



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G

1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Processo nº 71/18.3YUSTR-D.L2

Acordam, em conferência, na 9ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa:

I - RELATÓRIO

No dia 04 de março de 2020 foi proferido acórdão, pela 3ª Secção Criminal deste Tribunal da Relação, que negou provimento ao recurso interposto pela “Jerónimo Martins SGPS, S.A. e “Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A.” do despacho proferido pelo 1º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que por sua vez julgara totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas, interpostos pelas visadas/recorrentes, absolvendo a Autoridade da Concorrência dos pedidos de declaração de invalidade e nulidade das decisões proferidas em 16 de maio de 2018 e em 17 de maio de 2018, no âmbito do PRC/2016/04.

Consta do acórdão proferido pela 3ª Secção Criminal o seguinte (transcrição das partes relevantes):

«2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA QUESTÃO DE FACTO

Começemos por nos deter sobre os factos provados e respetiva motivação que constam da decisão impugnada.

«Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada (...) a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contraordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à emissão e efetivação dos mandados de busca e apreensão (...):

- A. AdC instaurou processo de contraordenação, sob a referência interna PRC/2016/04 por práticas restritivas da concorrência, em que são visadas as sociedades Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.
- B. No âmbito do processo de contraordenação PRC/2016/04, as visadas/recorrentes foram alvos de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada por esta Autoridade entre os dias 07.02.2017 e 27.02.2017 em cumprimento dos mandados emitidos pela Exma. Senhora Procuradora (da República) da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datados de 2 de fevereiro de 2017 e de 10 de fevereiro de 2017 (de alargamento do objeto do mandado).
- C. As diligências em causa foram cumpridas por funcionários da AdC devidamente credenciados para o efeito.
- D. Tais diligências iniciaram-se com a notificação às visadas/recorrentes, na pessoa dos seus legais representantes, dos mandados e respetivos despachos de fundamentação do Ministério Público.
- E. A diligência foi acompanhada pelos advogados da visada/recorrente Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

- F. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico aberto conforme auto de apreensão de 27 de fevereiro de 2017.
- G. Durante a referida diligência de busca, exame, recolha e apreensão, a visada/recorrente Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. apresentou requerimentos em 15.02.2017 e em 16.02.2017.
- H. Durante a referida diligência de busca, exame, recolha e apreensão, a visada/recorrente Jerónimo Martins SGPS, S.A. apresentou requerimentos em 16.02.2017 e em 21.02.2017.
- I. Em conjunto, as visadas/recorrentes apresentaram requerimento em 27.02.2017.
- J. Em tais requerimentos, as visadas/recorrentes invocaram um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes: i) à não constituição das recorrentes como visadas; ii) à apreensão do correio eletrónico; iii) ao despacho de fundamentação e despacho de alargamento, e respetivos mandados que autorizam a diligência de busca, exame, recolha e apreensão; iv) à forma como tem sido conduzida a investigação até ao momento da arguição das nulidades; v) à omissão de pronúncia por parte da AdC e vi) à invalidade dos despachos do Ministério Público que autorizam as diligências de busca e apreensão a uma sociedade gestora de participações sociais.
- K. A AdC, por decisão de 16 de maio de 2018, indeferiu o requerimento da visada/recorrente Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., considerando, entre o mais, que este deveria ter sido dirigido ao Ministério Público, órgão que praticou o ato e como autoridade que autorizou a diligência de busca, exame, recolha e apreensão.
- L. A AdC, por decisão de 17 de maio de 2018, indeferiu o requerimento da visada/recorrente Jerónimo Martins SGPS, S.A., considerando, entre o mais, que este deveria ter sido dirigido ao Ministério Público, órgão que praticou o ato e como autoridade que autorizou a diligência de busca, exame, recolha e apreensão.

OCORRÊNCIAS PROCESSUAIS RELEVANTES PARA A DECISÃO DO PRESENTE RECURSO:

1. No âmbito do processo de contraordenação que corre termos na AdC sob a referência interna PRC/2016/04, foram a Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. e a Jerónimo Maartins SGPS, S.A. alvo de uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela Autoridade da Concorrência (AdC) entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017 em cumprimento dos mandados emitidos pela Exma. Senhora Procuradora da República da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datados de 02-fev.-2017 e de 10-fev.-2017 (de alargamento do objeto do mandado) (...).
2. Os referidos mandados de busca e apreensão foram executados em observância da alínea b) do n.º 4 do art. 18.º da Lei da Concorrência (LdC), tendo a diligência em causa sido cumprida por funcionários da AdC devidamente credenciados para o efeito.
3. Esta diligência iniciou-se com a notificação à “Pingo Doce” e à “Jerónimo Martins” (...), dos mandados e respetivos despachos de fundamentação do Ministério Público (...), e, depois com a notificação do mandado de alargamento do objeto e respetivos despachos de fundamentação do referido alargamento do objeto das buscas (...).
4. A diligência foi acompanhada pelos advogados das recorrentes (...).
5. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico (aberto) conforme auto de apreensão de 27-fev.-2017 (...).

(...)

9. Não se conformando com as Decisões da AdC de 16 e 17 de maio de 2018, as recorrentes interpuseram recurso das mesmas para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

10. Em 11-nov.-2018, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, ora recorrido, decidiu “julgar totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas, interpostos pelas visadas/recorrentes jerónimo Martins SGPS, S.A., absolvendo a AdC dos pedidos de declaração de invalidade e nulidade das decisões proferidas em 16 de maio (...) e em 17-mai-2018 (...).

11. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão delimitou o conhecimento dos recursos interpostos pelas Recorrentes às seguintes questões:



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

(i) “A validade das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do PRC/2016/04 depende da constituição das aqui recorrentes como visadas em processo contraordenacional” e

(ii) “As decisões interlocutórias da AdC de 16 e 17-mai-2018 são legais e conformes aos limites da pronúncia sobre a legalidade, validade ou regularidade da diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa?”

12. Quanto à primeira questão o Tribunal a quo concluiu que *“a não constituição das empresas Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. como visadas em momento anterior às diligências de busca e apreensão não constitui qualquer nulidade ou irregularidade”* (...)

13. No que concerne à segunda questão, conclui o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que *“as decisões interlocutórias de 16 e 17-mai.-2018, no segmento em que se recusaram conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto de mandados de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público e ao abrigo dos artigos 18.º, n.º 1, alíneas c) e d) e n.º 2 e 21.º do NRJC, foram legais e conformes ao regime processual.”* (...)

14. As recorrentes não se conformaram com aquele sentido decisório, tendo no recurso por objeto o despacho proferido pelo Tribunal a quo em 19-nov.-2018, invocando as recorrentes, em resumo, os seguintes fundamentos: (i) Erro na interpretação e aplicação de direito por parte do Tribunal a quo ao declarar que a constituição das Recorrentes em momento anterior às diligências de busca e apreensão não constitui qualquer nulidade ou irregularidade; (ii) Erro na interpretação e aplicação de direito por parte do Tribunal a quo ao julgar-se incompetente para conhecer de eventuais invalidades de atos praticados pelo Ministério Público no âmbito de diligências de buscas e apreensão levadas a cabo pela AdC.

15. As recorrentes reconduziram, ainda, a decisão recorrida à violação de normas e princípios constitucionais.

16. Este Tribunal da Relação de Lisboa, no âmbito dos presentes autos, por acórdão de 08-mai.-2019 (...) sentenciou do modo seguinte:

(i) Julgou parcialmente provido o recurso, revogando a decisão recorrida no segmento em que se declarou incompetente para conhecer da invalidade dos dois despachos da AdC, declarando o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão competente para conhecer das invalidades dos despachos proferidos nos presentes autos;

(ii) Manteve a decisão recorrida quanto à 1.ª questão (constituição formal de visada); e

(iii) Julgou prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelas recorrentes.

17. No seguimento da decisão do TRL, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferiu nova decisão *“sem tanger com os pontos que merecerem um juízo concordante do Tribunal Superior, acrescentando os pontos 127. a 180. Referentes ao objeto das invalidades invocadas pelas visadas”* (...).

18. Neste seguimento, as recorrentes não se conformaram com aquele sentido decisório, tendo o presente recurso por objeto o despacho judicial proferido pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em 04-jun.-2019, invocando as recorrentes, em resumo:

- A existência de erro na interpretação e aplicação de direito por parte do Tribunal a quo (i) ao considerar admissíveis e válidas as buscas e apreensões de correio eletrónico ou ainda que assim não se entenda, ao considerá-las admissíveis por mera autorização do Ministério Público; (ii) ao considerar legais os despachos de fundamentação e alargamento e respetivos mandados que autorizam as diligências de busca e apreensão; (iii) ao considerar válida a forma ou termos em que decorreram as buscas até ao momento do despacho datado de 10-fev.-2017, de autorização de alargamento da busca; e (iv) ao considerar admissível a realização de buscas à Recorrente Jerónimo Martins SGPS, S.A.

19. As Recorrentes reconduzem, ainda, a decisão recorrida à violação de normas e princípios constitucionais.

Como flui do que acima ficou dito mostra-se pendente na Autoridade da Concorrência (AdC) o processo de contraordenação PCR 2016/4 que tem por objeto a apreciação de práticas restritivas da concorrência da previsão do n.º 1 do art.º 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 08-mai (...), norma esta correspondente ao art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

(...)

A materialidade fática relevante para o que ora releva, em apertada síntese, é a seguinte:

- Entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017, com suporte nos mandados emitidos pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa no dia 02-fev.-2017 (houve um segundo mandado, emitido a 10-fev.-



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

2017, de “alargamento do objeto do 1.º mandado”) (...), a AdC procedeu a diligências de busca, exame, recolha e apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico aberto, nas instalações das recorrentes no âmbito do dito PCR 2016/4.

- Desavindas com tais diligências, as recorrentes arguíram junto da AdC diversos vícios (...).
- Nos dias 16-mai.-2018 e 17-mai.-2018 a AdC indeferiu in totum tais requerimentos (...).

*

PEQUENA SINOPSE DOS PRESENTES AUTOS

Irresignadas com estas decisões interlocutórias da AdC as recorrentes impugnaram as mesmas junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (...).

(...)

- Por despacho de 12-nov.-2018 (...), o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferiu decisão que julgou improvido o recurso das acoimadas/recorrentes.

- Inconformadas estas recorreram para este Tribunal que por nosso acórdão de 08-mai.-2019 decidiu (...):

(i) Manter a decisão recorrida quanto à 1.ª questão (nulidade das buscas e apreensões realizadas pela AdC por as recorrentes não terem sido previamente constituídas como visadas);

(ii) Revogar a decisão recorrida nos segmentos em que se declarou incompetente para conhecer da invalidade dos dois despachos da AdC;

(iii) Julgar prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelas recorrentes.

- No dia 04-jun.-2019 o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferiu novo despacho, no qual julgou improvido o recurso das recorrentes que estas agora impugnam (...).

*

O OBJETO DO RECURSO

As visadas confinam o objeto do presente recurso aos §§ 127 a 180 (...).

SUSCITAM AS SEGUINTEs QUESTÕES:

- A inadmissibilidade da apreensão de correspondência eletrónica em processo de contraordenação;
- Os despachos de autorização do Ministério Público não indicaram indícios concretos que justificassem a realização das buscas;

- Até ao despacho do MP de 02-fev.-2017 as diligências realizadas pela AdC excederam o objeto do mandado do MP de 20-jan.-2017;

- A Jerónimo Martins, SGPS, SA, por ser apenas detentora de uma participação social, não é contraordenacionalmente responsável, razão por que não poderia ser destinatária dos mandados de busca;

- O incidente do reenvio prejudicial.

A QUESTÃO DA INADMISSIBILIDADE DA APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÓNICA EM PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO

As recorrentes almejam ver declarado por este Tribunal a nulidade da prova obtida pela AdC através do *dawn raid* realizado entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017, por inadmissibilidade da apreensão de correspondência eletrónica em processo de contraordenação.

(...)

In casu, a AdC acedeu a informação existente em caixas de *email* que nos parece que não foi fruto de um “trabalho de correspondência”, produzido pelos colaboradores das visadas, antes se apresenta fruto de um trabalho em rede, “veloz e instantâneo”, característico dos meios de produção tecnológicos atuais, com a consequente capacidade de produção sem a tradicional proximidade espacial.

Na verdade, assim não entendendo, então “*tudo é correspondência*”? O que como é evidente não pode ser aceite por falta de agasalho na lei.

Ora, se bem vemos, parece-nos que o modelo do mundo empresarial hodierno é inteiramente diferente e inconciliável com o que presidiu à elaboração do art. 34.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), pensado para o correio tradicional (...).

*

Ora, se bem vemos, através do n.º 1 do art. 8.º da CEDH, correspondente ao art. 8.º da CDFUE, a nossa Constituição constrói um círculo garantístico em torno da *privacidade individual*, no qual associa o *domicílio*, o *sigilo da correspondência* e “outros meios de comunicação privada” (...).



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Este *círculo garantístico*, composto pela associação entre *domicílio* (enquanto esfera privada espacial) (...), *correspondência* e *outros meios de comunicação privada* (...) funciona como o último reduto do espaço de *liberdade individual, absolutamente privativo*, contra os ataques do Príncipe/Estado.

*

Nesta linha de pensamento, com o devido respeito por opinião em contrário, afigura-se-nos que no caso em apreço, as mensagens visualizadas, e no final apreendidas pela AdC, não gozam da tutela constitucional fornecida pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa porquanto:

- (i) Os *emails* a que se reportam estes autos não respeitam a mensagens eletrónicas em trânsito (a circular na rede), ainda não rececionadas pelos destinatários, não constituindo, por isso, “correspondência” na aceção da Constituição da República Portuguesa;
- (ii) Não são privadas, na aceção liberal que nos é trazida pela *norma princípio* do art. 34.º da Constituição da República Portuguesa.

(...)

Em face de tudo o que dito fica, não se demonstrando que o Tribunal a quo na decisão impugnada tenha violado os normativos legais e normativos e princípios constitucionais invocados, ou quaisquer outros ao caso aplicável o presente recurso naufraga *in totum*.

3. DISPOSITIVO

Perante tudo o que exposto fica, acordam os Juízes que compõem a 3ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa:

- Em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente confirma-se a decisão recorrida nos segmentos impugnados.

(...»

**

*

Desse acórdão a Jerónimo Martins SGPS, S.A. e a Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. interpuseram recurso para o Tribunal Constitucional, o qual proferiu acórdão em 16 de março de 2023, com o seguinte teor (transcrição):

« I. Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Lisboa, em que são recorrentes A., S.A. e B., S.A., e recorridos o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência, foi interposto recurso, ao abrigo da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (Lei do Tribunal Constitucional, referida adiante pela sigla «LTC»), do acórdão proferido por aquele Tribunal em 4 de março de 2020.

2. No âmbito de processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, as visadas, ora recorrentes, impugnaram judicialmente a validade das diligências de busca e apreensão realizadas pela Autoridade da Concorrência (AdC) entre 7 de fevereiro de 2017 e 27 de fevereiro de 2017, *inter alia* quanto à apreensão de mensagens de correio eletrónico. Por despacho datado de 18 de novembro de 2018, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) julgou a impugnação improcedente.

Inconformadas, as arguidas interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão datado de 8 de maio de 2019, o julgou parcialmente procedente, determinando a reforma parcial da decisão recorrida.

Em consequência, o TCRS proferiu novo despacho, datado de 4 de junho de 2019, que indeferiu a impugnação da validade das referidas das diligências de busca e apreensão.

Novamente inconformadas, recorreram as arguidas para o Tribunal da Relação de Lisboa. Por acórdão datado 4 de março de 2020, foi negado provimento ao recurso, confirmando-se a decisão impugnada.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

3. É deste acórdão que vem interposto o presente recurso de constitucionalidade, em requerimento formulado nos seguintes termos:

«1) Introdução

1. Os presentes autos tiveram origem no recurso interposto pelas RECORRENTES do Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão («TCRS») que julgou improcedente o recurso de impugnação judicial da decisão interlocutória de 16 e 17 de maio de 2018 (Ofícios com a referência S-AdC/2018/1055 e SAdC/2018/1079), proferida pela Autoridade da Concorrência ("AdC") no processo de contraordenação n.º PRC/2016/04,

2. Desse Despacho interpuseram as ora Recorrentes recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, o qual, no acórdão de 04-03-2020, negou provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida, tendo concluído que, *"não se demonstrando que o tribunal a quo na decisão impugnada tenha violado os normativos legais e normativos e princípios constitucionais, invocados pelas recorrentes, ou quaisquer outros ao caso aplicável o presente recurso naufraga in totum"*.

3. Não podem as Recorrentes concordar com tal entendimento, designadamente e no que aqui importa, no que respeita às inconstitucionalidades invocadas ao longo do processo.

4. Deve, assim, o presente recurso ser admitido, nos termos que infra se expõem, sob pena de o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) vir a condenar novamente o Estado Português pelo *"formalisme excessif"* do Tribunal Constitucional, por ter adotado uma decisão quanto à admissibilidade deste recurso, por 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 6º, §1, à semelhança do que sucedeu recentemente em 4 casos julgados unanimemente pelo TEDH (Affaire dos Santos Calado et Autres c. Portugal, de 31.03.2020, Requetes nos. 55997/14, 68143/16, 78841/16 et 3706/17, Troisième Section, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.mt/eng/{"itemid":"i"001-202123"11](https://hudoc.echr.coe.mt/eng/{) (apenas em língua francesa).

2) Da apreensão do correio eletrónico

5. Alegaram as Recorrentes, em primeiro lugar, a inadmissibilidade de apreensão de correspondência eletrónica em processo contraordenacional, designadamente em processo por prática restritiva da concorrência, como o dos autos.

6. Arguiram, neste segmento, no artigo 82.º das alegações de recurso (e na conclusão XIII), a **inconstitucionalidade (por violação do artigo 34.º, designadamente do n.º 4, da Constituição) da interpretação dos artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência («RJC») no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas.**

7. Ora, o Tribunal da Relação discordou de tal entendimento.

8. O Tribunal considera não ser de aplicar o Regime Geral das Contraordenações («RGCO») e, por essa via, o Código de Processo Penal, nem tão pouco a Lei do Cibercrime, porquanto *"da simples leitura do disposto no artigo 18.º, n.º 1, c), da Lei da Concorrência salta aos olhos de qualquer mortal a sem razão"* das Recorrentes quando asseveraram que a apreensão de correspondência não é admitida no âmbito de processos de contraordenação por práticas restritivas de concorrência (p. 18).

9. Assim, inexistindo lacuna, o artigo 18.º, segundo o aresto em crise, deve ser interpretado no sentido de se reportar a *"documentação física e não física, existente fora ou dentro do ambiente digital, guardada fora e/ou dentro de suporte digital"* (p. 20).

10. Considera, deste modo, o Tribunal que *"da previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC facilmente se enxerga que ela acomoda, per se, sem qualquer vazão previewal, a prática que foi adotada pela AdC dada como provada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no ponto «F. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico aberto conforme auto de apreensão de 27 de fevereiro de 2017»*, acrescentando, ainda, que este normativo *"garante, por isso mesmo, o respeito pelo princípio da reserva de lei necessário a este procedimento da AdC"* (p. 21).

11. E, nessa sequência, negando razão à alegação das ora Recorrentes, afirma expressamente que *"as mensagens visualizadas, e no final apreendidas pela AdC, não gozam da tutela constitucional fornecida pelo artigo 34.º da*



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Constituição da República Portuguesa porquanto: (i) os emails a que se reportam estes autos não respeitam a mensagens eletrónicas em trânsito (a circular na rede), ainda não rececionadas pelos destinatários, não constituindo, por isso «correspondência» na aceção da Constituição da República Portuguesa; (ii) não são privadas, na aceção liberal que nos é trazida pela norma princípio do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa" (p. 23).

12. O Tribunal de recurso aplicou, assim, diretamente a norma cuja inconstitucionalidade oportunamente se invocou e que, através deste recurso, se pretende que seja apreciada.

Sem conceder.

13. No que respeita à apreensão de correspondência eletrónica, as Recorrentes alegaram, ainda, embora não concedendo, que, considerando-se admissível a dita apreensão, esta sempre teria que ser autorizada por Juiz de Instrução Criminal, nos termos dos artigos 189.º e 187.º n.º 1 do CPP, *ex vi* artigos 13.º do RJC e 41.º do RGCO.

14. Arguindo a inconstitucionalidade da norma extraída dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público, por violação dos artigos 34.º, designadamente n.º 4, e 32.º, n.º 4 da Constituição (artigo 85.º das alegações e conclusões XV a XVIII), violando, ainda, os artigos 6.º e 8.º da CEDH.

15. Também quanto a este aspeto, o Tribunal não deu razão às Recorrentes, aplicando a norma cuja inconstitucionalidade se invocou e que aqui se pretende ver apreciada.

16. Segundo o acórdão recorrido, *"a Constituição da República não impõe um modelo quanto à entidade que assegura os direitos, liberdades e garantias no processo contraordenacional. Na verdade, emerge do disposto no n.º 4 do artigo 32º, da Constituição da República Portuguesa que apenas no processo penal a lei fundamental reserva a um juiz a fase de instrução, assim como a possibilidade de intervir fora desta, a montante, na fase de inquérito, quando esteja em causa a prática de atos que contendam diretamente com direitos fundamentais. Sendo certo e sabido que o juiz de instrução, enquanto «juiz das liberdades» é uma autoridade exclusiva do processo penal" (p.24).*

17. Em concreto, no que respeita aos artigos 18.º a 20.º do RJC, diz o acórdão que *"o órgão legiferante reparte pelo Ministério Público e pelo juiz a competência para autorizar e validar a prática de certos atos da AdC (busca, exame, recolha, apreensão, selagem), tendo deixado a cargo do juiz os atos mais sensíveis como as buscas no domicílio, em escritório de advogado e consultório médico e nos bancos ou outras instituições de crédito" (p. 24).*

18. Dúvidas não existindo, portanto, de que a norma cuja inconstitucionalidade foi invocada foi aquela que o Tribunal aplicou para julgar, nesta parte, o recurso improcedente, vêm os Recorrentes recorrer também deste segmento, pretendendo a apreciação da inconstitucionalidade atempadamente invocada.

