do seu titular, mas apenas de informação em trânsito (comunicação) e porque se encontra fora da sua esfera de controlo e de gozo" (sublinhado aditado).*
16. Sufragamos este entendimento e por via do mesmo concluímos que as mensagens de correio eletrónico em discussão são documentação e não correspondência, pois este conceito pressupõe comunicações em trânsito, não sendo o caso.
17. Para além disso, o conceito de documentação inclui ficheiros informáticos, quer porque o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência refere que este conceito é independente do suporte, quer porque o próprio conceito geral de documento inclui, conforme o Tribunal Constitucional esclarece no acórdão n.º 533/2024, "*qualquer tipo de suporte apto a reproduzir ou a representar um facto (artigo 362.º, n.º 1, do Código Civil), aqui se incluindo conteúdos em formato eletrónico, designadamente ficheiros digitais (Decreto-Lei n.º 12/2012, de 9 de fevereiro e § 35 do Reg. (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de julho de 2014 (...))*".



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

18. Incluindo-se as mensagens em causa no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência então a autoridade competente para as autorizar era o Ministério Público, por força do artigo 21.º da Lei da Concorrência, na redação em vigor, pois a autoridade judiciária a que alude o artigo 20.º, n.º 1, da Lei da Concorrência é aquela que decorre do referido artigo 21.º, não havendo expressa referência ao juiz de instrução quanto às diligências em causa.
19. Esta é a conclusão a que chegamos no plano estrito da lei ordinária. O que significa que a resolução definitiva da questão é jusfundamental e neste plano a questão não se pode considerar também definitivamente resolvida, nomeadamente em virtude do recente acórdão do Tribunal Constitucional, a cuja fundamentação e entendimento aderimos, que *"não julgou inconstitucional o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (na redação original, anterior à conferida pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto), quando interpretado: i) - No sentido de que "é possível, em processo de contraordenação da concorrência, examinar, recolher e apreender mensagens de correio eletrónico"; ii) - No sentido de admitir a "possibilidade de exame, recolha e/ou apreensão de mensagens de correio eletrónico «abertas» ou «lidas»"; iii) - No sentido de "admitir o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência sem despacho judicial prévio"*".
20. Para além disso, estão pendentes, conforme já referido em despachos anteriores, os pedidos de reenvio prejudicial C-258/23, C-259/2023 e C-260/23. É verdade que em alguns dos pedidos de reenvio prejudicial não se questiona o nível de proteção aplicável, conforme assinala a Advogada-Geral nas suas conclusões. Contudo, isso não impede que o Tribunal de Justiça da União Europeia dê indicações de como deve este Tribunal proceder de forma a garantir o princípio da efetividade, como se efetuou nas referidas conclusões. E neste âmbito a Advogada-Geral não referiu apenas a possibilidade de serem afetadas infrações



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

ao direito da concorrência *definitivamente* constadas pela AdC, mas também “que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, quando da apreciação das consequências a retirar dos Acórdãos de 2023, ter em conta a necessidade de assegurar uma aplicação efetiva das regras de concorrência da União, recorrendo a todas as possibilidades oferecidas pelo direito nacional — incluindo, sendo caso disso, a de sanar, em circunstâncias como as dos litígios nos processos principais, a inexistência de autorização judicial prévia através de uma fiscalização judicial a posteriori — para assegurar que o desrespeito dessas regras seja punido”.

21. Em consequência do exposto e com todo o respeito por entendimento contrário, não encontramos razões para adotar o entendimento perfilhado pelas Visadas e para, nessa medida, declarar, de imediato, a nulidade de todas as mensagens de correio eletrónico apreendidas.

22. Por conseguinte, mantém-se as razões que determinaram o despacho que determinou a suspensão dos autos, que se mantém pelos fundamentos aí exarados.

23. Termos em que, se indefere o requerido.

24. **Custas do presente incidente anómalo face ao processado normal da lide pela Requerente PINGO DOCE, fixando-se a taxa de justiça em duas unidades de conta** – cf. artigo 7.º, n.ºs 4 e 8, e tabela II anexa ao do Regulamento das Custas Processuais.

25. Notifique.



Processo: 44/22.1YUSTR
Referência: 493458

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)