3) Da realização de buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração

19. No que respeita aos pressupostos para realização de buscas, afirma expressamente o Tribunal a quo no aresto em crise (p. 30, 1.ª coluna, § 1.º) o seguinte: *"Com efeito, cabe aqui ter presente que a alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC não impõe, como pressuposto da busca, a existência de factos concretos ou de indícios concretos, mas antes que «tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova», condição que se mostra satisfeita pelo despacho do Ministério Público e correspondente mandado".*

20. Ora, as Recorrentes arguíram precisamente, no artigo 194.º das alegações, no que aqui importa, que a interpretação conjugada dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alínea h) e f), do RJC no sentido de que *«Num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração»* é inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição), do direito à privacidade (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), à Liberdade geral de ação (artigo 27.º, n.º 1, da Constituição) à liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º da Constituição) e à propriedade privada (artigo 62.º da Constituição), violando, ainda, os artigos 6.º e 8.º da CEDH.

21. Ao interpretar o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do RJC, no sentido de se poderem realizar buscas sem que existam *"factos concretos ou indícios concretos"*, o Tribunal a quo aplicou a norma invocada.

22. E não se diga que o Tribunal acabou por não aplicar, na decisão em particular, este entendimento pelo facto de afirmar que o despacho que ordenou as buscas é claro e inteligível e que circunscreveu e concretizou os indícios, nos termos das normas aplicáveis (p. 30 3 31), já que é precisamente à luz da



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

interpretação que é feita pelo Tribunal do referido artigo 18.º, n.º 1, alínea c), que deve ser lida a expressão "indícios" neste contexto.

23. Por outras palavras, segundo o acórdão recorrido, o despacho está conforme àquilo que o Tribunal da Relação entende ser o suficiente (que as "diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova"), o que, como o Acórdão recorrido afirma expressamente é diferente e não integra a indicação de indícios ou factos concretos constitutivos da infração.

24. Aliás, isto mesmo se retira do parágrafo conclusivo deste segmento do acórdão (3.º § da 2.ª coluna da p. 31) onde o Tribunal se basta com a indicação da finalidade da diligência, não sendo necessária a indicação dos factos indiciados; "ora, se bem vemos, destes normativos [artigo 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, n.º 3 e n.º 4, alínea b), do RJC] mostra-se respeitado o princípio da necessidade, que está corretamente justificado, a exigência de indicar a finalidade da diligência, de modo a que o visado esteja em condições de tomar consciência do alcance do seu dever de colaboração, preservando ao mesmo tempo o seu direito de defesa".

25. Nestes termos, pretendem os Recorrentes a apreciação da norma cuja inconstitucionalidade foi invocada e aplicada pelo Tribunal da Relação».

4. Por despacho da relatora datado de 14 de julho de 2021, as partes foram notificadas para apresentar alegações, «pronunciando-se sobre a possibilidade de não conhecimento do objeto do recurso com fundamento na não verificação do pressuposto relativo à ratio decidendi e, quanto à última questão de constitucionalidade enunciada, também com fundamento na ausência de dimensão normativa do objeto do recurso».

5. As recorrentes apresentaram alegações, de que se extraem as seguintes conclusões:

«1. Introdução

A. As ora Recorrentes foram sujeitas, no âmbito do processo de contra-ordenação n.º PRC/2016/04, instaurado pela Autoridade da Concorrência ("AdC"), a diligências de busca e apreensão entre os dias 7.2.2017 e 27.2.2017,

B. Tendo arguido no próprio ato, em requerimento dirigido à AdC, diversas invalidades, no que aqui releva: que nunca poderia a AdC apreender mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação, sendo nulas as provas aí obtidas; a considerar-se admissível a busca e apreensão de correspondência eletrónica neste tipo de processo, quanto a elas, a expressão "autoridade judiciária" constante dos artigos 18.º, n.º 2, e 20.º do RJC seria sempre de interpretar, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do CPP, como Juiz de Instrução.

C. Nos seus requerimentos de 15.2.2017 (B.) e 16.2.2017 (A.), invocaram as ora Recorrentes que os Despachos de autorização das buscas por parte do MP de 20.1.2017 (irrelevante para o caso presente, pois não autorizava sequer buscas nas instalações das Recorrentes) e de 2.2.2017 não indicavam quaisquer factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão nas suas sedes.

D. Arguíram ainda as ora Recorrentes a ilegalidade dos Despachos de alargamento da busca, de 10.2.2017, alegando que correspondiam a um assumido processo de contraordenação por tudo e contra todos.

E. Após decisão de improcedência proferida pelo TCRS em 4 de junho de 2019, as Recorrentes recorreram, em 27 de junho de 2019, para o TRL, invocando as inconstitucionalidades que agora reafirmam perante o TC.

F. Mediante Acórdão de 4 de março de 2020, o TRL negou provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida e aplicando as normas cujas inconstitucionalidades se haviam invocado, e que nesta sede se pretendem ver apreciadas [artigo 280.º, n.º 1, alínea b) da CRP].

G. Mediante requerimento de interposição, que deu entrada em 05.06.2020, as Recorrentes delimitaram o âmbito do presente recurso, por referência às supra assinaladas inconstitucionalidades invocadas nos presentes autos.

2. Questão prévia: pronúncia sobre a admissibilidade de conhecimento do objeto do presente recurso



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

H. Por despacho de 14.07.2021, proferido pela Exma. Senhora Juíza Conselheira Relatora, foram as ora Recorrentes notificadas para apresentar alegações em trinta dias "*pronunciando-se sobre a possibilidade de não conhecimento do objeto do recurso com fundamento na não verificação do pressuposto relativo à ratio decidendi*".

I. As normas cuja inconstitucionalidade foi invocada pelas Recorrentes em sede de alegações de recurso para o TRL (e posteriormente reafirmada no seu requerimento de interposição do presente recurso para o TC) estão compreendidas na referida *ratio decidendi*, dado constituírem inequivocamente o principal fundamento legal de cada um dos segmentos decisórios do Acórdão recorrido, ora postos em crise.

J. Também a terceira norma ou interpretação arguida de inconstitucional constitui inequivocamente *ratio decidendi* do Acórdão recorrido.

K. Importa a esse respeito, ter presente que, apesar da formulação mais ampla e genérica usada pelas ora Recorrentes na sua motivação de recurso para o TRL, no seu requerimento de interposição do presente recurso, as Recorrentes limitaram o objeto do presente recurso apenas a uma parte ou aspeto da inicial alegação de inconstitucionalidade (em função de também a ela se ter cingido o Tribunal a quo na decisão recorrida), a saber: «*Num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração*».

L. Esta interpretação apresenta inequívoca dimensão normativa, no sentido em que ela é de assumir no sistema de fiscalização concreta que vigora no nosso ordenamento jurídico.

M. Face ao exposto, deve ser admitido o conhecimento do objeto do presente recurso.

3. Da apreensão de mensagens de correio eletrónico

A) *Inconstitucionalidade da norma dos artigos 18.º a 21.º do RJC, quando interpretados no sentido da admissibilidade da referida apreensão*

N. Não pode aceitar-se que, como afirma o TRL, "*da previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC facilmente se encerra que ela acomoda, per se, sem qualquer vazão previewal, a prática que foi adotada pela AdC*", e que este normativo "*garante, por isso mesmo, o respeito pelo princípio da reserva de lei necessário a este procedimento da AdC*" (p. 21 do Acórdão do TRL).

O. Em primeiro lugar, o artigo 34.º, n.º 4, da CRP é claro ao ressaltar apenas do princípio da inviolabilidade os "casos previstos na lei em matéria de processo criminal", excluindo assim - desde logo, literalmente - a apreensão nos processos de natureza contraordenacional, como sucedeu nos presentes autos.

P. Mais: tem-se ainda recusado, à luz do mesmo artigo, a exportação da prova obtida no quadro do processo criminal para outros tipos de processo.

Q. Também o recente Acórdão do Tribunal Constitucional ("TC") n.º 687/2021, de 30.08.2021, proferido no âmbito do processo n.º 830/2021, a propósito da alteração proposta ao artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro ("Lei do Cibercrime") - que previa nomeadamente a alteração de competência, para autorizar a apreensão de mensagens de correio eletrónico, do juiz para a "autoridade judiciária competente" -, não deixa margem para dúvidas de que a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações semelhantes apenas pode ocorrer em processo criminal ("reserva absoluta do processo penal"), encontrando-se a mesma absolutamente vedada em qualquer processo contraordenacional.

R. *Em segundo lugar*, sempre tal proibição de apreensão de correspondência eletrónica (aberta ou não) no quadro de um processo contraordenacional decorreria dos princípios constitucionais vigentes, designadamente do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

S. Com efeito, seria absolutamente desproporcional e injustificado permitir - para investigação de ilícitos de mera ordenação social, por definição de menor desvalor axiológico e ético-jurídico - a (mesma) restrição dos mesmos direitos fundamentais possibilitada para investigação de ilícitos criminais nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da CRP.

T. Além disso, note-se que nos deparamos, não com uma mera compressão de uma garantia processual, mas sim com uma verdadeira compressão de um direito fundamental material.

U. O que, simultaneamente: i) torna inaplicável a argumentação recorrentemente utilizada em matéria processual para justificar a admissibilidade de redução de determinadas garantias processuais no âmbito do



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

processo contraordenacional; ii) e reclama uma ponderação (ainda mais) rigorosa e estrita (*rectius*, cingida à letra do texto constitucional do artigo 34.º da CRP) de qualquer compressão a esse direito fundamental material.

V. Em terceiro lugar, também o direito positivo infraconstitucional tem seguido (e com isso reforça) a interpretação constitucional segundo a qual é inadmissível da apreensão de mensagens de correio eletrónico (abertas ou não) no âmbito de um processo contraordenacional. Veja-se, desde logo, o artigo 42.º do RGCO.

W. E se acaso não fosse claro este artigo - sem conceder -, sempre se aplicariam subsidiariamente as regras do processo criminal (ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, do RJC) que, como veremos infra, exigiriam inequivocamente a intervenção de juiz, que não se verificou no caso dos presentes autos.

X. Para além de a busca e apreensão de correspondência eletrónica não serem admissíveis em processo de contraordenação em geral (cfr. artigo 42.º do RGCO), também não o são em processo de contraordenação relativo a práticas restritivas da concorrência, pelas razões que a doutrina tem salientado.

Y. Com efeito, nenhuma disposição do RJC, incluindo os seus artigos 18.º e 20.º, habilitam a AdC a apreender mensagens de correio eletrónico.

Z. Também dos elementos histórico, racional e teleológico, decorrentes da diversa natureza das infrações, se retira a mesma conclusão.

AA. Em síntese: o sentido e os limites do n.º 4 do artigo 34.º da CRP são, portanto, claros, concordantes com os restantes princípios constitucionais, para além de se projetarem no (e serem confirmados pelo) ordenamento jurídico infraconstitucional.

BB. As exigências resultantes do artigo 34.º, n.º 4, da CRP têm estado, aliás, em cima da mesa na discussão das recentes propostas de alteração ao atual artigo 18.º, n.º 1, do RJC, invocado nos presentes autos para apreensão de correio eletrónico.

CC. A proposta de alteração ao artigo 18.º do RJC, constante da Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.a que transpõe a Diretiva (UE) 2019/1 (ECN+), ainda em discussão na presente data (por forma a incluir a possibilidade de se proceder à busca e apreensão de "mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante") - correspondente na verdade à interpretação sustentada nos presentes autos (já) diante da atual redação da alínea c), do n.º 1, do artigo 18.º, do RJC (!) -,

DD. Para além de ser absolutamente reveladora da inadmissibilidade de se proceder à apreensão de correio eletrónico com base na atual redação da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC,

EE. Tem merecido a crítica de diversas entidades (tais como Comissão da Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação - CEIOPH - e pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias - CACDLG), que já se pronunciaram sobre a sua inconstitucionalidade, precisamente atendendo ao disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP (salientando ainda o visível conflito com o disposto no RGCO, no CPP e na Lei do Cibercrime).

FF. Os fundamentos apresentados por tais entidades para a recusa de uma tal alteração legislativa coincidem com os que as ora Recorrentes opõem à interpretação sustentada nos presentes autos (já) em face do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), na sua atual redação (!).

GG. Interpretação essa que é, como se vê, claramente inconstitucional.

HH. Um outro argumento é derivado da recente Diretiva (UE) 2019/1: "*quanto ao sentido abrangente da alínea c) do n.º 1 do art.º 18.º, da LdC, ele parece-nos claro e tem agasalho na Diretiva (UE) 2019/1, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11-dez-2018, como resulta quer dos considerandos 4, 30, 32, 34, 35 e 73, quer das normas dos art.ºs 6.º e 32.º desta Diretiva*" (TRL, p. 25).

II. À data da compressão dos direitos fundamentais das Recorrentes, consubstanciada nas ilegais diligências de busca e apreensão de correspondência eletrónica (ie., em fevereiro de 2017), não tinha sido aprovada, publicada nem entrado em vigor a Diretiva (UE) 2019/1 (ie., a 4.2.2019 - cf. artigo 36.º da Diretiva).

JJ. Esta Diretiva seria sempre inaplicável no caso dos autos, porquanto a mesma, e bem, mesmo que contivesse comandos normativos no sentido da interpretação proposta pelo TRL (no que se não concede),



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

não prevê qualquer aplicação retroativa, muito menos retroativa a factos anteriores à sua própria aprovação e publicação, por força dos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade (Acórdão do Tribunal de Justiça de 4.7.2006, Adeneler e o., C-212/04, EU:C:2006:443, n.º 110).

KK. Como esclareceu o Tribunal de Justiça nesse acórdão (citado pelo TRL, p. 27), "*a obrigação de o juiz nacional tomar como referência o conteúdo de uma diretiva quando procede à interpretação das normas pertinentes, do direito interno é limitada pelos princípios gerais de direito, designadamente os da segurança jurídica e da não retroatividade, e não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do direito nacional*"^[1].

LL. Nesta perspetiva, é um princípio geral de direito que, por ser parte integrante da ordem jurídica da União^[2], é elevado à categoria de princípio fundamental do direito da União^[3], do qual resulta, nessa qualidade, que a legislação dever ser 'certa' e a sua aplicação 'previsível' pelos sujeitos de direito que por ela são abrangidos^[4].

MM. Ora, é inequívoco que o direito da UE - os tratados ou a legislação - não impõe essa interpretação de forma "certa" e a aplicação "previsível".

NN. A aplicação das regras estabelecidas na Diretiva - tal como erradamente interpretadas - ao caso dos presentes autos violaria ainda a proibição de aplicação retroativa das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, estabelecida no artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, e reconhecida, como dito acima, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

OO. Não impondo o direito europeu (a Diretiva (UE) n.º 2019/1 ou outro instrumento legislativo de matriz europeia) a obrigatoriedade de o direito nacional possibilitar a apreensão de correspondência eletrónica em processos por infração às regras do Direito da concorrência, não faz qualquer sentido uma tese de interpretação conforme a uma jurisprudência inexistente do Tribunal de Justiça.

PP. O objetivo principal da mencionada obrigação de "interpretação conforme" é, como o caso dos autos justamente revela, evitar que um Estado membro possa tirar proveito da sua inobservância do direito da União (Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26.2.1986, *Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, C- 152/84, EU:C:1986:84, n.º 47 e de 8.10.1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, EU:C:1987:431, n.º 9; de 14.7.1994, *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, n.º 22, e de 7.3.1996, *El Corte Inglés*, C-192/94, EU:C:1996:88, n.º 16).

QQ. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem sido extremamente cauteloso na utilização da doutrina do "efeito indireto" ou da "interpretação conforme" no domínio dos direitos penal e contraordenacional, em que a certeza jurídica é particularmente importante na salvaguarda dos direitos fundamentais e das liberdades dos indivíduos e das empresas. Em *Arcaro*, o Tribunal de Justiça decidiu, perante a falta de transposição completa de uma diretiva no prazo fixado, que: "(...) *uma diretiva não pode ter como efeito, por si própria e independentemente de uma lei interna de um Estado-Membro adotada para sua aplicação, determinar ou agravar a responsabilidade penal daqueles que infringem as suas disposições*" (Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.9.1996, *Luciano Arcaro*, C-168/95, EU:C:1996:363, n.º 37).

RR. Mas mesmo que fosse pertinente qualquer exercício de "interpretação conforme", o que aqui apenas se equaciona por mero dever de patrocínio, a doutrina tem entendido que não há nenhuma norma da diretiva, nem sequer o artigo 32.º da Diretiva (UE) 2019/1, que exija a solução proposta no anteprojeto ou a interpretação proposta pelo TRL.

SS. Os considerandos do preâmbulo da diretiva não dispõem de valor jurídico obrigatório, e não podem impor-se à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, à Constituição portuguesa, aos direitos fundamentais, incluindo os princípios da União e do Estado de Direito (artigos 2.º e 6.º do Tratado da UE), e ao direito à reserva da vida privada, previsto e protegido no art. 26.º, n.º 1, da CRP e no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

TT. Não impondo o direito europeu (seja a Diretiva (UE) n.º 2019/1 ou qualquer outro instrumento de direito da União) a obrigatoriedade de o direito nacional possibilitar a apreensão de correspondência eletrónica em diligências de busca e apreensão em processos por infração às regras do Direito da concorrência, não impenderá sobre os tribunais nacionais qualquer obrigação de interpretação do direito nacional conforme a uma Diretiva que não existia sequer à data dos factos.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

UU. Isto mais ainda quando o direito da UE não impõe sequer aquele resultado interpretativo, por não existir qualquer jurisprudência do Tribunal de Justiça que imponha a licitude da apreensão de correspondência eletrónica em processos por infração ao direito da concorrência.

VV. E isto é assim agora e assim será também quando a Diretiva (UE) n.º 2019/1 tiver sido adequadamente transposta para o ordenamento jurídico pátrio.

WW. Em quinto e último lugar, nem se diga, como o fez o TRL, que "os emails (...) não constit[uem], por isso «correspondência» na aceção da Constituição da República Portuguesa", ou que tais mensagens de correio eletrónico "não são privadas, na aceção liberal que nos é trazida pela norma princípio do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa" (p. 23 do Acórdão do TRL, sublinhados nossos).

XX. A doutrina e jurisprudência têm recusado - e bem - tal entendimento.

YY. Começando pela subsunção das mensagens de correio eletrónico (ainda que *abertas*) no conceito de *correspondência*, como sintetiza no Parecer junto autos (que, por comodidade, de novo se junta) o Senhor PROFESSOR AUGUSTO SILVA DIAS, "*nem a LdC nem o RGCO preveem a busca e apreensão desta correspondência eletrónica. Trata-se de uma lacuna intencional e constitucionalmente imposta. A explicação para isso reside no art. 34.º n.º 4 da CRP que interdita expressamente às autoridades públicas toda a ingerência ... na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo penal*" (sublinhado nosso). (...) (cfr- Parecer, p. 15).

ZZ. Acresce que o ordenamento jurídico infraconstitucional confirma igualmente a subsunção das mensagens de correio eletrónico (*abertas* ou não) no conceito de "correspondência", sobretudo após a entrada em vigor da Lei do Cibercrime, aprovada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

AAA. A distinção entre mensagem de correio eletrónico fechada e aberta é inútil e anacrónica, desde logo porque o ato de assinalar uma mensagem como lida normalmente nada tem a ver com a efetiva apreensão do seu conteúdo pelo destinatário, pois o aberto ou não aberto ou, mais corretamente, lido ou não lido, não é uma qualquer forma de proteção do conteúdo da mensagem, contrariamente ao que sucede com os envelopes no correio corpóreo,

BBB. Pode, aliás, dizer-se que, pelo menos de jure constituto, para a maioria da doutrina, a proteção do sigilo de correspondência abrange todas as mensagens recebidas e armazenadas, mesmo que já estejam abertas e porventura lidas (veja-se ainda o Parecer do Senhor Professor Augusto Silva Dias, p. 11).

CCC. O legislador demonstra ter bem presente a distinção, para o efeito da respetiva apreensão, entre documentação e correspondência ou correio eletrónico - o que é bem revelado pela redação dada ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime e respetiva remissão para o artigo 179.º do CPP e também pelas recentes propostas de alteração ao atual artigo 18.º, n.º 1, alínea c) do RJC - recorde-se, invocado nos presentes autos para apreensão de correio eletrónico - a que nos referimos supra.

DDD. Note-se que a proposta legislativa de alteração do artigo 18.º do RJC em discussão passa a referir-se expressamente às "mensagens de correio eletrónico", a par (e não dentro) da categoria "documentos".

EEE. Tal proposta de alteração *para futuro* é, portanto, absolutamente reveladora da impossibilidade de, no presente (e, bem assim, *à data dos factos aqui em causa*), se apreender correio eletrónico nos termos da redação ainda vigente da alínea c), do n.º 1, do artigo 18.º do RJC.

FFF. Não podem, por isso, servir os presentes autos de pretexto para uma aplicação retroativa de uma lei que nem sequer entrou ainda em vigor...

GGG. No limite, ainda que se considerasse - como o fez o Acórdão do TRL indevidamente - que tais e-mails não se subsumem no conceito de "correspondência" do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, sempre se teria de considerar serem subsumíveis "*nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação*" igualmente tutelados pelo referido preceito constitucional.

HHH. Recentemente, o TC deu também nota da evolução doutrinária no sentido da irrelevância da distinção entre correio eletrónico lido e não lido, irrelevância que essa que acolheu no já citado Acórdão n.º 687/2021.

III. Já quanto ao segundo argumento alinhado pela decisão recorrida - o de que as mensagens em causa no presente caso "*não são privadas*" - tenha-se presente que a doutrina sustenta que: i) o universo de



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

destinatários é irrelevante para a afetação do carácter privado da correspondência; ii) assim como o é o seu conteúdo.

JJJ. Por fazer parte da noção de correspondência, o correio eletrónico está sempre protegido, pelo menos pelo direito à inviolabilidade da correspondência, ao abrigo do artigo 34.º da CRP, extensível às pessoas coletivas através do seu artigo 12.º, n.º 2.

KKK. Por último, note-se que as pessoas coletivas também são titulares do direito fundamental consagrado no artigo 34.º da CRP, assim como do direito a um processo equitativo (artigo 6.º da CEDH) e do direito à proteção da correspondência e das instalações (artigo 8.º da CEDH), que foram também inequivocamente violados no caso dos presentes autos.

LLL. Em qualquer caso - e independentemente da circunstância de a Diretiva (UE) 2019/1 não impor a licitude da apreensão de correspondência eletrónica em diligências de buscas e apreensão ao abrigo do direito nacional e europeu da concorrência impõe-se constatar que a Diretiva é muito posterior às buscas e apreensões realizadas nos presentes autos e em causa no presente recurso, não podendo, pois, ser-lhes aplicadas, sob pena de violação do artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, e dos princípios gerais de direito da UE.

MMM. Adicionalmente, a Constituição portuguesa - não contraditada pelo direito da União Europeia - impõe em matéria de apreensão de correspondência a "*reserva absoluta de processo criminal*", como foi exemplarmente exposto pelo Tribunal Constitucional, por último, no seu já citado Acórdão n.º 687/2021.

NNN. Conclui-se, portanto, que, além de infundada no plano da lei ordinária, a interpretação dos artigos 18.º a 21.º do RJC, no sentido de que:

Em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas É inconstitucional, por violação do artigo 18.º, n.º 2, e do artigo 34.º, designadamente n.º 4, da Constituição, violando, ainda, os artigos 6.º e 8.º da CEDH, e o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais, que "tem o mesmo valor jurídico do que os tratados" (artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia).

B) Inconstitucionalidade da norma extraída dos artigos 18.º a 21.º do RJC, quando interpretada no sentido de as buscas e apreensões de mensagens de correio eletrónico poderem ser simplesmente autorizadas pelo MP

OOO. Ainda que se admitisse a apreensão de correio eletrónico no domínio contraordenacional por práticas restritivas da concorrência (sem conceder), não poderia deixar de se exigir a autorização prévia de um juiz para esse efeito.

PPP. Sob pena de nem sequer se fazer acompanhar o alargamento (indevido e insustentável) do âmbito de aplicação da ressalva final do n.º 4 do artigo 34.º da CRP ao processo de contraordenações das garantias processuais mínimas impostas pela Constituição em matéria de correspondência eletrónica.

QQQ. E fácil é, hoje, demonstrá-lo: para além da doutrina maioritária nesse sentido, acaba de ser declarado pelo TC, no seu Acórdão n.º 687/2021, de 30 de agosto (cfr. n.º 46), com ampla e insuperável fundamentação, para a qual se remete e que aqui se dá por inteiramente reproduzida, a inconstitucionalidade da atribuição Ministério Público, em sede de inquérito, e na qualidade de *autoridade judiciária competente*, de competência para autorizar ou ordenar a apreensão de mensagens de correio eletrónico, abertas ou fechadas.

RRR. E é uma evidência que uma tal solução valeria no processo de contraordenações, não apenas por *identidade*, mas por *maioria de razão*.

SSS. No sentido dessa exigência de autorização judicial em processo de contraordenação - subsidiariamente - se pronunciou o saudoso Senhor Professor Doutor Augusto da Silva Dias (Parecer, p. 17) e também a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), no seu Parecer/2021/80, sobre a Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.a que transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, a respeito da proposta de redação do n.º 2 do artigo 18.º que manteve a referência à "*autoridade judiciária competente*" (cfr. n.º 49).

TTT. A fundamentação do já referido Acórdão do TC - no sentido de que "*a intervenção de um juiz - com as virtudes de independência e imparcialidade que tipicamente a caracterizam - é essencial para uma tutela efetiva desses direitos, mesmo nos casos em que estes devam parcialmente ceder, em nome da salvaguarda de outros bens jusconstitucionalmente*



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

consagrados" conduz em linha reta à conclusão de que, caso fossem permitidas tais buscas e apreensões em processo de contraordenação (sem conceder), seria exigida a autorização judicial prévia (cfr. n.ºs 42-44).

UUU. Como o TC expressamente assinala, o que está em jogo é pura e simplesmente uma intervenção cujo conteúdo e fim é exclusivamente a tutela de direitos fundamentais.

VVV. Exigência que não desaparece misteriosamente, seja qual for a espécie de processo que esteja em causa, e seja qual for a posição que o MP nela tiver e muito menos quando as buscas e apreensões de correio eletrónico são promovidas e realizadas por autoridades administrativas a que falece o estatuto constitucional do MP.

WWW. Se a doutrina do Acórdão do TC n.º 687/2021 se aplica aos processos de contraordenação, tem de se acrescentar que, bem vistas as coisas, essa aplicação se dá também por maioria de razão, não só porque também vale neste domínio o princípio da legalidade (cfr. artigos 2.º e 43.º do RGCO e acórdão do TRE, de 11.07.2013), como garantia mínima contra abusos investigatórios (artigo 32.º, n.º 10, da CRP),

XXX. Mas também por força do princípio da proporcionalidade (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP): aceitar-se-ia uma mais ampla (*rectius*, fácil) restrição do mesmo direito fundamental consagrado no artigo 34.º da CRP para investigação, não de ilícitos criminais (cfr. n.º 4 do artigo 34.º da CRP), mas de meros ilícitos contraordenacionais, por definição de menor desvalor ético-jurídico (veja-se os já citados acórdão do TC n.º 687/2021, n.º 40, e Parecer da CNPD, n.º 26).

YYY. Não se vendo motivo pelo qual poderia o regime da autorização judicial para apreensão de correio eletrónico decorrente do artigo 17.º da Lei do Cibercrime (mas já antes dos artigos 179.º, 187.º, 189.º e 190.º do CPP) ser diferente no âmbito do direito contraordenacional da concorrência, nem conceber-se como poderão as apreensões de correspondência ou correio eletrónico não ser vistas como integrando o universo de "atos mais sensíveis" (acórdão do TRL, p. 24), quando no domínio processual penal pertencem claramente a esse universo.

ZZZ. E muito menos se concebe que possa vingar a tese de que "o juiz de instrução, enquanto «juiz das liberdades» é uma autoridade exclusiva do processo penal" (cfr. acórdão do TRL, p. 24).

AAAA. Entrando progressivamente o direito das contraordenações em territórios que anteriormente eram apenas ocupados pelo direito penal - recorrendo aos seus meios (como, no caso, às apreensões de correspondência e comunicações), com o correspondente, potencial lesivo de direitos fundamentais dos visados -, não pode deixar de conferir as mesmas garantias mínimas, constitucionalmente previstas.

BBBB. A que acresce um argumento adicional: se no contexto de um processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência surgissem indícios de prática de crime(s), e o processo fosse remetido, como deveria, ao MP (artigo 38.º do RGCO ex vi artigo 13.º, n.º 1, do RJC), já as buscas e apreensões das (mesmas) mensagens de correio eletrónico teriam necessariamente de ser autorizadas por Juiz, sob pena de nulidade (artigo 179.º do CPP ex vi artigo 17.º da Lei do Cibercrime).

CCCC. A ser assim, tal diferença abissal de regime (do ponto de vista das garantias) redundaria numa diferente tutela dos mesmos direitos fundamentais postos em crise (in casu, consagrados no artigo 34.º, n.º 4, da CRP), acautelando-se mais a posição processual da pessoa que se encontrasse indiciada por factos mais graves, que consubstanciassem, para além de contraordenação, crime, pois nesse caso beneficiaria de um regime mais garantístico.

DDD. Pelo que tal interpretação viola, outrossim, o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP).

EEEE. Em síntese, a ser admissível a busca e apreensão de correspondência eletrónica neste tipo de processo, quanto a elas, a expressão "*autoridade judiciária*" constante dos artigos 18.º, n.º 2, e 20.º do Regime Jurídico da Concorrência ("RJC") seria sempre de interpretar, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do CPP, como Juiz de Instrução (ou, *rectius*, como TCRS).

FFFF. Como assinalou a CNPD, no seu parecer supra citado: "*não pode admitir-se uma solução que preveja um novo elemento de validação de obtenção da prova no que respeita a mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante. Tal solução constituiria um desvio ao regime geral do processo contraordenacional e contraditória, em absoluto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), traduzindo-se numa degradação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados*" (págs. 2v e 3, sublinhados nossos)".

GGGG. Conclui-se, assim, que a interpretação dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que:



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público.

É **inconstitucional**, por violação dos artigos 13.º, 18.º, n.º 2, 34.º, designadamente n.º 4, e 32.º, n.º 4 da Constituição, violando, ainda, os artigos 6.º e 8.º da CEDH.

C) Inconstitucionalidade da norma dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alínea h) e f) do RJC quando interpretados conjuntamente no sentido de admitir a realização de buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração

HHHH. Ainda que se entenda, no que não se concede, que são admissíveis buscas e apreensões de correio eletrónico e que a sua autorização compete ao MP (e não ao juiz de instrução), a apreciação da necessidade e proporcionalidade de tais diligências deveria ter sido feita no presente caso.

IIII. Em suma: o Despacho de 20.01.2017, para além de ser irrelevante e de não poder ser invocado perante as ora Recorrentes, por não autorizar buscas nas suas instalações, não indicava quaisquer factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão na sede das ora Recorrentes.

JJJJ. Quanto, por outro lado, ao Despacho de 02.02.2017, único que se autorizava a busca e apreensões na sede das ora Recorrentes, é patente que era totalmente genérico quanto aos factos ilícitos imputados, mesmo relativamente às pessoas das Empresas visadas ou envolvidas.

KKKK. A interpretação de que expressamente arranca o TRL, segundo a qual se podem realizar buscas e apreensões, em geral e - ainda mais de correspondência eletrónica - desde que tenham por finalidade a obtenção de prova, sem ser necessária a existência de indícios e factos concretos que a fundamentem é evidentemente inconstitucional.

LLLL. Pois da Constituição emanam exigências de delimitação do âmbito das buscas autorizadas, assim como - conseqüente e necessariamente - de fundamentação e suficiente indicição do despacho que as autorize.

MMMM. Exige-se constitucionalmente que qualquer busca e apreensão - sempre limitadora de direitos fundamentais - se submeta às exigências resultantes do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

NNNN. Estes princípios jurídico-constitucionais impõem-se não só às restrições legais, mas também às intervenções restritivas decididas ou autorizadas - pelo juiz.

OOOO. É inequívoco que as restrições legais refletem, como não poderia deixar de ser, as exigências resultantes do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, ao estabelecerem como pressupostos deste tipo de diligências: a existência de fundados indícios de prática de infração; e, concomitantemente, de fundadas razões para crer que meios de prova se encontram em dado local (cfr. artigos 174.º, n.ºs 1 e 2, 179.º, n.º 1, 187.º, n.º 1).

PPPP. É mais do que evidente para a doutrina, para a jurisprudência e para a própria Lei ordinária (incluindo o próprio RJC, que o torna muito claro no art. 77.º, n.º 1, al. a)) que, por força do caráter restritivo de direitos fundamentais dos meios de obtenção de prova (mais a mais, no caso, de busca e apreensão de correspondência eletrónica), o princípio constitucional da proporcionalidade exige que haja elementos e meios de prova que lhe permitam fundamentar as diligências - o que necessariamente passa pela existência de uma suspeita prévia de factos concretos que constituem infração em investigação.

QQQQ. É evidente que este juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade - a impor a existência de indícios e factos concretos a cuja investigação se dirijam os meios restritivos de obtenção de prova - tem de ser feito à luz dos indícios conhecidos à data da referida autorização.

RRRR. Também em processo de contraordenação pela suspeita de práticas restritivas da concorrência, como não poderia deixar de ser, a busca tem de se dirigir à investigação de uma infração da qual haja notícia - e a cujo esclarecimento se dirige o processo em que é realizada.

SSSS. E, portanto, é evidente que a interpretação feita e aplicada pelo Tribunal *a quo* - no sentido de que num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem necessidade de "*factos e indícios concretos*" e, portanto, *sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração* é inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição).



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

TTTT. As exigências de proporcionalidade, a que nos temos vindo a referir, também têm eco no Direito da União Europeia, incluindo no artigo 5.º, §3, do Tratado da UE, e também aplicáveis na nossa ordem interna (artigo 8.º, n.º 4, da CRP).

UUUU. A jurisprudência da União Europeia tem sublinhado a importância da fundamentação das decisões proferidas neste tipo de diligências e o seu papel limitador e preventivo de ingerências desnecessárias e desproporcionais.

VVVV. Em suma, a interpretação conjugada dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alínea h) e f), do RJC no sentido de que

«Num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração»

é **inconstitucional** por violação do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição), do direito à privacidade (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), à liberdade geral de ação (artigo 27.º, n.º 1, da Constituição), ao sigilo de correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação (artigo 34.º da Constituição), à liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º da Constituição), à propriedade privada (artigo 62.º da Constituição)».

6. As recorrentes juntaram ainda um parecer jurídico, incidente sobre a validade legal e constitucional das diligências de buscas e apreensão apreciadas na decisão ora recorrida.

7. O Ministério Público contra-alegou, concluindo do seguinte modo:

«[...]

69. No presente recurso, interposto pelas visadas **A., S.A. e B., S.A.**, em **5 de junho de 2020**, a **fls. 1211 a 122** dos autos supre epigrafados, foi, por elas, suscitada a apreciação de três questões de constitucionalidade, a saber, a da inconstitucionalidade da *“interpretação dos artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC)” no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas*; a da *“inconstitucionalidade da norma extraída dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público”* e, por fim, a da inconstitucionalidade da *“interpretação conjugada dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alínea b) e f), do RJC no sentido de que «Num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração»*.

70. Este recurso foi interposto pelas visadas *“(…) com fundamento na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da mesma Lei [n.º 28/82]”*.

71. No que respeita aos parâmetros de constitucionalidade cuja desconformidade é invocada, indicam as visadas a *“violação do artigo 34.º, designadamente do n.º 4, da Constituição”*, no que toca à primeira questão; a *“violação dos artigos 34.º, designadamente n.º 4, e 32.º, n.º 4 da Constituição”*, no que concerne à segunda; e a *“a violação do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição), do direito à privacidade (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), à liberdade geral de ação (artigo 27.º, n.º 1, da Constituição) à liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º da Constituição) e à propriedade privada (artigo 62.º da Constituição), violando, ainda, os artigos 6.º e 8.º da CEDH”*, no referente à terceira questão.

72. Sobre tal recurso recaiu o douto despacho da Exm.ª Sr.ª Conselheira relatora de 14 de julho de 2021, a fls. 1228, ordenando que se notificassem as partes para alegar *“pronunciando-se sobre a possibilidade de não conhecimento do objeto do recurso com fundamento na não verificação do pressuposto relativo à ratio decidendi e, quanto à última questão de constitucionalidade enunciada, também com fundamento na ausência de dimensão normativa do objeto do recurso”*.

73. É, conseqüentemente, sobre o objeto supradelimitado, parametrizado pelo conteúdo do douto despacho mencionado, que passaremos a pronunciar-nos.

74. Esta recomendação desvenda uma perceção que não podemos deixar de acolher, quer no tocante aos seus fundamentos, quer no que respeita às suas conseqüências jurídico-processuais, e que procuraremos ajudar a corroborar.

75. Com efeito, em linha com o sugerido, afigura-se-nos que não deverá o Tribunal conhecer de qualquer das questões de constitucionalidade que integram o objeto do presente recurso, uma vez que,



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

segundo entendemos, as interpretações normativas contestadas pelas recorrentes não constituem *ratio decidendi* da decisão judicial impugnada.

76. Mais acresce, no que à terceira questão de constitucionalidade concerne, que a interpretação rejeitada não apresenta dimensão normativa.

77. Na verdade, se bem atentarmos no conteúdo da primeira questão de constitucionalidade suscitada pelas recorrentes, formulada no seu requerimento de interposição de recurso, a da inconstitucionalidade da “*interpretação dos artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência («RJC») no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas*”, facilmente nos apercebemos que a mesma não constituiu critério de decisão proferida pelo douto tribunal “*a quo*”.

78. Primeira e mais relevantemente, apuramos, ao cotejarmos o conteúdo do douto acórdão recorrido com a interpretação normativa invocada pelas recorrentes, que os mesmos não são coincidentes, uma vez que aquele não usou esta como seu efetivo fundamento de direito ou sua *ratio decidendi*.

79. Na realidade, muito embora a douta decisão recorrida tenha considerado e se tenha pronunciado, no contexto da sua fundamentação, sobre a qualidade do “*correio eletrónico já aberto e lido*”, considerando-o informação em arquivo, excludente, por isso mesmo, da sua eventual natureza de correspondência, ou seja, de “*comunicação que está em trânsito*”, não consubstanciou exclusivamente nas invocadas “*mensagens de correio eletrónico abertas*” o objeto da sua ponderação.

80. O douto tribunal “*a quo*” pronunciou-se, isso sim, sobre “*a documentação física e não física, existente fora ou dentro do ambiente digital, guardada fora e/ou dentro de suporte digital*”, na qual integrou, é certo, “*o correio eletrónico já aberto e lido*”, não tendo o seu veredicto, em rigor, incidido sobre o objeto delimitado pelas recorrentes, ou seja, sobre as mensagens de correio unicamente abertas.

81. Para além disso, distintamente do configurado pelas recorrentes, o douto tribunal “*a quo*” não se pronunciou sobre a matéria das buscas, nomeadamente de buscas incidentes sobre mensagens de correio eletrónico abertas.

82. Ou seja, também por esta razão, não constitui a interpretação normativa contestada pelas recorrentes *ratio decidendi* da douta decisão impugnada, a qual, conforme apuramos, não se pronunciou, em qualquer momento decisivo do seu percurso argumentativo, sobre a busca de mensagens de correio eletrónico abertas.

83. A acrescentar às inferências agora adquiridas, impõe-se-nos assinalar que a pertinente identificação da interpretação normativa que constituiu *ratio decidendi* da decisão recorrida exige que o suporte tangível de tal acervo normativo, o conjunto de disposições legais que o materializam, não possa deixar de ser preciso, rigoroso, delimitável, inteligível e, fundamentalmente, que tenha sido efetivamente aplicado pelo decisor “*a quo*”.

84. Ora, a enunciação de uma questão de constitucionalidade de forma expressa, direta, clara e perceptível não pode deixar de se consubstanciar numa inequívoca formulação semântica extraível de um preceito ou de vários preceitos identificáveis e individualizáveis, o que não ocorre na situação que nos ocupa, uma vez que a copiosa e massiva indicação de disposições legais acaba por impossibilitar a determinação da base material da interpretação normativa cuja constitucionalidade é contestada.

85. Ou seja, o preceito do qual se extrai a norma impugnada deve ser discernível, o que não ocorre se o mesmo não for indicado ou se, pelo contrário, forem indicados tantos preceitos que impeçam que se apure qual aquele que constitui o suporte semântico da interpretação normativa controvertida.

86. Consequentemente, por força da conjugação dos distintos argumentos acabados de explanar, afigura-se-nos que não deverá o **Tribunal Constitucional**, em nosso entender, conhecer do objeto da primeira questão de constitucionalidade suscitada pelas recorrentes.

87. De igual modo, no que tange à segunda questão de constitucionalidade, as recorrentes identificaram imprecisamente o objeto da pronúncia do douto tribunal “*a quo*” que, conforme apurámos, não fez incidir o seu juízo sobre as “*mensagens de correio eletrónico abertas*” nem, sequer, sobre a matéria das buscas, nomeadamente das buscas respeitantes a tais mensagens de correio eletrónico e, por fim, que não sustentou a sua decisão no vasto e indiscriminado número de comandos legais elencados pelas impugnantes.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

88. Perante esta constatação, a de que a interpretação normativa contestada e impugnada pelas recorrentes não constituiu o objeto da decisão proferida pelo douto tribunal “*a quo*”, torna-se inútil e ocioso, apreciar, ainda assim, da compatibilidade constitucional da competência do Ministério Público para autorizar as buscas e apreensões estranhas ao corpo da *ratio decidendi* da douta decisão recorrida.

89. Atento o explanado, e mais uma vez, sustentamos que não deverá o **Tribunal Constitucional** conhecer, igualmente, do objeto desta segunda questão de constitucionalidade convocada pelas recorrentes.

90. Por fim, no que concerne à terceira questão de constitucionalidade, corroborando o entendimento sugerido pela Exm.^a Sr.^a Conselheira relatora, afigura-se-nos, igualmente, que, quer com fundamento na não verificação do pressuposto relativo à “*ratio decidendi*”, quer com fundamento na ausência de dimensão normativa do objeto do recurso, não deverá o Tribunal Constitucional conhecer do objeto do presente recurso.

91. Na verdade, em nenhum passo da douta decisão recorrida se defende, exterioriza ou, sequer, se admite que quaisquer buscas ou apreensões que devam ter lugar no âmbito de um processo por prática restritiva da concorrência sejam realizadas “*sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração*”.

92. Consequentemente, não constituiu *ratio decidendi* da decisão impugnada a invocada interpretação da lei consubstanciada na afirmação de que “*num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração*”.

93. Por fim, voltando a concordar com o doutamente sugerido pela Exm.^a Sr.^a Conselheira relatora, acrescentaremos que a asserção formulada pelas impugnantes como terceira questão de constitucionalidade não se reveste de dimensão normativa, consubstanciando um mero critério (e, nem sequer, aplicado) de decisão concreta e, como bem sabemos, o processo constitucional configura-se como um contencioso de normas e não de meras «decisões» “*qua tale*”.

94. Afirmar que num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência se possam ter realizado buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração, critério de atuação que não dimanava de qualquer preceito legal, de entre os invocados pelas recorrentes, apenas se pode entender como um padrão de decisão do caso concreto e nunca como um objeto normativo.

95. Em consequência, também por esta razão, qual seja, a da falta de dimensão normativa do conteúdo desta questão de constitucionalidade, não deverá o **Tribunal Constitucional** tomar conhecimento do objeto do recurso no que concerne, igualmente, à terceira questão de constitucionalidade.

96. Todavia, para a hipótese, meramente académica, que sem conceder, admitimos, de que assim se não entenda, não deixaremos de proporcionar algumas, necessariamente breves, reflexões sobre algumas das dimensões substantivas das questões propostas pelas recorrentes.

97. Desde logo, no que concerne à última questão de constitucionalidade, atento o seu afastamento da realidade do presente processo e mesmo, diga-se, da racionalidade judiciária, pouco acrescentaremos, uma vez que a sua formulação, carente de correspondência na letra da decisão e de dimensão normativa, apenas nos permitimos reproduzir o já exposto e lembrar que, carecendo de dimensão normativa, a interpretação convocada não pode merecer um juízo substantivo de inconstitucionalidade.

98. Quanto à primeira questão de constitucionalidade, conforme já tivemos ocasião de constatar, designadamente através da perceção da apreciação efetuada pelo douto tribunal “*a quo*”, a visualização, e mesmo a apreensão, de conteúdos documentais que, num dado momento histórico, possam ter sido transmitidos por correio eletrónico mas que no momento relevante da sua aquisição processual, já após terem sido abertos ou lidos e acedidos por distintos destinatários profissionais que não os seus destinatários, não podem ser considerados em trânsito.

99. Na verdade, se tais documentos já não se encontram num processo dinâmico de comunicação ou de transmissão de informação entre um emissor e um recetor e, distintamente, se revelam reais documentos consolidados porque estabilizados após as suas abertura, leitura e divulgação, então não se pode considerar que exista correspondência ou telecomunicação nas quais as autoridades – Autoridade da Concorrência ou Ministério Público – possam exercer qualquer ingerência.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

100. Assim sendo, afigura-se-nos óbvio que a eventual apreensão de meros documentos armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos, bem como a norma que a autorize, não se revelam violadoras do disposto no **n.º 4, do artigo 34.º, da Constituição da República Portuguesa**.

101. A inferência agora alcançada condiciona e determina, igualmente, a conclusão a retirar da apreciação da segunda questão de constitucionalidade, a qual partilha com a questão anterior segmentos essenciais da sua formulação.

102. Na realidade, se a apreensão dos documentos abertos e divulgados armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos não representa uma interferência das autoridades na correspondência, nas telecomunicações ou noutro meio de comunicação, então, conforme apurámos, a proteção do disposto no **artigo 34.º, n.º 4, da Constituição**, não a tem por objeto e, conseqüentemente, não se lhe aplica.

103. Complementarmente, porque a matéria em discussão não se integra na descrita no **artigo 34.º, n.º 4, da Constituição**, nem consta de qualquer outra disposição da Lei Fundamental que a faça depender de autorização judicial e, por outro lado, porque os atos impugnados não têm natureza processual criminal e, conseqüentemente, nunca poderiam constituir atos instrutórios, também o disposto no **n.º 4, do artigo 32.º, da Constituição da República Portuguesa** se revela, aqui, inaplicável.

104. Isto é, não constituindo os atos autorizativos da apreensão dos documentos armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos, matéria da reserva jurisdicional, nada impede que os mesmos sejam autorizados por decisão da autoridade judiciária que não um juiz, ou seja, por decisão do Ministério Público.

105. Também, quanto a esta dimensão da questão de constitucionalidade se nos afigura, assim, não ocorrer qualquer violação do Texto Fundamental, quer do prescrito no **artigo 34.º, n.º 4**, quer do disposto no **artigo 32.º, n.º 4**, ambos da **Constituição da República Portuguesa**.

106. Por força de tudo o que ficou exposto, entende o **Ministério Público**, ora recorrido, que **não deverá o Tribunal Constitucional conhecer do objeto do presente recurso**.

107. Todavia, caso assim se não entenda, sempre sustentaremos, reiterando o já afirmado, que **não deverá o Tribunal Constitucional julgar inconstitucionais** a *“interpretação dos artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC) no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas”*; a interpretação *“da norma extraída dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público”* e, bem assim, a *“interpretação conjugada dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alínea b) e f), do RJC no sentido de que «Num inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração», negando, assim, provimento ao presente recurso»*.

8. A recorrida AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA apresentou contra-alegações, concluindo do seguinte modo:

«VI. Conclusões

A. A questão de constitucionalidade normativa suscitada perante este Tribunal prende-se com necessidade de escrutinar a conformidade constitucional da *“norma correspondente ao artigo 18.º n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio”* por alegada violação dos artigos 2.º, n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º, n.º 4 do artigo 32.º, n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º e 266.º, todos da CRP.

B. É assente que a Lei n.º 19/2012, por força da alínea c) do n.º 1 do seu artigo 18.º, prevê, expressamente, a apreensão de documentação independentemente do seu suporte aqui se incluindo, pelo menos, o correio eletrónico aberto e lido. O que a AdC apreende é documentação, meros documentos escritos - a que se reconduzem, neste caso, e-mails abertos e lidos -, não correspondência.

C. Ademais, o critério do correio eletrónico aberto/lido *versus* correio eletrónico fechado/não lido é o critério que tem sido acolhido como permitindo traçar a fronteira entre o que é correspondência e o que não é. Tem sido este o entendimento perfilhado pela doutrina - Santos Cabral, Conde Correia, Fernando Gama Lobo, Pedro Verdelho e Costa Andrade - e pela jurisprudência - pelo JIC de Lisboa (processos n.ºs



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

10626/18.0T9LSB e 3376/17.7T9LSB), pelo TCRS, (processos n.ºs 71/18.3YUSTR-I, 159/10.3YUSTR-A, 159/10.3YUSTR-B) e pelo TRL (processos n.ºs 744/09-1S5LSB-A.L1-9 e 229/18.5YUSTR-L2).

D. O facto de a Lei n.º 19/2012 prever, como *condição sine qua non* à busca e apreensão de correio eletrónico, *in casu* aberto e lido, uma prévia decisão de autorização fundamentada pelo Ministério Público transparece uma predeterminação normativa que exprime uma repartição de competências entre a autoridade judiciária e a autoridade administrativa e, bem assim, um equilíbrio sistémico entre poderes.

E. É ao Ministério Público que cabe assegurar a proporcionalidade da medida, apreciando previamente a sua adequação à finalidade da diligência, a sua necessidade ou indispensabilidade (cf. n.º 2 do artigo 18.º e artigo 21.º da Lei n.º 19/2012), balizando a atuação da AdC.

F. Já essa apreciação caberá ao JIC, de acordo com a lei, caso estejam em causa **(i)** buscas domiciliárias; **(ii)** buscas em escritório de advogado; **(iii)** buscas em consultório médico e **(iv)** apreensão, em bancos e outras instituições de crédito, documentos abrangidos pelo sigilo bancário (cf. n.ºs 1 e 7 do artigo 19.º e no n.º 6 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012).

G. Da leitura do preceituado legal decorre que o próprio legislador já efetuou uma ponderação em torno da legalidade da medida, da sua natureza coerciva e da afetação que dela resulta para os direitos fundamentais da empresa visada, subordinando a atuação da AdC à prévia decisão do Ministério Público ou do JIC consoante a medida em causa.

H. O facto de a busca e apreensão de correio eletrónico, *in casu* aberto e lido, estarem dependentes de autorização prévia do Ministério Público não garante uma proteção menor aos direitos, liberdades e garantias da empresa visada.

L. O Ministério Público assume-se com uma autoridade judiciária independente, garante da legalidade democrática e da realização da justiça (cf. n.º 1 do artigo 219.º da CRP), externa e imparcial, sem interesse direto ou confundível com o da AdC na investigação da prática anticoncorrencial. Não é o Ministério Público que dirige o inquérito em processo contraordenacional da concorrência, ou que o conforma. Não é o Ministério Público que investiga, que acusa, mas a AdC. Não é o Ministério Público o requerente da medida de autorização da diligência de busca, exame e apreensão de correio eletrónico, neste caso aberto e lido, mas a AdC.

J. Ora, a pergunta que se impõe responder é a de saber se o mandado emitido pelo Ministério Público, nesta sede, viola o princípio constitucional de reserva de juiz, constitucionalmente plasmado, designadamente no artigo 202.º e no n.º 4 do artigo 32.º da CRP.

K. Tendo-se já debruçado sobre este princípio, o Tribunal Constitucional aponta, como a sua razão de ser, ou razão para justificar a intervenção prévia do JIC, uma conexão entre uma situação de grave afetação ou ingerência em direitos fundamentais e a necessidade de uma tutela jurisdicional para esse efeito.

L. Quanto às diligências de busca propriamente ditas, estas são necessariamente coercivas, e logo lesivas da esfera da empresa. Quanto à diligência específica em discussão no presente processo da apreensão de correio eletrónico aberto e lido, também esta será lesiva pela sua própria natureza, mas não constitui uma ingerência intolerável no direito fundamental da empresa à inviolabilidade do sigilo de correspondência nos termos do n.º 1 do artigo 34.º da CRP, não tendo de ser acautelada nos termos do seu n.º 4, mediante despacho judicial prévio.

M. Em rigor, o que é afetado pela diligência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º é o direito da empresa à privacidade ou à propriedade da documentação apreendida, não à privacidade da correspondência. O que é apreendido não é correspondência, mas documentação {*in casu*/correio eletrónico aberto e lido), razão pela qual não está em causa um direito constitucionalmente tutelado nos termos do n.º 1 do artigo 34.º da CRP que tenha de ser acautelado nos termos do seu n.º 4.

N. Perguntar-nos-emos, ainda assim, se está em causa uma ingerência que imponha a reserva de juiz a um nível garantístico, nos termos do n.º 4 do artigo 32.º da CRP.

O. Contudo, trata-se esta de uma norma apenas projetada e dirigida ao processo penal. No âmbito do direito contraordenacional, a CRP não prevê um modelo quanto à entidade que assegura direitos, liberdades e garantias no processo contraordenacional, não estabelecendo, para esse efeito, qualquer divisa entre Ministério Público e JIC.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

P. Por esse motivo, a repartição de competências prevista no artigo 21.º da Lei n.º 19/2012, e a opção legislativa pelo mandado do Ministério Público enquanto título habilitante à diligência de busca e apreensão de correio eletrónico não obedece a um modelo constitucionalmente garantístico, mas não quer dizer que não seja suficientemente idónea para o efeito.

Q. O prévio escrutínio da diligência por parte de uma autoridade judiciária constitucionalmente configurada como garante da legalidade e da realização da justiça assegura (i) a proteção da esfera privada contra intromissões abusivas e arbitrárias resultantes do exercício de poderes públicos; (ii) garante a proporcionalidade da diligência; (iii) delimita a ação da AdC, evitando que esta *modele* a diligência segundo os seus próprios juízos de oportunidade e conveniência e (iv) não se opõe ao exercício de contraditório por parte da empresa visada, objeto da diligência.

R. Com efeito, a empresa pode escrutinar o mandado emitido pelo Ministério Público e o despacho de fundamentação que o acompanha ora reclamando para o seu superior hierárquico, ora impugnando judicialmente a execução do mandado pela AdC junto do TCRS.

S. É certo que a empresa objeto de busca e apreensão nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012 não goza de qualquer contraditório prévio à diligência - sendo, no entanto, incontornável que uma diligência necessariamente coerciva não possa depender da disponibilidade ou do exercício de contraditório prévio da empresa visada, sobretudo quando sobre esta recai um dever de colaboração sob pena de obstaculizar a eficácia da diligência e a utilidade do processo sancionatório e incorrer numa denegação desse dever e na obstrução do exercício dos poderes da Autoridade, em violação da própria Lei da Concorrência (cf. alínea j) do n.º 1 do artigo 68.º) e da CRP (cf. n.º 2 do artigo 266.º).

T. Não quer isto dizer que a tuteia do possível não esteja assegurada, ou que o facto de a diligência depender de autorização e fundamentação do Ministério Público, e não de intervenção judicial do JIC, ofenda o n.º 4 do artigo 32.º da CRP por não acautelar a intervenção preventiva de um terceiro imparcial, o JIC, capaz de acautelar os direitos dos visados, compensando a falta de contraditório anterior.

U. É que a atuação do Ministério Público em sede de processo contraordenacional de concorrência não se confunde, nem formal, orgânica ou legalmente, com a posição que este assume em processo penal. Em rigor, no direito sancionatório da concorrência, o Ministério Público goza de competência própria atribuída pela lei, e, nessa qualidade, age como um terceiro imparcial e neutro à investigação, exercendo funções de controlo materialmente homólogas àquelas exercidas pelo JIC em processo penal no que respeita à proporcionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Neste caso, cabe ao Ministério Público assegurar a adequação, necessidade e imprescindibilidade da medida.

V. Aqui chegados, não se vislumbra qualquer ofensa dos preceitos constitucionais - a conjugação dos enunciados normativos previstos na alínea c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 18.º, n.º 1 do artigo 20.º e artigo 21.º da Lei n.º 19/2012 não violam a CRP. Não há qualquer violação do princípio constitucional de reserva de juiz.

W. A busca, exame e apreensão de correio eletrónico, *in casu* aberto e lido, ou seja, de meros documentos escritos, não constitui matéria de reserva de juiz. Não se encontra tutelada constitucionalmente nos termos do n.º 1 do artigo 34.º da CRP (que apenas protege correspondência), nem tem que ser disciplinada nos moldes legais previstos no processo crime para a excecional compressão do direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência.

X. Por outro lado, a ausência de despacho judicial prévio não ofende o n.º 4 do artigo 32.º da CRP, porquanto esta norma não é extensível ao processo contraordenacional, nem pode ser interpretada enquanto tal, à revelia da configuração constitucional do Ministério Público prevista no artigo 219.º da CRP e das competências próprias que lhe foram conferidos pelo legislador no quadro sancionatório da concorrência.

Y. É o facto de a diligência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º ser precedida por uma autoridade judiciária (na qual se enquadra o Ministério Público) que confere à AdC um contexto de legalidade e proporcionalidade que delimitam a sua atuação.

Z. Por fim, importa destacar que a pretensão do legislador subjacente a este preceito terá sido a de consagrar e proteger o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, ou seja, e



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

prima facie, a liberdade de manter uma esfera de privacidade e sigilo livre de interferência e ingerência estadual, quer no que respeita ao domicílio, quer quanto à comunicação.

AA. Daqui decorre que o direito à inviolabilidade das comunicações e da reserva da vida privada, previstos no n.º 4 do artigo 34.º e n.º 1 do artigo 26.º da CRP, não abrange as comunicações eletrónicas enviadas e recebidas no âmbito do correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes.

BB. Tratando-se de direitos iminentemente pessoais, não podem, numa base de automaticidade e de uma aparente decorrência lógica, ser extensíveis às pessoas coletivas, nomeadamente às empresas e às comunicações que são criadas e circuladas naquele contexto empresarial.

CC. Com efeito, se atentarmos ao capítulo I do título II da CRP, onde se insere o artigo 34.º em análise, verifica-se que a respetiva epígrafe refere-se aos "*direitos liberdades e garantias pessoais*" e o n.º 2 do artigo 12.º da CRP estatui que as pessoas coletivas (só) gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza.

DD. Conforme já referido, nos presentes autos, as Recorrentes põem em causa a conformidade constitucional da apreensão de mensagens correio eletrónico (*in casu* abertas e lidas) no âmbito de buscas a sedes e instalações de empresas.

EE. Tais mensagens estarão armazenadas em caixas de correio eletrónico de natureza profissional e alocadas a colaboradores dessa mesma empresa, circunstância que afasta necessariamente a proteção constitucional e as normas legais - máxime artigo 34.º da CRP - *que regem a matéria de acesso às comunicações, que se dirigem exclusivamente à vida privada pessoal e às comunicações pessoais.*

FF. Em face de todo o exposto resulta *ad nauseam* que ocorrendo a apreensão de mensagens de correio eletrónico em ambiente empresarial, como acontece nos presentes autos, não se verifica qualquer ofensa ao direito à inviolabilidade das comunicações, porquanto estamos no âmbito da esfera jurídica da pessoa coletiva e não das pessoas singulares que colaboram com aquela.

GG. Tais mensagens de correio eletrónico não beneficiam, por isso, da tutela constitucional conferida pelo n.º 4 do artigo 34.º da CRP no momento da busca e da apreensão.

9. Sobreveio, entretanto, a cessação de funções da primitiva titular dos presentes autos, que foram por isso redistribuídos.

10. Após redistribuição, o Juiz Conselheiro a quem os autos foram redistribuídos formulou um pedido de escusa, que foi indeferido pelo Acórdão n.º 105/2022.

Cumprе apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

A. DO CONHECIMENTO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO RECURSO

11. Ao delimitarem o objeto do presente recurso, as recorrentes enunciaram três questões de constitucionalidade, que emergem da aplicação do Regime Jurídico da Concorrência («RJC»), na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

A primeira questão incide sobre a «interpretação dos artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência («RJC») no sentido de que, *em processo por prática restritiva da concorrência, é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas*», que as recorrentes sustentam violar o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

A segunda questão versa sobre *«a norma extraída dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público»*, que as recorrentes consideram incompatível com o disposto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 4 do artigo 32.º, ambos da Constituição.

A terceira e última questão reporta-se à «interpretação conjugada dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alíneas *b*) e *f*), do RJC, no sentido de que, «[n]um inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração», que as recorrentes alegam consubstanciar uma violação do direito à privacidade, à liberdade geral de ação, à livre iniciativa económica e à propriedade privada.

Uma vez que a decisão que admitiu o recurso não vincula o Tribunal Constitucional (n.º 3 do artigo 76.º da LTC), importa começar por verificar se se encontram preenchidos os respetivos pressupostos de admissibilidade, que são, como se sabe, de verificação cumulativa.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

11.1. Tendo em conta o disposto no artigo 280.º da Constituição, este Tribunal vem recordando sistematicamente na sua jurisprudência que os recursos interpostos no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, não obstante incidirem sobre decisões dos tribunais, apenas podem visar a apreciação da conformidade constitucional de *normas* ou *interpretações normativas*, e não, sequer também, das decisões judiciais em si mesmo consideradas. Não incumbindo ao Tribunal Constitucional sindicar o resultado da atividade ponderativa e subsuntiva própria das instâncias, nem a estas se substituir na apreciação dos factos materiais da causa, na definição da correta conformação da lide e ou na determinação da melhor interpretação do direito ordinário, os seus poderes de cognição, para além de circunscritos à questão jurídico-constitucional que lhe é colocada, apenas podem ser exercidos sobre *normas jurídicas*, tomadas com o sentido que literalmente lhes corresponde no preceito aplicado ou com aquele que o tribunal recorrido deste tiver extraído por via hermenêutica, na sua tarefa de interpretação do direito infraconstitucional. Mas porque os recursos de constitucionalidade têm uma *função instrumental* — isto é, destinam-se a dirimir questões de constitucionalidade suscetíveis de se repercutir, de forma útil e eficaz, na solução jurídica do caso concreto —, é necessário ainda que do seu julgamento possa resultar a necessidade de reforma da decisão recorrida para o Tribunal Constitucional. O que implica, no caso de o recurso ter sido interposto ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, que as normas impugnadas tenham sido efetivamente aplicadas como fundamento jurídico da decisão recorrida, integrando a respetiva *ratio decidendi*.

No que diz respeito à terceira questão de constitucionalidade, tal pressuposto não pode dar-se por verificado. Com efeito, ao apreciar os fundamentos do recurso interposto pelas ora reclamantes, o Tribunal *a quo* em momento algum se considerou perante a realização de buscas e apreensões «*sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração*». Pelo contrário, analisou o teor dos despachos que ordenaram aquelas diligências, tendo concluído que os mesmos se fundaram na existência de indícios suficientes da prática de tais infrações (fls. 1192), ou, nas palavras do próprio acórdão recorrido, que «*a simples leitura do despacho da lavra da Senhora magistrada do Ministério Público datado de 02-fev.-2017 possibilita[va] rejeitar as queixas das ora recorrentes sobre a falta de indicação de “factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão na sua sede” e que, segundo estas, teriam objetos diferentes e seriam contraditórios entre si*»; e que «*tal despacho circunscreve[ra] e concretiz[ara] os indícios, nos termos das normas do art. 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, n.º 3 e n.º 4, alínea b) da LdC*».

Significa isto que o Tribunal *a quo*, não obstante ter afirmado, em tese, que «*a alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC não impõe, como pressuposto da busca, a existência de factos ou de indícios concretos mas antes que “tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”*», não fundou o juízo decisório subjacente à improcedência do recurso na desnecessidade de indicação dos factos que sustentam os indícios de infração. Ao invés, teve tal indicação por verificada no caso *sub judice*, conforme resulta, de forma especialmente clara, do seguinte excerto da decisão recorrida:

«a Senhora magistrada do Ministério Público junto do DLAP de Lisboa foi clara e inteligível quanto à afirmação da existência de indícios de acordos sobre os preços a praticar estabelecidos entre a UNICER e determinadas empresas da distribuição alimentar, aqui incluídas portanto as visadas; que esses acordos abrangem um período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016); a necessidade de confirmar “as fontes suspeitas alicerçadas na análise de documentação existente nas instalações objeto das buscas”; sendo certo que os elementos probatórios recolhidos indicam que a UNICER está a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços da venda ao público dos seus produtos e/ou estas cadeias integram um acordo com a UNICER para garantir o alinhamento de preços da venda ao público dos produtos destas no mercado alimentar, comportamentos que se traduzem na fixação dos preços de revenda por parte de um fornecedor aos seus distribuidores e/ou num acordo entre concorrentes e entre estes e o respetivo fornecedor tendente à fixação de preços de venda ao público, práticas esta de fixação vertical ou horizontal de preços da revenda».

Aliás, as próprias recorrentes não deixam de reconhecer que o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que «*o despacho que ordenou as buscas [...] circunscreveu e concretizou os indícios nos termos das normas aplicáveis*». O que entendem é que os factos relatados no despacho que ordenou as diligências não são suficientes para concluir pela indicição de quaisquer infrações e, por assim ser, que tais diligências foram ordenadas apenas por «*se mostrem necessárias à obtenção de prova*», isto é, sem verdadeira «*indicação de indícios ou factos concretos constitutivos da infração*». Trata-se, como é bom de ver, de uma discordância relativamente à avaliação das concretas incidências do caso *sub judice* levada a cabo pelo Tribunal *a quo* que não compete a este Tribunal apreciar. Verdadeiramente, aquilo que as recorrentes contestam é a possibilidade de subsumir na previsão da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC as buscas e apreensões concretamente ordenadas nos autos, por entenderem que os factos relatados no despacho que ordenou a diligência não são suficientes para concluir pela indicição de práticas anticoncorrenciais proibidas. Posição que, bem ou mal



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

— não releva aqui —, o Tribunal *a quo* refutou, contrariando a alegação de que as buscas e apreensões realizadas nos autos haviam sido ordenadas «*sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração*».

Daqui resulta que um eventual juízo positivo de inconstitucionalidade, nos termos pretendidos pelas recorrentes, seria insuscetível de conduzir à reforma da decisão recorrida, o que determina, nesta parte, a impossibilidade de conhecimento do objeto do recurso por *falta de utilidade*.

11.2. Já as duas primeiras questões de constitucionalidade incidem sobre normas jurídicas efetivamente aplicadas na decisão recorrida. Ambas relevam das disposições contidas nos «*artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)*», dizendo respeito, a primeira, à possibilidade, *qua tale*, de realização de *buscas e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, em processos por prática restritiva da concorrência*, e, a segunda, à possibilidade de tais diligências serem levadas a cabo *mediante autorização do Ministério Público*.

O modo como as recorrentes estruturaram o objeto do recurso evidencia que o pedido de julgamento da segunda questão de constitucionalidade é *subsidiário*, ficando dependente da formulação de um juízo negativo de constitucionalidade quanto à primeira norma. O que se compreende na medida em que, caso venha a concluir-se que a Constituição proscreve a própria possibilidade de realização de diligências de busca e apreensão de correio eletrónico em processo por prática restritiva da concorrência, fica naturalmente prejudicada a questão de saber se a ordem jurídico-constitucional reserva *ao juiz* o poder de as autorizar.

11.2.1. A primeira norma impugnada, segundo a qual, «*em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas*», foi efetivamente aplicada na decisão recorrida quanto às mensagens *marcadas como abertas* em caixas de correio eletrónico (cfr. auto de apreensão de 27 de fevereiro de 2017), mas inferida apenas do disposto na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC. Foi deste preceito que o Tribunal *a quo* interpretativamente extraiu a norma segundo a qual o correio eletrónico já aberto é abrangido pelo termo *documentação* e, por isso, sujeito à possibilidade de pesquisa, busca e apreensão pela Autoridade da Concorrência em processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência (fls. 1187 ss.). O que é, aliás, reconhecido pelas próprias recorrentes no n.º 31 das suas alegações, como, de resto, o fora já no próprio requerimento de interposição do recurso. Aí, apesar de terem começado por indicar o amplo conjunto das disposições compreendidas nos «*artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)*», as recorrentes acabaram por reconduzir a norma objeto do recurso à disposição da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, o que decorre dos pontos 8. e 10. do referido requerimento. Nessa medida, o recurso é dirigido, nesta parte, à norma contida na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, segundo a qual, *em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas*.

11.2.2. Por sua vez, a segunda norma impugnada foi inferida do disposto no n.º 2 do artigo 18.º e no n.º 1 do artigo 20.º do RJC, ainda que em inevitável conjugação com a alínea *c*) do n.º 1 daquele primeiro. O que é atestado pelo acórdão recorrido — onde se afirma que «*as visadas/recorrentes na sua tese argumentativa defendem que a expressão ‘autoridade judiciária’ contida nos arts. 18.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1 da LdC seja interpretada como sendo referida a juiz de instrução, razão pela qual, ao permitir a emissão de mandados de busca e apreensão de correspondência pelo Ministério Público, a LdC afronta o n.º 4 do art. 34.º e o n.º 4 do art. 32.º, da Constituição da República Portuguesa*» — e expressamente referido pelas recorrentes no n.º 36 das suas alegações. Foi daqueles preceitos que o Tribunal *a quo* extraiu a interpretação segundo a qual a «*autoridade judiciária*» com competência para autorizar tais diligências é (ou pode ser) o Ministério Público. Assim, a segunda norma a apreciar no âmbito do presente recurso é a que se infere das disposições conjugadas dos artigos 18.º, n.ºs 1, alínea *c*), e 2, e 20.º, n.º 1, do RJC, segundo a qual, *em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público*.

B. DO MÉRITO

12. A aferição da conformidade constitucional da primeira norma impugnada passa pela resposta à questão de saber se a Constituição, designadamente por força do n.º 4 do seu artigo 34.º, proíbe o legislador de, ao modelar o processo sancionatório por prática restritiva da concorrência, consagrar a possibilidade de obtenção de prova através da realização de busca e apreensão pela Autoridade da Concorrência («AdC») de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, encontradas na caixa de correio virtual das empresas visadas.

A norma em causa foi, como se disse, extraída da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, na versão originariamente acolhida pela Lei n.º 19/2012, que dispunha o seguinte:

«Artigo 18.º



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Poderes de inquirição, busca e apreensão

1 - No exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente:

a) (...)

b) (...)

c) 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; (...).»

A Lei n.º 19/2012 foi recentemente alterada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto. Este diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, a que adiante se fará mais detalhada referência.

Na sequência das alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2022, o artigo 18.º, n.º 1, do RJC, passou a dispor, nas suas alíneas b) e c), o seguinte:

«Artigo 18.º

Poderes de busca, exame, recolha e apreensão

1 - No exercício de poderes sancionatórios, a AdC, através dos seus órgãos ou trabalhadores pode, designadamente:

a) (...)

b) Inspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspeccionada;

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

(...).»

Embora contribuam, como se verá, para esclarecer o sentido da evolução legislativa no âmbito do controlo das práticas restritivas da concorrência, tais alterações não relevam diretamente no caso vertente. As normas que integram o objeto do recurso decorrem do RJC, na redação originariamente aprovada pela Lei n.º 19/2012 (à qual se referirão, por conseguinte, todas as disposições do RJC seguidamente mencionadas, sem indicação de outra fonte), que foi, e só poderia ter sido, a versão do diploma aplicada no caso *sub judice*, uma vez que as modificações operadas pela Lei n.º 17/2022, entrada em vigor 30 dias após a sua publicação (artigo 10.º), se aplicam apenas aos procedimentos desencadeados após a respetiva entrada em vigor (artigo 9.º, n.º 1).

13. Em si mesma, a atribuição à AdC do poder compreendido na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC não constitui uma novidade da Lei n.º 19/2012. Já a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, que aprovou o regime jurídico da concorrência, incluía no âmbito dos «poderes de inquérito e inspeção» atribuídos àquela autoridade, a faculdade de «[p]roceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, quer se encontr[asse] ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se most[r]assem necessárias à obtenção de prova (artigo 17.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 18/2003). Relativamente a esta particular faculdade, a principal alteração operada pela Lei n.º 19/2012 consistiu em estender o poder de busca, exame, recolha e apreensão conferido à AdC a todo o tipo de documentação «independentemente do seu suporte».

Verifica-se assim que o legislador cedo dotou a AdC de verdadeiros poderes de investigação, pouco habituais na generalidade dos processos de natureza contraordenacional, que passaram em 2012 a compreender, no que aqui especialmente releva, a obtenção de meios de prova em processo sancionatório por práticas restritivas da



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

concorrência (artigo 13.º do RJC) através de «busca (...) e apreensão de (...) documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de provas» (artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do RJC).

A menção à busca, exame, recolha e apreensão de documentação «independentemente do seu suporte» tem o propósito de incluir no âmbito dos poderes conferidos à AdC a realização de buscas em computadores e outros equipamentos de armazenamento de dados eletrónicos. O que é fácil de compreender tendo em conta, por um lado, que a forma cada vez mais habitual de armazenamento de documentos nas sociedades contemporâneas é o suporte digital — o que explica a intenção de permitir que as buscas e apreensões pela AdC pudessem ocorrer na esfera puramente eletrónica — e, por outro, que as condutas que configuram práticas restritivas da concorrência — sobretudo no domínio dos cartéis — são habitualmente informais, o que faz com que a maioria dos elementos de prova conste de meios informáticos (Miguel Moura e Silva, “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 - novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 137, 2014, p. 24).

A norma sindicada refere-se a uma categoria específica de “documentos” armazenados em suporte digital, permitindo à AdC realizar buscas e apreensão de *mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas*, conservadas em uma caixa de correio eletrónico.

14. Inserindo-se a AdC na rede de entidades nacionais da concorrência, o regime constante da norma sindicada encontra-se no domínio de aplicação do direito da União Europeia, visando fazer cumprir o direito europeu da concorrência.

O Regulamento CE n.º 1/2003, ao mesmo tempo que estabeleceu um *sistema descentralizado* de garantia do sistema comunitário da concorrência (também apelidado de ECN — *European Competition Network*), encarregou as autoridades nacionais da sua efetivação (cfr. artigo 5.º do Regulamento [CE] n.º 1/2003, e n.º 1 do artigo 68.º do RJC). Deste modo, a AdC investiga práticas restritivas da concorrência *quer* por violarem apenas o direito nacional da concorrência (desde logo, quando não exista afetação do mercado interno europeu) — cfr. n.º 1 do artigo 68.º do RJC —, *quer* em defesa do próprio direito europeu da concorrência.

Esta circunstância tem duas consequências.

Por um lado, submete a norma fiscalizada à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), nos termos do seu artigo 52.º, designadamente quanto aos direitos consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE. Por outro, obriga a não perder de vista que o direito da União Europeia possui o valor por ele próprio determinado, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição: sob ressalva dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, é a ordem jurídica comunitária a determinar os termos da sua aplicação na ordem jurídica interna, devendo esta ser interpretada em conformidade com as regras e princípios europeus. Trata-se aqui, como é sabido, de um cânone geral de interpretação do direito nacional, que releva do princípio da cooperação leal (n.º 3 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia [TUE]) e se dirige à plena eficácia do direito europeu, segundo o qual os tribunais nacionais, ao aplicarem o direito interno, devem interpretá-lo, na medida do possível, à luz do direito europeu. Nas palavras do TJUE, «[e]sta obrigação de interpretação conforme do direito nacional é inerente ao sistema do Tratado FUE, na medida em que permite aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando decidem dos litígios que lhes são submetidos» (Acórdão do TJUE de 24.01.2012, *Maribel Dominguez*, proc. C-282/10).

14.1. Quanto àquela primeira consequência, coloca-se o problema de saber se a CDFUE, com especial incidência nos direitos ao respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações (artigo 7.º) e à proteção de dados pessoais (artigo 8.º), se opõe à adoção de medidas nacionais que postulem um acesso a mensagens de correio eletrónico no quadro de um processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência.

É sabido que os direitos ao respeito pelas comunicações e à proteção de dados pessoais são tidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como *incindivelmente ligados* (Acórdão de 9 de novembro de 2010, *Volker*, procs. C-92/09 e C-93/09, n.º 47), sendo ambos interpretados com o sentido e alcance que resulta do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). É o que decorre do Acórdão do TJUE de 15 de novembro de 2011, *Dereci*, proc. C-256/11, n.º 70, onde se afirmou que «o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), relativo ao direito ao respeito da vida privada e familiar, consagra direitos correspondentes aos que são garantidos pelo artigo 8.º, n.º 1, da CEDH e que se deve, portanto, dar ao artigo 7.º da Carta o mesmo sentido e o mesmo alcance que o sentido e o alcance dados ao artigo 8.º, n.º 1, da CEDH, conforme interpretado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem». Neste quadro, a densificação da norma do artigo 7.º da CDFUE é feita através do regime que consta do n.º 2 do respetivo artigo 8.º, segundo o qual «[n]ão pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros».

A admissibilidade, face à CDFUE, de acesso pelas autoridades públicas a mensagens de correio eletrónico já abertas no âmbito de processos restritivos da concorrência não foi ainda objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça. Todavia, como se concluiu no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021:

«[...] a jurisprudência europeia emitida no quadro das Diretivas 2002/58/CE e 2006/24/CE, a propósito da conservação e transmissão de dados provenientes de comunicações eletrónicas, ou da interceção de comunicações em massa, por referência aos parâmetros de tutela fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE e 8.º da CEDH, oferece importantes pistas quanto à densificação, feita por aqueles tribunais superiores, dos respetivos *standards* jusconstitucionais de proteção dos cidadãos nos domínios da privacidade e das comunicações eletrónicas – os quais assumem especial interesse na discussão objeto dos presentes autos. Com efeito, identifica-se, nesse acervo jurisprudencial, um conjunto de princípios e requisitos claramente exigidos pelo TJUE e pelo TEDH que, em larga medida, são transponíveis, com as devidas adaptações, para a problemática da *apreensão de mensagens de correio eletrónico e outras de natureza similar*, para fins de investigação, deteção e repressão de infrações penais. Essa jurisprudência é o ponto axial da densificação dos conceitos do catálogo de direitos da União e referência incontornável na construção de *standards* de proteção de direitos fundamentais num espaço de interconstitucionalidade.»

Da jurisprudência do TJUE relativa às Diretivas 2002/58/CE e 2006/24/CE, resulta não ser compatível com o padrão de proteção europeu a admissibilidade de *acesso generalizado* a dados de comunicações eletrónicas, exigindo-se não só uma definição das condições de que depende tal ingerência, como um *controlo prévio por órgão jurisdicional ou autoridade administrativa independente* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, *Tele 2*, proc. apensos C-203/15 e C-698/15, n.ºs 119 e 120). Neste último caso, a independência é aferida não apenas pela vinculação da autoridade de que se trate a deveres legais de independência, mas também pela sua dissociação da condição de parte no processo — orientação que, retenha-se desde já, levou o Tribunal de Justiça a recusar tal qualidade ao Ministério Público no âmbito do processo penal, impondo que *«a autoridade encarregada dessa fiscalização prévia, por um lado, não esteja envolvida na condução do inquérito penal em causa e, por outro, tenha uma posição de neutralidade relativamente às partes no processo penal»* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de março de 2021, *Prokuratour*, proc. C-746/18, n.º 54).

14.2. No domínio da segunda consequência apontada, coloca-se o problema inverso. Isto é, trata-se de determinar se o direito da União Europeia não só não proscreve como na realidade prescreve a atribuição às autoridades nacionais da concorrência da faculdade de acederem a mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas.

Apesar de as autoridades nacionais da concorrência serem responsáveis por garantir a efetivação do direito europeu da concorrência (cfr. artigo 5.º do Regulamento [CE] n.º 1/2003, e n.º 1 do artigo 68.º do RJC), não ocorreu, numa primeira fase, qualquer harmonização dos seus poderes de investigação. Pelo contrário, as instituições europeias deixaram à autonomia processual dos Estados-Membros uma ampla margem de liberdade para a modelação da realização do direito europeu da concorrência, ainda que necessariamente limitada *princípios da equivalência e da efetividade*, o mesmo é dizer, pela exclusão da possibilidade de previsão de mecanismos *(i) menos eficazes* para a proteção de direitos conferidos por normas europeias face a normas internas ou *(ii) que tornem excessivamente difícil* a sua efetivação (cfr., entre muitos Acórdãos do TJUE de 18 de outubro de 2012, *Pelati*, proc. C-603/10; n.º 23; de 19 de setembro de 2006, *Germany e Anor*, processos apensos C-392/04 e C-422/04, n.º 57; de 30 de junho de 2011, *Meilicke*, C-262/09, n.º 55).

Nos últimos tempos, tem-se registado, contudo, uma notória tendência para a harmonização dos poderes das autoridades da concorrência, sobretudo atendendo à necessidade de articulação dos direitos nacional e europeu da concorrência. É o que decorre da adoção da Diretiva ECN+ (*European Competition Network+*) — Diretiva UE n.º 2019/1, de 11 de dezembro de 2018, que *«visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno»*, aproximando os poderes das autoridades nacionais da concorrência, desde logo quando aplicam o direito europeu da concorrência, mas também quando aplicam o direito nacional da concorrência em paralelo com o europeu *«para garantir que o resultado não seja diferente»* (Considerando n.º 3). Com o propósito de assegurar a *efetividade* do direito da concorrência, vem-se assistido,



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

deste modo, à transição de um sistema essencialmente descentralizado de garantia do direito europeu da concorrência para um modelo de harmonização e simultâneo reforço dos poderes de investigação das autoridades nacionais da concorrência, tendo em conta a indiscutível centralidade da respetiva atuação na garantia de observância das regras de que depende o bom funcionamento do mercado interno (neste sentido, com referência aos dados indicativos de que as autoridades nacionais da concorrência se converteram nas principais garantes dos artigos 101.º e 102.º do TJUE, *v.* Claudia Massa, “New CPC Regulation and ECN+ Directive: The powers of National Authorities in the fields of consumer protection and antitrust”, *Market and Competition Law Review*, vol. IV, n.º 2, 2020, p. 129, acessível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/mclawreview/issue/view/588>). Uma tendência a que o legislador nacional aderiu, de resto, logo com a Lei n.º 19/2012, diploma que, tendo justamente visado «a introdução de mecanismos processuais semelhantes aos da Comissão Europeia» (cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 45/XII, que esteve na origem da referida Lei), dotou a AdC de poderes de investigação que não existiam na Lei n.º 18/2003 — como é o caso da concessão de poderes de busca domiciliária (artigo 19.º RJC) —, alinhando assim com as prerrogativas de que goza a Comissão nos processos que diretamente investiga, mas «obrigando, naturalmente, a um reforço do papel do Juiz de Instrução como juiz de garantias» (cfr. Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência*, AAFDL, 2020, p. 414).

Neste contexto, é fundamental verificar se o Direito da União impõe o acesso pelas autoridades nacionais da concorrência, pelo menos quando persigam infrações ao direito europeu da concorrência *em vez* ou *em articulação* com a Comissão Europeia, a mensagens de correio eletrónicas marcadas como abertas.

14.2.1. Até à aprovação da Diretiva ECN+ (Diretiva UE n.º 2019/1), é seguro que tal imposição não existia.

O próprio Regulamento [CE] n.º 1/2003, que estabelece a competência da Comissão quando assume a perseguição das infrações às regras de concorrência *em vez* das autoridades nacionais, não faculta *diretamente* àquela entidade o poder de aceder, no âmbito dos processos que conduza, a mensagens de correio eletrónicas marcadas como abertas. No n.º 2 do artigo 20.º, que dispõe sobre os poderes da Comissão em matéria de inspeção, o Regulamento atribui a esta, entre outros, o poder de «[i]nspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do seu suporte», (alínea *b*)), bem como de «[t]irar ou obter sob qualquer forma cópias ou extratos dos documentos controlados» (alínea *c*)), sem referir expressa e autonomamente o acesso a mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas.

14.2.2. Com a aprovação da Diretiva ECN+ (Diretiva UE n.º 2019/1) — entretanto transposta, como se viu, pela Lei n.º 17/2022 —, pode colocar-se, no entanto, a questão de saber se isso implicou, *ex novo*, a obrigação de os Estados-Membros adotarem medidas que confirmam à AdC tal poder, tendo sobretudo em conta que o objetivo prosseguido é, como se viu também, potenciar a efetividade o direito europeu da concorrência através da atribuição às autoridades nacionais da concorrência de um leque mais amplo de poderes quando apliquem as normas do Direito da União.

O teor do articulado que integra a Diretiva ECN+ não estabelece expressamente essa obrigação. Na verdade, a obrigação que incumbe aos Estados-Membros é a de atribuir às autoridades nacionais da concorrência o poder de «[i]nspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspecionada» e de «[t]irar ou obter sob qualquer forma cópias ou extratos dos documentos controlados e, sempre que o considerem adequado, continuarem a efetuar esse tipo de pesquisa de informação e seleção de cópias ou extratos nas instalações das autoridades nacionais da concorrência ou em quaisquer outras instalações designadas» (alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva UE 2019/1) — o que corresponde, de resto, *expressis verbis*, ao conteúdo dos poderes conferidos à AdC pelas alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, na redação conferida pela Lei n.º 17/2022. Daí que se defenda que, «em ponto algum da parte dispositiva da Diretiva (UE) n.º 2019/1 se prevê a possibilidade de acesso (com ou sem aviso prévio) a “dispositivos e equipamentos” nem a correio eletrónico» (cfr. Miguel Gorjão-Henriques e Alberto Saavedra, “Diretiva ECN+ e a nova era do direito da concorrência — Desafios e limites”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80, 2020, p. 238). Quanto às mensagens de correio eletrónico, a Diretiva imporá aos Estados-Membros que garantam a respetiva inclusão «nos meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência [...]» — é o que resulta expressamente do artigo 32.º —, mas sem simultaneamente os vincular a atribuírem a tais entidades o poder de acederem a mensagens de correio eletrónico no âmbito das inspeções que realizem.

O Considerando 32 da Diretiva aponta, porém, num sentido diverso. Afirma-se aí o seguinte:

«Para ser eficaz, a competência das autoridades administrativas nacionais da concorrência para realizar inspeções deverá permitir-lhes ter acesso a informações acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a inspeção e relacionadas com a empresa ou associação de empresas investigada. Deverá assim incluir necessariamente a competência para pesquisar documentos, ficheiros ou dados em dispositivos não previamente identificados com precisão. Sem uma tal competência,



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

seria impossível obter as informações necessárias à investigação nos casos em que as empresas ou associação de empresas assumissem uma atitude de obstrução ou se recusassem a cooperar. A competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas» (sublinhado aditado).

De igual modo, o Considerando 73 prevê que «as ANC deverão poder considerar as mensagens eletrónicas como prova relevante, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas».

A determinação da relevância dos referidos Considerandos não é isenta de dificuldades.

Tendo presente que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «o preâmbulo de um ato comunitário não tem valor jurídico obrigatório e não poderá ser invocado nem para derrogar as próprias disposições do ato em causa nem para interpretar essas disposições em sentido manifestamente contrário à sua redação» (cfr., entre muitos outros, Acórdão do TJUE de 2.4.2009, Hauptzollamt Bremen, proc. C-134/08, n.º 16; Acórdão do TJUE de 24.11.2005, Deutsches Milch-Kontor, proc. C-136/04, n.º 32; Acórdão do TJUE de 19.11.1998, Gunnar Nilsson, proc. C-162-97, n.º 54), o esclarecimento do efetivo alcance dos Considerandos 32 e 73 passaria por verificar se a recondução das mensagens de correio eletrónico ao universo dos «registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados» ou dos «documentos controlados» passíveis de serem objeto de «qualquer forma de cópias ou extratos» consubstanciaria uma interpretação, respetivamente, das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva proscrita de forma manifesta pelo seu elemento literal.

Tal questão não se põe, contudo, no caso vertente.

Com efeito, a Diretiva ECN+ entrou em vigor em 25 de janeiro de 2019, estabelecendo como prazo de transposição o dia 4 de fevereiro de 2021. Ora, sendo certo que é apenas desde o momento em que expira o prazo concedido aos Estados para transposição que se iniciaria a eventual produção dos efeitos — direto, indireto (interpretação conforme) e incidental — das normas da diretiva (entre muitos outros, cfr. Acórdão do TJUE de 3.3.1994, Vanetveld, proc. C-316/93, n.º 16, Acórdão do TJUE de 14.09.2000, Mendes Ferreira, proc. C-348/98, n.º 33, Acórdão do TJUE de 19 de janeiro de 1982, Becker, proc. 8/81, n.º 25, e Acórdão do TJUE de 4 de março de 1999, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik, proc. C-258/97, n.º 34), dúvidas não há de que, quer no momento em que ocorreram as buscas e apreensões realizadas nos autos (fevereiro de 2017), quer no momento em que foi prolatada a decisão ora recorrida (4 de março de 2020), dela não poderia retirar-se qualquer efeito sobre a regulação nacional da concorrência.

15. Esclarecido o essencial dos dados extraíveis do Direito da União, torna-se neste momento mais claro que a apreciação da primeira questão de constitucionalidade colocada pelas recorrentes passa essencialmente pela confrontação da norma sindicada com o n.º 4 do artigo 34.º da Constituição. Em concreto, tratar-se-á de verificar se a interpretação da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, segundo a qual, «em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas», viola, como alegam as recorrentes, o disposto naquele preceito da Constituição, que proíbe «toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal».

Tendo em conta a estrutura regra-exceção seguida no preceito constitucional aplicável, a resposta a tal questão pressupõe a prévia delimitação do âmbito de incidência, num primeiro momento, da proibição contida no segmento inicial do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição e, num segundo momento, da ressalva compreendida no respetivo inciso final.

O Tribunal Constitucional dispõe de um considerável acervo jurisprudencial sobre o sentido e alcance do n.º 4 do artigo 34.º que compreende, como adiante melhor se verá, ambas as vertentes do preceito.

15.1. Em primeiro lugar, resulta dessa jurisprudência que a proteção das comunicações entre pessoas dispõe de assento constitucional próprio, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Lei Fundamental. Como se afirmou no Acórdão n.º 241/2002, «[i]ndependentemente da questão de saber se o sigilo das telecomunicações se inscreve sempre, numa relação de especialidade, com a tutela da vida privada (sendo embora seguro que o direito a tal sigilo garante o direito à reserva da intimidade da vida privada) certo é que aquele tem na Constituição um tratamento específico», que deriva do regime consagrado em matéria de inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada. Quer isto dizer que, não obstante o direito à inviolabilidade das comunicações constituir uma refração de outros direitos constitucionalmente tutelados (como o direito à reserva da intimidade da



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

vida privada), a Constituição autonomizou a proteção de uma esfera de privacidade e de sigilo no domínio específico das comunicações interpessoais, associando-lhe uma garantia constitucional autónoma face àquela que já decorreria do n.º 1 do artigo 26.º da Constituição. Criou, assim, «um regime especial de tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada» (Germano Marques da Silva e Fernando Sá, “Anotação ao artigo 34.º”, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Coimbra Editora, 2010, p. 756), que abrange as comunicações eletrónicas.

O conceito de «telecomunicações» — o termo utilizado no n.º 4 do artigo 34.º — refere-se a uma realidade mais ampla do que as tradicionais escutas telefónicas, que integra indubitavelmente o correio eletrónico. Este entendimento, seguido nos Acórdãos n.ºs 486/2009, 403/2015, 420/2017 e 464/2019, foi recentemente explicitado no Acórdão n.º 687/2021 da seguinte forma:

«A proteção constitucional conferida à *correspondência privada* compreende todas as variantes de correspondência entre indivíduos, desde as formas tradicionais de correspondência postal - cartas, postais, telegramas – até ao correio eletrónico, entendido como tráfego de informação privada, sob a forma escrita, figurativa ou equivalente, entre destinatários definidos e apenas acessível por estes, transmitido através de um suporte de *internet*. Tutela equivalente é conferida, para efeitos de aplicação do n.º 4 do artigo 34.º, às telecomunicações, envolvendo telefonemas, mensagens de voz, conversas por via de VoIP e similares, bem como, em geral, a quaisquer formas de comunicação humana, de carácter privado. Efetivamente, a diversidade das formas de transmissão da informação privada e dos respetivos suportes não justifica uma diferença de tutela jusconstitucional, na medida em que esta visa garantir, do ponto de vista material, a possibilidade de comunicação privada, enquanto refração do interesse individual na reserva de intimidade da vida privada».

A tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição visa, pois, garantir a confiança nas comunicações *em sentido objetivo*, independentemente do carácter sigiloso ou não sigiloso da mensagem: ao assegurar-se a confidencialidade das comunicações, qualquer que seja o conteúdo das informações transmitidas, protege-se a liberdade da própria pessoa, garantindo-lhe o direito de comunicar com segurança, sem restrições, censuras ou ingerências (cfr. Ana Rita Castanheira Neves, *AS ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal*, Coimbra Editora, 2011, p. 52). No fundo, as telecomunicações, a correspondência e as comunicações eletrónicas materializam uma específica *situação de perigo*, que se caracteriza pelo facto de a mensagem se encontrar exposta às incidências do circuito ou sistema de transmissão, no qual remetente e destinatário são obrigados a confiar, independentemente de ser ou não *privado* o conteúdo da missiva. É essa a razão pela qual a Constituição tutela a inviolabilidade das comunicações: garante a todos quantos carecem de um *terceiro* para comunicar — trate-se de um serviço de correio, de um operador de telecomunicações ou de um fornecedor de serviços de correio eletrónico ou de mensagens instantâneas —, que a confiança que nele depositam não poderá ser gorada através de intromissões alheias no processo comunicativo (cfr. Costa Andrade, “«Bruscamente no verão passado», a reforma do Código de Processo Penal — Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137, n.º 3951, p. 340).

15.2. Da jurisprudência do Tribunal em matéria de garantia da inviolabilidade das telecomunicações decorre também que a proteção conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição não abrange apenas o *conteúdo* das comunicações, estendendo-se ainda aos dados gerados a seu propósito — designadamente aos chamados *dados de tráfego*. Como se sublinhou no Acórdão n.º 403/2015:

«O acesso aos dados das comunicações efetivamente realizadas ou tentadas põe em causa direitos fundamentais das pessoas envolvidas no ato comunicacional. E não é apenas a invasão ou intromissão no conteúdo informacional veiculado pelos meios de transmissão (*dados de conteúdo*), que os afetam, mas também as circunstâncias em que a comunicação foi realizada (*dados de tráfego*).

Com efeito, mesmo que não haja acesso ao conteúdo, a interconexão entre dados de tráfego pode fornecer um perfil complexo e completo da pessoa em questão – com quem mais conversa, que lugares frequenta, quais os seus horários, etc. A verdade é que, como refere Costa Andrade, “no seu conjunto, os dados segregados pela comunicação e pelo sistema de telecomunicações se revelam, muitas vezes, mais significativos que o próprio conteúdo da comunicação em si. O que, de resto, bem espelha o interesse com que, reconhecidamente, a investigação criminal procura maximizar a recolha de *dados ou circunstâncias da comunicação*, também referenciados como dados de tráfego” (cfr. “Bruscamente no verão passado – A



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Reforma do Código de Processo Penal”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137.º, julho-agosto 2008, pág. 338)».

Deste modo, ao proibir a ingerência das autoridades públicas fora das condições previstas no segmento final do n.º 4 do artigo 34.º, a Constituição veda o acesso a uma comunicação privada *quer* quanto ao conteúdo da mensagem, *quer* quanto aos elementos funcionais da comunicação, «designadamente direção, destinatários, data, via e percurso de uma determinada mensagem – os chamados “dados de tráfego”» (Acórdão n.º 687/2021). Quer isto dizer que se incluem no âmbito da proteção constitucional «*todos os meios de comunicação individual e privada, e toda a espécie de correspondência entre pessoas, em suporte físico ou eletrónico, incluindo não apenas o conteúdo da correspondência, mas o tráfego como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização), excluindo-se apenas a categoria residual de dados pessoais, isolados de qualquer processo de comunicação, efetivo ou tentado*» (Acórdão n.º 464/2019).

16. À luz do que ficou dito, impõe-se começar por verificar se o facto de «a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico» ter por objeto «mensagens marcadas como abertas» coloca a norma sindicada fora do âmbito de incidência da proibição constante do n.º 4 do artigo 34.º. Não sendo disputável a possibilidade de apreensão de elementos de prova em *suporte eletrónico* — trata-se, em face do movimento de digitalização e desmaterialização característico das sociedades contemporâneas, de «uma realidade material omnipresente na vida comunitária» (Acórdão n.º 687/2021) —, importa concretamente perceber se as mensagens de correio eletrónico, ao encontrarem-se *marcadas como abertas*, se convertem ou tornam equiparáveis a simples *documentos* e, por via disso, passam a poder ser submetidas às condições em que a busca e apreensão destes pode ter lugar; ou, pelo contrário, continuam a beneficiar da tutela inerente à proteção da correspondência, telecomunicações e outros meios de comunicação entre pessoas, assegurada pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição.

Ainda que não seja decisiva, a resposta que se dê num ou noutro sentido também não é isenta de consequências. É que, caso se conclua, como fez o Tribunal recorrido, que as mensagens de correio eletrónico, uma vez abertas e lidas, deixam de ser consideradas «correspondências», que apenas se refere à «*comunicação que está em trânsito*», e por isso não gozam «da tutela constitucional fornecida pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa», o acesso por autoridades públicas não se encontrará mais circunscrito aos termos da exceção contemplada no segmento final do n.º 4 do referido artigo 34.º, embora as normas que prevejam esse acesso fiquem sujeitas à observância das condições em que podem ser restringidos outros direitos fundamentais — como sejam os direitos à privacidade e à autodeterminação informativa, protegidos pelo artigo 26.º da Constituição —, designadamente aos limites fixados no artigo 18.º, n.º 2, às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

No acórdão recorrido, entendeu-se que, «a partir do momento em que ocorre esta recolha da mensagem, o Órgão Legiferante europeu e pátrio deixaram de considerar que se trata de correio/correspondência, mas antes de informação em arquivo»; e, consequentemente, que «*não está em causa nestes autos a apreensão de “correspondência” (comunicação que está em trânsito)*», até porque que «*as mensagens visualizadas, e no final apreendidas pela AdC*» «*não são privadas, na aceção liberal que nos é trazida pela norma princípio do art. 34.º da Constituição da República Portuguesa*».

Vejamos se é mesmo assim.

17. Quanto à natureza *não privada* das mensagens apreendidas, não parece haver dúvidas de que se trata de circunstância que não afasta a proibição constante do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição. A garantia da inviolabilidade da correspondência que decorre dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º não supõe o caráter *pessoal* ou *particular* do conteúdo da mensagem, não sendo posta em causa *nem* pelo facto de os endereços de correio eletrónico serem “profissionais”, *nem* pela eventualidade de o conteúdo das mensagens não se ligar à esfera da vida privada das pessoas envolvidas no circuito comunicativo.

A autonomização da proteção da inviolabilidade das comunicações face ao direito à reserva da intimidade da vida privada tem justamente este sentido: a Constituição garante a *segurança das comunicações*, independentemente da qualidade do destinatário ou da natureza da mensagem. Como refere Manuel da Costa Andrade, «[n]ão se trata da privacidade em sentido material mas, antes, de um caso paradigmático da privacidade em sentido formal. Desde logo, é indiferente o conteúdo das missivas ou telecomunicações, não se exigindo que versem sobre coisas privadas ou íntimas nem que contendam com segredos. Pode tratar-se de matérias inteiramente anódinas, da troca de informações comerciais entre empresas ou mesmo da circulação de ofícios ou protocolos entre órgãos ou agentes da Administração Pública, em princípio expostos às regras da transparência” (“Comentário ao artigo 194.º, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 1084). É por esta razão que a inviolabilidade da correspondência consubstancia um direito referente às comunicações *mesmo que dirigidas a pessoas coletivas e ainda que o conteúdo apenas diga respeito a pessoas coletivas* (Maria João Antunes, *Processo Penal e Pessoa Coletiva*



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Arguida, Almedina, 2020, p. 52). O que é tutelado é a interação comunicativa em si mesmo considerada — a confiança na segurança e reserva dos sistemas de comunicações —, o que abrange as comunicações eletrónicas enviadas e ou recebidas através de correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes.

Não é outra, de resto, a orientação desde há muito sufragada na jurisprudência constitucional. Como este Tribunal cedo reconheceu, o direito à inviolabilidade das comunicações e da correspondência é titulado *também* pelas pessoas coletivas, abrangendo desse modo as missivas (eletrónicas ou postais) destinadas ou remetidas a endereços de pessoas coletivas: nas palavras do Acórdão n.º 198/1985, «este é um direito fundamental de que também tais pessoas gozam, nos termos do n.º 2 do artigo 12.º da Constituição».

Tal orientação — note-se ainda — encontra-se perfeitamente alinhada com a jurisprudência dos Tribunais europeus: quer com a do Tribunal de Justiça, que afirmou, ainda em momento anterior à CDFUE, a existência de um «princípio geral de direito comunitário que consagra a proteção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de uma pessoa singular ou coletiva» (Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2002, *Roquette Frères*, proc. C-94/00), aceitando a titularidade desses direitos por parte de pessoas coletivas; quer com a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que estende a proteção do artigo 8.º da Convenção aos e-mails enviados e recebidos em contexto empresarial (cfr. Acórdão do TEDH de 3 de outubro de 2007, *Copland c. Reino Unido*, proc. n.º 62617/00, §§ 41 e 42).

18. Não subsistindo dúvidas de que o regime especial de tutela da inviolabilidade da correspondência e das comunicações abrange as mensagens remetidas *de e para* endereços de pessoas coletivas, o problema que importa seguidamente enfrentar passa por determinar se essa proteção compreende o correio eletrónico *apenas até ao momento em que a mensagem seja marcada como aberta* ou, pelo contrário, se mantém para além dele, abrangendo igualmente, como defendem as recorrentes, as *mensagens marcadas como abertas*.

No domínio da *correspondência postal*, vem sendo entendido que a proteção especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição apenas é aplicável *até ao momento de abertura da carta*, o mesmo é dizer, enquanto esta se mantém *em trânsito*. A tutela consiste na proteção da informação *em trânsito* ou *em circulação*, cessando a partir do momento em que a mensagem é recebida pelo destinatário por então terminar a realidade dinâmica da comunicação. A partir daí, a mensagem é equiparada a qualquer outro documento, deixando de gozar da tutela constitucional da *inviolabilidade das comunicações*.

São essencialmente duas as razões que suportam este entendimento.

Por um lado, tem-se em conta a específica situação de perigo em que a mensagem se encontra *durante o processo de comunicação*, altura em que o emissor e o destinatário não têm controlo sobre ela. Se a «[a] tutela jurídica da inviolabilidade das telecomunicações radica [...] na "específica situação de perigo" decorrente do domínio que o terceiro detém — e enquanto o detém — sobre a comunicação (conteúdo e dados)» e que lhe confere «a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária, subtraída ao controlo dos comunicador(es)» (Manuel da Costa Andrade, «Bruscamente...», *cit.*, n.º 3951, p. 338), então ela há de cessar com a chegada mensagem ao destinatário, por nesse momento findar a situação de vulnerabilidade que caracteriza a transmissão da mensagem (a sua colocação no poder de um terceiro, o operador), passando o destinatário a dispor de todos os meios para evitar a intromissão (arquivando-a, guardando-a ou mesmo destruindo-a).

Por outro lado, assume-se que correspondência suscetível de ser violada é apenas aquela que dispõe de uma proteção física exterior, que faz com que a mensagem se encontre *fechada*, tornando o respetivo conteúdo inacessível por terceiros; uma vez violado o envelope que protege fisicamente o conteúdo da mensagem, esta deixa de se encontrar coberta pelo *sigilo*, uma vez que passa a estar em condições de poder ser lida por terceiros — é essa, aliás, a razão pela qual se defende que os simples *postais* não se encontram abrangidos pela proteção decorrente dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição (cfr. Germano Marques da Silva e Fernando Sá, «Anotação ao artigo 34.º», *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 772).

18.1. A decisão recorrida transpôs para o correio eletrónico a conceção defendida para a correspondência postal, concluindo que a proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações vigora até ao momento da *abertura* da mensagem pelo destinatário, aí *terminando* o processo comunicativo. O que releva para este efeito não é o facto de a mensagem permanecer disponível na caixa de correio do destinatário, mas sim a sua chegada *efetiva* ao domínio deste: quando a mensagem está a aguardar ser lida na caixa de correio do destinatário, ela está ainda *em trânsito*, o que deixa de verificar-se após a respetiva abertura.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

A favor desta posição, que faz cessar a especial proteção constitucional do correio eletrónico no momento em que as mensagens são *abertas* pelo destinatário, depõe, como vimos, o argumento segundo o qual, uma vez recebida a mensagem, finda a especial situação de perigo decorrente do domínio do terceiro sobre a missiva, deixando a mesma de constituir um *meio de comunicação*. Uma vez sob controlo do destinatário — que pode optar por arquivar o seu conteúdo, protegê-lo com sistemas de segurança (codificação críptica, *firewalls*, etc.) ou destruí-lo —, a mensagem passa a ser somente um *documento informático*, cuja reserva é protegida por *outras* normas da Constituição. O critério da *posse* do objeto da comunicação é, assim, determinante para se dar por *terminado* o processo comunicativo e, com isso, a especial garantia de inviolabilidade conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição: a mensagem *eletrónica* chegada ao destinatário não beneficia de proteção maior do que aquela que gozam as cartas em papel recebidas e guardadas numa gaveta ou num cofre, uma vez que, «*depois de recebido, lido e guardado no computador do destinatário, um e-mail deixa de pertencer à área de tutela das telecomunicações, passando a valer como um normal escrito. É, como tal, sujeito ao mesmo regime em que se encontra um qualquer ficheiro produzido pelo utilizador do computador e nele arquivado. Podendo, como tal, figurar como objeto idóneo da busca, em sentido tradicional*» (Manuel da Costa Andrade, «Bruscamente...», *cit.*, n.º 3951, p. 338; no mesmo sentido, Ana Rita Castanheira Neves, *As ingerências...*, pp. 263-265).

Este entendimento vem sendo, contudo, crescentemente posto em causa, ainda que com apoio em pontos de vista diversos.

Com efeito, opõem-se-lhe não apenas aqueles que defendem que o correio eletrónico, em si mesmo, constitui uma realidade *diversa* da correspondência escrita, devendo ser para todos os efeitos encarado como mero documento em suporte informático (cfr. Rogério Bravo, “Da não equiparação do correio eletrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta”, *Polícia e Justiça*, n.º 7, 2006, p. 209), como aqueles que, no polo oposto, consideram que as mensagens de correio eletrónico constituem *sempre* comunicações, mesmo depois de lidas — posição que parece, aliás, subjacente à opção do legislador processual penal em sujeitar as «*conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico*» ao regime das escutas telefónicas, ainda que «*guardadas em suporte digital*» (artigos 187.º e 189.º do Código de Processo Penal) — ou mesmo que o correio eletrónico é insuscetível de assimilar a distinção entre *aberto* e *não aberto*, demandando por essa razão o estabelecimento de um *outro critério* para a determinação do momento em que a mensagem deixa de poder ser vista como *comunicação* (Gonçalo Anastácio e Diana Alfafar, “Anotação ao artigo 20.º”, *Lei da Concorrência — Comentário Conimbricense*, 2.ª edição, Almedina, 2017, p. 342; Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011, p. 159; Rui Cardoso, “Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante - artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX”, *Revista do Ministério Público*, n.º 158, 2018, p. 177).

Desta tendência deu particular nota o Acórdão n.º 687/2021 no trecho que se segue:

«Assim, tem-se caminhado em direção a uma disciplina tendencialmente unitária da apreensão de correio eletrónico em processo penal, permitindo enfrentar as questões levantadas por tal realidade, levando em consideração os bens jurídico-constitucionalmente tutelados que a propósito dela devem ser convocados (como a privacidade, o sigilo da correspondência, a autodeterminação informativa, a proteção conferida aos dados pessoais e aos dados informáticos), e contribuindo para ultrapassar os desencontros provocados pelo “*enquadramento categorial e normativo dos e-mails nas fases e ao tempo em que se encontram guardados no e-mail account do provider: tanto na fase intermédia, em que a mensagem não foi ainda chamada nem aberta ou lida pelo destinatário; como na fase final, nas constelações em que, depois de aberto e lido, o e-mail é depositado no server do provider, a que só é possível aceder através da internet, isto é, através de um ato de telecomunicação*” (M. COSTA ANDRADE, “Comentário ao artigo 194.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, maio de 2012, ponto 28). Efetivamente, a verdade é que é, hoje, possível “*com um simples clique, marcar como lida uma mensagem de correio eletrónico não lida e vice-versa. O sujeito pode aceder ao correio eletrónico através de vários dispositivos e em uns deles a mensagem surgir como lida e noutros como não lida, dependendo do tipo de sincronização existente entre os diversos dispositivos. A fronteira entre correio eletrónico lido e não lido é, assim, difícil de estabelecer. O legislador, reconhecendo o anacronismo e a inadequação daquela distinção de regimes, optou por atribuir uma tutela acrescida à mensagem em formato digital, submetendo-a ao regime do artigo 17.º, independentemente de ter ou não sido lida pelo seu destinatário*” (SÓNIA FIDALGO, “A apreensão de correio eletrónico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29, n.º 1, janeiro-abril de 2019, Gestlegal, p. 69).



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Por esta razão, e atendendo igualmente aos bens jurídico-constitucionais e aos direitos fundamentais em causa, bem como à necessidade de uma compreensão atualista da tutela jusconstitucional conferida pela CRP nesta matéria, atender-se-á ao regime jurídico de apreensão de correio eletrónico sem proceder a este tipo de distinções».

Daí que, no aresto citado, o Tribunal *não tenha feito qualquer distinção entre correio eletrónico marcado como aberto ou fechado*, colocando a possibilidade de apreensão de um e de outro na dependência da verificação dos mesmos pressupostos ou condições, à face do que dispõem os «artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição».

18.2. Tal entendimento é de manter aqui.

No domínio do correio eletrónico, a marcação de certa mensagem como *aberta* constitui um evento imprestável para determinar o fim da sua natureza de *comunicação* — e, em consequência, a paralisação da proteção especialmente concedida pelo artigo 34.º da Constituição —, devendo entender-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico *enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico*, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”.

Pelo menos duas razões apontam claramente nesse sentido.

Em primeiro lugar, verifica-se que o principal argumento invocado para justificar a cessação da tutela constitucional da correspondência postal no momento em que esta é aberta — a eliminação da *barreira física* que protege o conteúdo comunicação até ao momento da *abertura da carta* — não tem pura e simplesmente aplicação no âmbito das mensagens eletrónicas. Daí que se sustente que «*uma mensagem de “correio-eletrónico” nunca é, nem nunca está “fechada”*» (Rogério Bravo, “Da não equiparação...”, *cit.*, p. 212), já que nunca é «*envelopável*» (*idem*, p. 214). No correio eletrónico, a abertura e leitura do conteúdo da mensagem encontra-se, em ambos os casos, dependente do mesmo exato gesto (a seleção e abertura, à distância do mesmo *clique* digital); e a violação dessa barreira física é exteriormente indecifrável, porquanto depois de lida bastará marcar a mensagem como “não lida” (Rui Cardoso, “Apreensão...”, *cit.*, 2018, p. 187), caso em que, a ser este o critério relevante, se “reativaria” a tutela constitucional especialmente conferida às comunicações.

Em segundo lugar — e como decorre do ficou dito —, a distinção entre mensagens *abertas* e *fechadas* é, no caso do correio eletrónico, artificial e falível. *Artificial*, porque o destinatário pode marcar, livremente, as mensagens como *abertas* ou *fechadas*, mediante a seleção de uma simples opção no computador: independentemente de ter lido ou não a mensagem, está na sua total disponibilidade classificá-la como *não lida* ou como *lida*. *Falível*, porque *nada garante* que uma mensagem marcada como *aberta* tenha já esgotado a sua natureza de comunicação, tendo sido efetivamente lida. Essa marcação pode constituir apenas o resultado de uma passagem accidental do cursor sobre a mensagem; da ativação de uma opção de sinalização de todas as mensagens que acabam de chegar; ou, tendo em conta que o sujeito pode aceder à caixa de correio eletrónico através de diferentes dispositivos (telefones, computadores, relógios, *tablets*), até mesmo do facto de o utilizador ter simplesmente aberto a aplicação num dos equipamentos, podendo acontecer que a mesma mensagem esteja sinalizada como *lida* em alguns deles e como *não lida* nos outros. Ao contrário do que sucede com a correspondência postal — que não é aberta sem consciência clara do ato de abertura —, uma mensagem de correio eletrónico pode ficar marcada como *aberta* sem que o utilizador disso se aperceba e sem que daí se possa inferir uma chegada efetiva à esfera de posse do destinatário. Nessa medida, nega-se hoje a valia (técnica e jurídica) da dissociação entre correio eletrónico *lido* e *não lido*, duvidando-se mesmo, pelo menos em alguns casos, da possibilidade de a estabelecer (Sónia Fidalgo, “A apreensão de correio eletrónico e a utilização noutra processo das mensagens apreendidas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29, n.º 1, 2019, p. 69; Gonçalo Anastácio e Diana Alfajar, *cit.* p. 342; Rui Cardoso, “A apreensão de correio eletrónico após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021: do juiz das liberdades ao juiz purificador investigador?”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, n.º 1, 2021, p. 149, nota n.º 8; David Silva RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, Almedina, 2017, p. 279).

Este conjunto de objeções à possibilidade de distinção entre correio eletrónico lido e não lido tem, do ponto de vista da proteção especialmente concedida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, plena razão de ser.

Se o fundamento subjacente à cessação da tutela constitucional das comunicações tem que ver com a possibilidade de o destinatário, *uma vez lida a mensagem*, poder adotar e desenvolver a proteção que entender —



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

inclusivamente destruindo-a —, a circunstância de uma mensagem estar marcada como «lida» constitui um elemento de fraco préstimo para suportar a conclusão de que aquela chegou efetivamente ao destinatário e de que este pôde protegê-la.

Diferentemente do que sucede na correspondência postal ou com as mensagens SMS que já foram lidas pelo destinatário, não pode afirmar-se que o *processo de comunicação* (a especial situação de perigo) cessou pela *primeira abertura* do correio eletrónico ou que o destinatário se encontra *com total domínio sobre a mensagem*. Enquanto a mensagem se mantiver na caixa de correio — sem ser definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do *provider* —, ela está sob controlo do fornecedor de serviços eletrónico. Sendo certo que na maioria dos protocolos de correio eletrónico (IMAP, *webmail*), de cada vez que o interessado pretender ler a mensagem, estabelece-se uma *comunicação eletrónica*, podendo mesmo o acesso ao conteúdo dos dados fornecidos pelo servidor constituir uma comunicação restrita (e, nesse sentido, privada), pelo facto de a mensagem só poder ser acedida mediante introdução de dados de identificação (nome de utilizador e palavra passe). E mesmo que o utilizador faça uso de um protocolo que *Descarrega* a mensagem do servidor (*v.g.*, POP3), ela é *copiada* para o computador do destinatário, passando a estar *simultaneamente* no servidor do fornecedor e no equipamento do indivíduo (Rui Cardoso, “Apreensão...”, *cit.*, 2018, p. 181). Nessa medida, dúvidas não há de que se mantém — ainda que a mensagem tenha já sido lida — a situação de « *domínio que o terceiro detém — e enquanto o detém sobre a comunicação (conteúdo e dados). Domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária, subtraída ao controlo dos comunicador(es) »* (cfr. Manuel da Costa Andrade, “«Bruscamente...”, *cit.*, n.º 3951, p. 339). A autotutela que se assume sobrevir quando uma mensagem chega ao seu destinatário (« *o destinatário passa a dispor de meios de autotutela, desde a instalação de sistemas de segurança, programas antivírus, codificação críptica, firewalls [programas que vigiam o tráfego na internet e avisam o titular do computador das tentativas de envio de programas do género “cavalo de troia”] até ao apagamento ou destruição, pura e simples, dos dados »* — *idem*, p. 340) não existe enquanto a mensagem estiver na caixa de correio eletrónico e o fornecedor de correio eletrónico mantiver controlo sobre a mensagem. Esta « *específica situação de perigo »* apenas cessa quando o destinatário *retira a mensagem* da caixa de correio eletrónico virtual e a arquiva em outro lugar do computador — passando, só então, a ter o controlo *total e exclusivo* sobre ela, deixando de ter de *confiar* no sistema de comunicações e podendo protegê-la como entender. Confiança essa que, como se viu, é o âmago da tutela especialmente conferida pelo artigo 34.º da Constituição: quem comunica à distância carece da « *mediação necessária de terceiro, isto é, de um fornecedor de serviços de comunicação à distância »,* o que supõe um « *procedimento em que, como precisa o Tribunal Constitucional Federal (22.8.2006), vai coenvolvida uma “perda de privacidade” (Verlust an Privatheit), uma vez que quem comunica tem de fazê-lo submetendo-se às especificidades e exigências daquele sistema de comunicação e confiar nele, para não dizer confiar-se a ele »* (*ibidem*, p. 338). E se a proteção suplementar das comunicações radica na necessidade de *confiança* no terceiro que assegura o processo comunicativo, isso há de implicar que sobre o utilizador não recaia o ónus de apagar diariamente as mensagens sob domínio do *provider* (ou de as marcar como “não lidas”) para poder beneficiar da inviolabilidade do sistema. É esta, em suma, a razão pela qual, no caso do correio eletrónico, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade das comunicações não abrange apenas as mensagens *ainda não lidas* (« *o conhecimento do destinatário pressupõe da parte deste um gesto necessário de “chamada” da mensagem, gesto que desencadeia um ato de telecomunicação [do provider para o destinatário] »*), estendendo-se ainda às mensagens já abertas — os « *e-mails que continuam (e enquanto continuam) no domínio — e, por causa disso, expostos à intromissão arbitrária — do provider »* (cfr. *ibidem*, p. 342). 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.

18.3. Em benefício da recondução das mensagens de correio eletrónico sinalizadas como abertas ao âmbito de incidência da proibição que se extrai dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, uma terceira razão pode ser ainda invocada. É que, ainda que fosse possível operar com um critério baseado na distinção mensagens *lidas* e *não lidas*, certo continuaria a ser que o acesso a uma caixa de correio eletrónico em que se mantenham mensagens *abertas* envolve necessariamente a intromissão em comunicações indiscutivelmente abrangidas pelo direito à inviolabilidade das comunicações. Com efeito, tendo-se concluído que a proteção constitucional das comunicações abrange os *dados de tráfego*, é bom de ver que a admissibilidade de consulta de uma caixa de correio eletrónico — que contenha algumas mensagens *abertas* e outras *por abrir* — revela um conjunto de informações *das mensagens fechadas* necessariamente abrangido pelo disposto no artigo 34.º da Constituição.

Como se concluiu no Acórdão n.º 687/2021:

«Efetivamente, a simples visualização de uma “caixa de correio eletrónico”, sem que sequer se abra cada uma das mensagens individuais aí gravadas, pode permitir o conhecimento não apenas de elementos



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

respeitantes à concreta comunicação ou mensagem (como, por exemplo, o “assunto”), como também de elementos relativos ao emissor e destinatário das mensagens, número de interações comunicativas, suas data e hora, volume de dados transmitidos, ou IP de origem, que se configuram como dados de tráfego. Ou seja, se no caso de apreensão de correspondência postal passa a ser do conhecimento das autoridades o remetente, o destinatário e a data do carimbo de correio, no caso do correio eletrónico a informação de tráfego disponível é bastante mais vasta, sendo possível saber, por exemplo, a data e hora específicas a que um e-mail foi enviado, se continha, ou não, documentos anexos, se se dirigia a mais destinatários (e quais) e se constituiu resposta a ou reencaminhamento de mensagens anteriores.»

Diferentemente do que sucede na correspondência postal *não lida* (em que a única informação exterior é o carimbo do correio e, porventura, a indicação do remetente), as mensagens de correio eletrónicas — mesmo *antes de lidas e abertas* — revelam um conjunto de informações mais amplo e sensível, compreendendo «*especialmente o se, o quando, o como, entre que pessoas ou entre que aparelhos a comunicação teve lugar ou foi tentada*» (Manuel da Costa Andrade, “«Bruscamente...», *cit.*, n.º 3951, p. 340). Nessa medida, uma norma que atribua à AdC o poder de aceder a uma caixa de correio eletrónico para busca de mensagens *já abertas* tem sempre como resultado facultar-lhe o acesso a dados relativos a *mensagens não abertas e não lidas* (comunicações, indiscutivelmente), o que sempre ativaría a tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, ainda que aquelas não estivessem tuteladas, como efetivamente estão, pelo regime relativo à inviolabilidade das comunicações ali estabelecido.

19. Tendo-se concluído que a busca e apreensão pela AdC de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas se encontra *sob incidência do regime definido nos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição*, há agora que verificar se a circunstância dessa busca e apreensão terem lugar «*em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência*» coloca a norma sindicada a coberto do âmbito material da exceção prevista no segmento final daquele n.º 4, que ressalva da proibição de ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação «*os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*».

Numa primeira aproximação à determinação do âmbito de aplicação da exceção contida no inciso final do n.º 4 do artigo 34.º, há um dado que parece consensual. Nessa delimitação, o intérprete da Constituição deve partir da ideia de que «a autorização constitucional expressa para a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações é [ali] completada com a discriminação dos *fins e interesses* a prosseguir com a lei restritiva ou com o *critério* que deve balizar a intervenção do legislador ordinário» (Acórdão n.º 403/2015, n.º 16), o que constitui, simultaneamente, a «*garantia de que tais restrições não estão autorizadas noutras matérias e para outras finalidades*» (*idem*).

Não há dúvida, portanto, de que a ressalva dos *casos previstos na lei em matéria de processo criminal* consubstancia uma «*reserva qualificada*» em matéria de restrição de direitos, cujo sentido é o de só autorizar o legislador a restringir o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações «*para essas finalidades, ou seja, para a salvaguarda dos direitos ou valores enunciados*» (Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, 2019, p. 279). O problema surge, todavia, quando se pergunta quais são — ou com que critério identificar — os «*fins e interesses*», os «*direitos ou valores*» a cuja salvaguarda se dirige a ressalva contida no inciso final n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

Na resposta a essa questão, são duas as posições defendidas na jurisprudência deste Tribunal.

19.1. A primeira, amplamente maioritária, remonta ao Acórdão n.º 403/2015, tendo feito vencimento no Acórdão n.º 464/2019 e merecido recente confirmação no Acórdão n.º 687/2021. De acordo com esta posição, tais «*direitos ou valores*» só podem ser aqueles para cuja tutela *haja sido instaurado um determinado procedimento criminal*. Ao dispor que as restrições ao direito à inviolabilidade das comunicações apenas são admissíveis «*em matéria de processo penal*», a Constituição terá pretendido que tais restrições apenas tivessem lugar no âmbito «*de um processo criminal devidamente formalizado*» (Acórdão n.º 464/2019, n.º 11.2.3., *italico aditado*), proscurendo em absoluto a possibilidade de qualquer tipo de ingerência nas comunicações em *processos outra natureza*, designadamente *contraordenacional*, independentemente dos direitos e valores cuja tutela através deles se prossegue.

Nesse sentido, entendeu-se no Acórdão n.º 403/2015:

«**17.** Ao definir o campo de incidência da lei restritiva do direito à inviolabilidade das comunicações pela “matéria de processo criminal” a Constituição ponderou e tomou posição (em parte) sobre o conflito entre os bens jurídicos protegidos por aquele direito fundamental e os valores comunitários, especialmente os da segurança, a cuja realização se dirige o processo penal. Não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações *só pode valer em matéria de processo penal*. É que a não inclusão de outras matérias do âmbito da restrição do direito à inviolabilidade das comunicações, não é contrária ao plano ordenador do sistema jurídicoconstitucional. Ainda que se pudesse considerar, em abstrato, que há outras matérias em que o valor da segurança sobreleva os valores próprios do direito à inviolabilidade das comunicações, a falta de cobertura normativa da restrição em matérias extraprocessuais não frustra as intenções ordenadoras do atual sistema, porque há razões político-jurídicas que estão na base da abstenção do legislador constitucional.

(...)

Nada autoriza, pois, a admitir uma eventual extensão do âmbito da ressalva final do n.º 4 do artigo 34.º - para a qual, aliás, o intérprete, neste contexto concreto, não dispõe de instrumentos metodológicos adequados.

De facto, a referência ao processo criminal não é apenas uma indicação teleológica, mas também a localização da restrição à proibição de ingerência numa área estruturada normativamente em termos de oferecer garantias bastantes contra intromissões abusivas. Ao autorizar a ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação apenas em *matéria de processo penal*, e não para quaisquer outros efeitos, a Constituição quis garantir que o acesso a esses meios, para salvaguarda dos valores da “justiça” e da “segurança”, fosse efetuado através de um instrumento processual que também proteja os direitos fundamentais das pessoas. Porque a ingerência nas comunicações põe em conflito um direito fundamental com outros direitos ou valores comunitários, considerou-se que a restrição daquele direito só seria autorizada para realização dos valores da justiça, da descoberta da verdade material e restabelecimento da paz jurídica comunitária, os valores que ao processo criminal incumbe realizar. Assim, remeteu para o legislador processual penal a tarefa de “*concordância prática*” dos valores conflituantes na ingerência nas comunicações privadas: por um lado, a tutela do direito à inviolabilidade das comunicações; por outro, a viabilização da justiça penal. Na verdade, como escreve FIGUEIREDO DIAS, «o processo penal é um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual» (cfr. *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, pág. 59).

Assim, a referência ao *processo criminal*, encontrando-se estreitamente associada à Constituição, onde se detetam normas diretamente atinentes a essa matéria e que condensam os respetivos princípios estruturantes (artigo 32.º) - a ponto de se falar numa *constituição processual criminal* -, tem um sentido hermenêutico inequívoco, não podendo deixar de ser entendido como a “sequência de atos juridicamente preordenados praticados por pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre a prática de um crime e as suas consequências jurídicas”»

Segundo a posição maioritária, a finalidade do inciso final do n.º 4 do artigo 34.º é delimitar o âmbito das restrições à garantia da inviolabilidade das comunicações através da sua recondução *às situações enquadradas pelo processo penal*» (Acórdão n.º 403/2015, n.º 17), reservando a possibilidade de ingerência pelas autoridades públicas à *investigação ou produção de prova no âmbito de um processo penal em curso*» (Acórdão n.º 464/2019, n.º 11.1.2.). Ao definir os termos da autorização concedida ao legislador para restringir o direito à inviolabilidade das comunicações através da referência explícita à *matéria de processo criminal*, a Constituição terá pretendido que aquela restrição apenas ocorra nos casos em que o *peso da ingerência nas comunicações* se ache contrabalançado pelo *peso das garantias inerentes ao estatuto constitucional dos arguidos em processo criminal*, refletidas no «regime de nulidade de provas obtidas através de métodos inadmissíveis e [n]a obrigatoriedade de intervenção de um juiz quando esteja em causa a prática de atos potencialmente lesivos de direitos fundamentais» (*idem*, n.º 9.2.).

Neste sentido, afirmou-se no Acórdão n.º 403/2015:

«Desde logo, a realização da justiça, não sendo um fim único do processo criminal, apenas pode ser conseguida de modo processualmente válido e admissível e, portanto, com o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas que no processo se veem envolvidas. O respeito desses direitos conduz, por exemplo, a considerar inadmissíveis certos métodos de provas e a cominar a nulidade de «todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» (cfr. artigo 32.º, n.º 8, da CRP). A nulidade das provas, com a consequente impossibilidade da sua valoração no processo, quando sejam



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

obtidas por ingerência abusiva nas comunicações, corresponde assim a uma *garantia do processo criminal* e resulta de ter havido acesso à informação fora dos casos em que a própria Constituição consente a restrição ao princípio da inviolabilidade dos meios de comunicação privada.

Por outro lado, a referência ao processo criminal implica que a intervenção restritiva careça de prévia autorização judicial. Sendo o processo criminal uma forma heterocompositiva através da qual se realizam as funções de *jurisdictio* referidas à atuação de pretensões baseadas em normas públicas de direito criminal, exige-se a intervenção de um órgão qualificado para essas funções (cfr. artigo 202.º da CRP). Embora se não trate de um caso em que a reserva do juiz ou a reserva de primeira decisão se encontre especialmente individualizada na Constituição (cfr. Acórdãos n.ºs 4/06 e 426/2005), como sucede em matéria de privação de liberdade (artigos 27.º, n.º 2, e 28.º, n.º 1), entrada no domicílio sem consentimento do titular (artigo 34.º, n.º 2), inibição do poder paternal (artigo 36.º, n.º 6), liberdade de associação (artigo 46.º, n.º 2) e regularidade e validade dos atos do processo eleitoral (artigo 113.º, n.º 7), não pode deixar de reconhecer-se que a reserva absoluta do juiz tende a afirmar-se quando não existe qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de resolução de litígio (Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pág. 663). O que é particularmente evidente quando se trate de questões que se reportam ao *núcleo duro da função jurisdicional*, como é o caso das competências exclusivas do juiz de instrução (artigos 268.º e 269.º do Código de Processo Penal), em que releva a prática de atos que afetam direitos, liberdades e garantias das pessoas (cfr. Vieira de Andrade, “Reserva do juiz e intervenção ministerial em matéria de fixação da indemnizações por nacionalizações”, *Scientia Iuridica*, Tomo XLVII, n.ºs 274-276, julho/dezembro, 1998, pág. 225). Esse é seguramente o caso quando está em causa a interceção, gravação ou registo de comunicações (artigo 269.º, n.º 1, alínea c), do CPP)» (n.º 17).

19.2. A esta compreensão dos termos da autorização constitucional para restringir o direito à inviolabilidade das comunicações, que circunscreve a possibilidade de ingerência ao âmbito do processo penal formalizado, opõe-se uma outra, minoritária, defendida em declaração de voto subscrita pelo Juiz Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro e pela ora relatora, aposta ao Acórdão n.º 464/2019.

Partindo da premissa segundo a qual os preceitos constitucionais devem ser interpretados *à luz da própria Constituição*, enquanto unidade dotada de uma coerência axiológica intrínseca, tal posição sustenta que os «*finis e interesses*», «*direitos ou valores*» para a salvaguarda dos quais é concedida ao legislador autorização para restringir o direito à inviolabilidade das comunicações «*em matéria de processo criminal*» são aqueles que a *própria ordem constitucional* consente que sejam inscritos nesse específico âmbito ou domínio da regulação. O *conteúdo positivo* da exceção à proibição de ingerência nos dados de comunicação constante do inciso final do n.º 4 do artigo 34.º é recortado assim, não a partir do *conceito formal de crime* — segundo o qual crime «*será tudo, mas só aquilo que o legislador considerar como tal*» (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 121) —, mas a partir do *conceito material de crime* — aquele que a ordem axiológica jurídico-constitucional integra e reflete —, essencialmente constituído pela noção de *bem jurídico*, enquanto «*valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total*» (*idem*, p. 136).

Partindo desta premissa, à questão de saber «*o que é exatamente «matéria de processual criminal»*» respondeu-se nessa declaração da seguinte forma:

«É todo o domínio da regulação que participe da natureza própria do «direito penal total», cuja propriedade essencial é a *função específica* de proteção dos bens fundamentais da vida em comunidade organizada, através da prevenção de lesões futuras e da repressão de lesões passadas.

Nos casos de tutela *retrospectiva*, a defesa dos bens fundamentais da comunidade — precisamente aqueles que a Constituição consagra e incumbe o Estado de proteger — encontra o seu arquétipo de concretização no âmbito do processo criminal: é através da instauração de um processo que se determina se foi praticado determinado crime e quem foi o seu autor, e, em caso afirmativo, se decide qual a pena que a este deverá ser aplicada de modo a assegurar a reafirmação contrafáctica da validade e vigência da norma penal violada e, em última instância, a *defesa da ordem constitucional*.

Ora, é nesta particular e relevantíssima finalidade, desempenhada paradigmaticamente pelo processo penal, que reside a *razão de ser* da autorização excecional de acesso a dados de comunicação prevista no segmento final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição: ao limitar os possíveis casos de ingerência «à matéria de processo penal», a Constituição assegura que o acesso a dados de comunicação apenas poderá ser autorizado pelo legislador ordinário quando a *medida* que o concretiza participar da finalidade de defesa dos



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

bens fundamentais da comunidade, e se mantiver, por via disso, dentro do *critério de valor* que caracteriza e singulariza o domínio da vida que justifica tal restrição.»

É esta a posição que aqui se seguirá.

Crê-se, aliás, que o regime jurídico *sub judice* constitui um elucidativo exemplo de que tal posição, para além de assegurar o alinhamento do preceito interpretando com o sistema articulado de regras e princípios que a Constituição corporiza enquanto ordenação unitária da vida política e social de uma determinada comunidade estadual — e, com isso, a *cogência intertemporal* do programa normativo que ali se contém —, é a única capaz de colocar o legislador ordinário a salvo do dilema, seguramente não pretendido pela ordem jurídico-constitucional, entre a *ineficácia* da perseguição das práticas restritivas da concorrência — em evidente colisão com os objetivos da Diretiva ECN+ e com as próprias regras comuns relativas à concorrência que constam dos artigos 101.º e 102.º do TFUE — e a *desconsideração* do critério constitucional da *necessidade ou carência de tutela penal*, quando se trate de selecionar o ramo do direito sancionatório que deverá desempenhar aquela função.

Nos pontos seguintes, procurar-se-á explicar porquê.

20. O direito da concorrência, nacional e europeu, destina-se a garantir a integridade do funcionamento dos mercados. As respetivas normas protegem os consumidores e as empresas de práticas comerciais concertadas que tenham por finalidade ou efeito impedir, restringir ou falsear o livre desenvolvimento dos mercados, assegurando aos primeiros reais *«possibilidades de escolhas»* e franqueando às segundas o ingresso num circuito livre de *«obstáculos»* gerados por quem dele beneficia, de modo a *«permitir-lhes criar riqueza e empregos»* (Considerando 1 da Diretiva ECN+).

Trata-se, assim, de um conjunto de normas que se inscrevem, por um lado, na incumbência prioritária do Estado fixada na alínea f) do artigo 81.º da Constituição, que o vincula a *«[a]ssurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral»*, e se reconduzem, por outro, ao direito fundamental dos consumidores *«à proteção [...] dos seus interesses económicos»*, consagrado no n.º 1 do artigo 60.º da Lei Fundamental, constituindo um dos principais eixos da tutela a estes constitucionalmente devida contra práticas comerciais manipuladoras e abusivas, designadamente aquelas que *«mantêm os preços de produtos e serviços artificialmente elevados»* (Considerando 1 da Diretiva ECN+).

Dispondo o bem jurídico tutelado pelo direito sancionatório da concorrência de inequívoco assento jurídico-constitucional — protegê-lo constitui mesmo, como vimos, um dever prioritário do Estado —, não há dúvida de que nos encontramos *em matéria* que a Constituição permite que o legislador situe no (ou alocue ao) domínio do *direito penal, substantivo e adjetivo*. Do ponto de vista da Constituição — aquele que aqui releva —, o controlo do chamado *«poder de mercado»* constitui um valor da *«máxima relevância jurídica»* (expressão utilizada no Acórdão n.º 377/2015), cuja *proteção* o legislador se encontra por isso legitimado a prosseguir através da ameaça de *sanções penais*, que são *«aquelas que em geral maiores sacrifícios impõem aos direitos fundamentais»* (Acórdão n.º 99/2002).

21. Contudo, é sabido também que a presença de um *bem jurídico dotado de dignidade penal* — no caso, o livre desenvolvimento dos mercados — constitui uma *condição necessária*, mas não uma *condição suficiente* para validar a decisão político-criminal que conduza sancionar, não com *coimas*, mas com *penas*, os comportamentos suscetíveis de o lesar ou fazer perigar — aqui, as práticas restritivas da concorrência. Uma vez que, por força da *natureza subsidiária* ou de *ultima ratio* que o *princípio da proibição do excesso* também fixa ao direito penal (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), este apenas poderá intervir, com *«o arsenal das suas sanções específicas»*, *«nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não penal, se revelem insuficientes ou inadequados»* (Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal”..., cit., p. 147), o sancionamento das práticas anticoncorrenciais através de medidas penais — e, consequentemente, no *âmbito de um processo penal* — está materialmente vinculado à comprovação de que, para além de em causa se encontrar a proteção de um direito ou interesse constitucionalmente relevante, essa proteção não pode ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo. Assim é porque, como se escreveu no Acórdão n.º 108/1999:

«[o] direito penal, enquanto *direito de proteção*, cumpre uma função de *ultima ratio*. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger *bens jurídicos* - e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos *violentas* do que as sanções criminais. É, assim, um direito enformado pelo *princípio da fragmentariedade*, pois que há de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à proteção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. E enformado, bem assim,



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

pelo *princípio da subsidiariedade*, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para proteção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais hão de constituir sempre o último recurso.»

Nesta ponderação, cometida à *política criminal*, é esperado que a opção entre a cominação de sanções penais e o recurso a sanções de outra natureza, mormente *contraordenacional*, seja tomada com base apenas nos *critérios* que relevam da *necessidade ou carência de tutela penal*: determinando-se que a proteção de certo *bem jurídico-penal* pode ser suficientemente assegurada através da colocação dos comportamentos que o lesem ou façam perigar sob ameaça da aplicação de coimas, eventualmente complementadas por sanções acessórias (cf. artigo 21.º do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro), o recurso a medidas privativas da liberdade deixará de representar uma *solução indispensável* para a «*salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*» (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Como não pode deixar de ser, a integração do controlo das práticas restritivas da concorrência no âmbito do direito contraordenacional exprime o resultado de uma ponderação deste tipo. Isto é, reflete a convicção político-criminal de que o risco de anulação, restrição ou falseamento da concorrência no mercado através de acordos entre empresas ou de práticas entre concertadas (artigo 9.º do RJC), bem como o de exploração abusiva da posição dominante por uma ou mais delas (artigo 11.º do RJC) ou do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente (artigo 12.º do RJC), é (ou continua a ser) suficientemente acautelado através do recurso à «*ordem sancionatória não privativa da liberdade*» em que se consubstancia o direito das contraordenações (Nuno Brandão, *Crimes e Contraordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra, 2016, Coimbra Editora, p. 863), mais concretamente mediante a sujeição dos respetivos agentes à aplicação de uma coima, em regra, até «*10/prct. do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC*» (artigos 68.º, n.º 1, alínea a), e 69.º, n.º 4, do RJC, na sua atual redação), combinada ou não com alguma das sanções acessórias previstas no artigo 71.º do RJC ou mesmo ambas em conjunto.

Conforme é já neste momento facilmente antecipável, uma leitura da autorização contida no segmento final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição que reserve a possibilidade de «*busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas*» à investigação ou produção de prova no âmbito de um *processo penal pendente* pode subverter dramaticamente os termos desta ponderação, sobretudo se não se perder de vista que, em matéria de criminalização, o Tribunal Constitucional só deve proceder à censura das opções legislativas quando o recurso a sanções penais se apresente *manifestamente arbitrário ou excessivo* (v., por todos, os Acórdãos n.ºs 643/1993, 99/2002, 494/2003).

22. Se as *medidas penais*, como se disse no Acórdão n.º 99/2002, «*só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido* (cfr. artigo 18.º da Constituição)», não é menos verdade que esse juízo cabe, em primeira linha, ao *legislador democrático*, «ao qual se há de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade» (Acórdão n.º 634/1993). No fundo, trata-se de «*salvaguardar o «primado político do legislador» (Bachof) nos espaços de discricionariedade decorrentes do princípio da subsidiariedade*», a ele reservando «*a competência para definir os objetivos políticos e os critérios de adequação, como assumir os riscos pelas expectativas ou prognósticos sobre cuja antecipação assentam as suas decisões normativas — Cf. O. Bachof, «Estado de Direito e Poder Político. Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política», BFDC 1980, p. 9 e sg.*» (Manuel da Costa Andrade, “O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 228, nota 34).

Ora, relativamente às práticas restritivas da concorrência, não há dúvida de que o legislador se encontra expressamente vinculado tanto pela Constituição como pelo Direito da União, originário e derivado, a combatê-las e a controlá-las com *suficiente eficácia* de modo a garantir a *efetiva integridade do funcionamento dos mercados*, nacional e comunitário. Daí não se segue, contudo, no plano da conformação dos mecanismos de controlo, que a escolha haja de recair sobre o *arsenal específico de sanções próprio do direito penal*. No exercício da ampla margem de avaliação de que dispõe para o efeito, o mesmo legislador pode simultaneamente reconhecer — como efetivamente o vem fazendo — que essa *eficácia* não pressupõe nem depende do maior *conteúdo afliitivo* que as *penas* tendencialmente encerram para os agentes do ilícito, por oposição às sanções proporcionadas pelo direito contraordenacional; isto é, pode igualmente concluir que a prevenção e repressão das práticas anticoncorrenciais não carece do emprego do particular nível de restrição das liberdades inerente à aplicação de sanções penais, sendo, ao invés, suficientemente assegurada pela colocação das empresas que intervêm no mercado sob ameaça de aplicação de *coima e sanções acessórias*, designadamente com o recorte atualmente previsto nos artigos 68.º, n.º 1, alínea a), e 69.º, n.º 4, do RJC.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Do ponto de vista da *eficácia* do controlo das práticas anticoncorrenciais, o problema começa, todavia, quando se trata de estabelecer, na modelação do processo contraordenacional, os *meios de obtenção de prova admissíveis*. E percebe-se facilmente porquê.

Prevalecendo o entendimento de que, seja qual for a relevância jurídico-constitucional do bem cuja tutela se prossegue, o n.º 4 do artigo 34.º da Constituição apenas autoriza o legislador a consentir na ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações se essa ingerência for levada a cabo no *âmbito de um processo penal pendente*, a mera constatação de que as práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC dificilmente serão detetadas, pelo secretismo que rodeia as condições em são forjadas, à margem do acesso ao correio eletrónico profissional dos entes envolvidos impelirá o legislador a fazer uso do *espaço de discricionariedade* decorrente do *princípio da subsidiariedade* em benefício da intervenção do direito penal, apesar do carácter não indispensável da *pena*.

Já se se entender que o sentido da exceção contida no inciso final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição é o de autorizar o legislador a lançar mão de meios de obtenção de prova que impliquem a ingerência de autoridades públicas nas telecomunicações sempre que, mas apenas quando, o mecanismo de que concretamente se trate for *adequado, necessário e proporcional* à tutela de um bem da «*máxima relevância jurídica*» segundo a axiologia subjacente à própria ordem jurídico-constitucional, independentemente de essa tutela ocorrer através da ameaça de uma *pena* ou, por escrupuloso respeito ao *princípio da subsidiariedade* (o mesmo é dizer, ao *princípio da proibição do excesso*), mediante a intervenção da ordem sancionatória não privativa da liberdade representada pelo direito das contraordenações, será possível ao legislador dotar a AdC de «*meios para [aplicar] as regras de forma eficaz*», evitando que «*as práticas anticoncorrenciais fiquem impunes, porque [...] não se conseguem recolher elementos de prova de práticas anticoncorrenciais*» (Considerando 6 da Diretiva), sem renunciar à função de *ultima ratio* que a Constituição fixa ao direito penal.

Como é bom de ver, apenas esta compreensão do âmbito de incidência da exceção contida no segmento final do n.º 4 do artigo 34.º eliminará o risco de que a opção pela criminalização de determinado comportamento — no caso, as práticas restritivas da concorrência — se fique verdadeiramente a dever, não à necessidade da pena, mas à necessidade de assegurar o acesso a determinados meios de obtenção de prova, não disponíveis de outro modo e — o que é mais relevante ainda —, permitirá que a ordem jurídico-constitucional se realize por inteiro, enquanto sistema axiológico coerente e unitário, livre de aporias e de insanáveis contradições.

23. Conforme antecipado já (*v. supra*, o n.º 19.1), a este entendimento objeta-se, contudo, com o argumento de que a referência explícita ao processo penal constante do inciso final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição releva de uma ponderação que leva em conta não apenas as *finalidades* que podem legitimar a intervenção legislativa de restrição, mas também o *estatuto constitucional do arguido em processo criminal*, o qual «*assegura o regime de nulidade de provas obtidas através de métodos inadmissíveis e a obrigatoriedade de intervenção de um juiz quando esteja em causa a prática de atos potencialmente lesivos de direitos fundamentais*» (Acórdão n.º 464/2019, o n.º 9.2.).

Trata-se de um argumento refutado na declaração de voto atrás referida, que uma vez mais aqui se seguirá. Como aí se escreveu:

«[tal argumento] não consegue superar, pelo menos de forma convincente, as dificuldades que ele próprio cria quando faz assentar a justificação última do recorte da exceção prevista no segmento final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição nas *garantias constitucionais do arguido*, e estas na *existência de um processo penal formalizado*, com o sentido que lhe é dado pelo Código de Processo Penal. Demonstra-o, desde logo, a circunstância de o acesso a *dados de conteúdo* no âmbito de um processo penal — domínio em que o potencial de lesão de autodeterminação comunicativa é da *máxima* intensidade — se não encontrar dependente da constituição, nem *prévia*, nem *ulterior*, do suspeito como arguido. Uma vez instaurado o inquérito — o que ocorre sempre que for adquirida a notícia do crime, independentemente do conhecimento da identidade dos seus agentes (artigo 262.º, n.º 1) —, o juiz de instrução pode autorizar, nos termos previstos na lei, tanto a apreensão de correspondência (artigo 179.º, n.º 1), como a interceção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas (artigo 187.º, n.º 1), ainda que, por ausência de suspeita fundada quanto à autoria, o visado nunca chegue a ser constituído arguido (artigo 68.º, n.º 1, *a contrario*) e o inquérito acabe por ser arquivado (artigo 277.º, n.º 2, segunda parte). [...]

Aquilo que, por força da Constituição, não pode em caso algum ocorrer — e é essa, mas apenas essa, a tensão a que responde o *direito das proibições de prova* —, é a *responsabilização criminal* de certo agente pela prática de determinado ilícito com base em elementos de prova obtidos através do acesso a dados de conteúdo, ou a dados de tráfego respeitantes a uma comunicação intersubjetiva, à margem de um processo penal



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

formalizado e sem que aí tenham sido asseguradas todas as garantias de defesa inerentes ao estatuto de arguido.

Em matéria de dados de comunicação, as garantias que a pendência de um processo penal proporciona são aquelas que se *explicam e justificam* a partir da *finalidade punitiva* do processo: é na medida em que os elementos a que se acedeu poderão servir como *meio de prova* para sustentar uma condenação que ao arguido é assegurado o direito de contestar a sua validade – e logo, a sua atendibilidade – ao longo das diversas fases em que é suposto tomá-los em conta. Trata-se, por isso, de garantias que se situam numa fase *posterior*, e não *prévia*, à ingerência nas comunicações.

As garantias que a existência de um processo penal assegura *ex ante* – e, mais do que isso, aquelas que é *suscetível* de assegurar – são unicamente as que resultam da verificação dos *presupostos legais* que condicionam a admissibilidade do acesso – tipo de crime, pena aplicável e relevância ou indispensabilidade da ingerência do ponto de vista das finalidades que com ela se prosseguem —, da exigência de uma *intervenção judicial* e, finalmente, do *juízo de ponderação* que para ela se convoca.»

No que diz respeito à relação entre o *acesso* das autoridades públicas a dados de conteúdo ou de tráfego em matéria de processo criminal e as *garantias processuais* do sujeito visado, decorrem da Constituição duas exigências fundamentais, mas que não devem ser confundidas: a primeira, que resulta dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º, em conjugação com o inciso final do n.º 4 do artigo 32.º, diz respeito aos *requisitos do acesso*, implicando que este não possa ter lugar, pelo nível de ingerência que comporta nos direitos fundamentais do *titular da correspondência ou do meio de comunicação*, sem que tenham sido asseguradas as garantias inerentes a um *controlo judicial prévio*, baseado numa ponderação que leve em conta a gravidade da infração investigada, a solidez das razões invocadas para justificar a necessidade do acesso e a indispensabilidade da diligência para a realização das finalidades que com ela se pretendem prosseguir; a segunda, que decorre já do programa normativo especialmente traçado nos n.ºs 1, 8 e 10 do artigo 32.º, diz respeito à *utilização dos dados acedidos*, implicando que estes não possam servir para estabelecer pressupostos de responsabilidade fora de um processo sancionatório formalizado e sem que aí tenha sido assegurado ao *visado pelo procedimento* o direito de contestar a sua validade e atendibilidade probatórias, em particular o direito de invocar a respetiva nulidade por «*abusiva intromissão na vida privada [...], na correspondência ou nas telecomunicações*» (n.º 8 do artigo 32.º) — direitos que, sendo *inerentes* ao estatuto de arguido em processo penal, não são, contudo, dele (necessariamente) *privativos* (sobre a jurisprudência do TJUE relativa à aplicação aos processos de direito europeu da concorrência das garantias de defesa asseguradas pelo processo penal, *v. Nuno Castro Marques, Contributo para a autonomia do direito nacional da concorrência, em particular na criminalização dos cartéis*, Porto, 2017, Universidade Católica Editora Porto, p. 335-355).

No caso vertente, situamo-nos no âmbito daquela primeira exigência. A norma de que resulta a possibilidade de *busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência* diz respeito aos *presupostos de acesso* a dados abrangidos pela garantia de inviolabilidade dos meios de comunicação privada e não às condições em que a *utilização dos dados acedidos* pode ter lugar. Ao contrário do primeiro, este problema apenas se coloca no caso de (e no momento em que) os dados acedidos virem a ser efetivamente utilizados pelas autoridades públicas responsáveis pelo acesso, em desfavor do titular das comunicações acedidas ou de um terceiro.

24. Tendo-se concluído que a natureza (apenas) contraordenacional do processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência não exclui em absoluto a possibilidade de previsão da ingerência nas comunicações a coberto da autorização concedida pelo inciso final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, a confrontação da norma sindicada com o que aí se dispõe requer ainda um último passo. Isto porque, quando define em matéria de processo criminal os casos em que pode ser excepcionalmente afastada a proibição de ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações, o legislador *permanece* sujeito aos limites que o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, fixa às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, o que significa, de acordo com a metódica do triplo teste em que se funda o controlo baseado no princípio da proibição do excesso, que a possibilidade de *busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência* apenas será constitucionalmente viável se tiver em vista uma *finalidade legítima*, para a prossecução da qual consubstancie um meio *idóneo, necessário e proporcional*.

Ora, a disponibilização do meio de obtenção de prova que a norma sindicada faculta à AdC inscreve-se no propósito, enfatizado e reforçado pela Diretiva ECN+, de dotar a autoridade nacional da concorrência de instrumentos eficazes para a recolha de elementos de prova das infrações cometidas através de práticas



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

anticoncorrenciais, cuja impunidade, como ali se diz, impedirá as empresas «de concorrerem com base nos seus méritos» (Considerando 6) e penalizará severamente os consumidores, tendo em conta que, «[n]uma economia de mercado, um dos principais instrumentos de defesa dos interesses económicos [destes] são as instituições de defesa da concorrência, sancionando-se, designadamente as práticas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante» (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 782).

Para a realização desta finalidade, a possibilidade de acesso, através de busca e apreensão em sistemas informáticos, a comunicações eletrónicas enviadas e recebidas no âmbito do correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes constitui uma medida *idónea e necessária*. *Idónea* porque as práticas anticoncorrenciais proibidas — em particular as que se traduzem em acordos entre empresas concorrentes tendo por objeto a fixação dos preços, a atribuição de quotas de produção ou de venda, o controlo da distribuição ou do desenvolvimento técnico e a repartição dos mercados — resultam precisamente de trocas de informação e comunicações entre as partes envolvidas, através das quais são forjados os esquemas de manipulação e falseamento do livre desenvolvimento dos mercados. *Necessária* porque, atendendo ao que acabou de dizer-se, não são facilmente configuráveis, *em abstrato*, outros meios de obtenção de prova, menos onerosos e tão ou mais eficazes, para o combate às práticas que põem em causa a criação e o funcionamento de «mercados concorrenciais mais abertos e mais justos» (Diretiva ECN+, Considerando 1), internamente e na União. Na verdade, «a informalidade que caracteriza as práticas restritivas mais graves — os cartéis —» pode mesmo implicar que não possam considerar-se asseguradas as «condições mínimas para a investigação tendente ao exercício dos poderes sancionatórios» sem a previsão de um regime de busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico (neste sentido, referindo-se aos “danos colaterais” para a defesa da concorrência gerados pelo entendimento restritivo dos poderes da AdC que resultou das alterações introduzidas ao Código de Processo Penal pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, que equipararam, como atrás se viu, a recolha de prova em meio digital a escutas telefónicas, *v.* Miguel Moura e Silva, “As práticas restritivas...”, *cit.*, p. 24). Conforme alertou o Conselho Superior da Magistratura em parecer datado de 23 de fevereiro de 2012, emitido durante o procedimento legislativo que culminou na aprovação da Lei n.º 19/20212, «[a]s mensagens de correio eletrónico são um dos raros meios de prova disponíveis para a prova dos cartéis, abstraindo dos requerimentos de clemência. Nesta conformidade, a falta de norma deixará a AdC com a mesma dificuldade com que já hoje se depara nas suas buscas, aliás contra a corrente dos poderes das suas congéneres europeias e da própria Comissão Europeia [...]»

Também por esta razão não pode dizer-se que a recolha de prova em processo sancionatório por práticas anticoncorrenciais através da busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas constitua, mesmo perante o nível de afetação a que submete os direitos fundamentais contrapostos, uma medida *inevitavelmente excessiva* ou *desproporcionada*, ao ponto de dever considerar-se, *só por si, inacessível* ao legislador ordinário, independentemente das *garantias* que simultaneamente se assegurem aos titulares das posições afetadas, o mesmo é dizer, do *regime* em que surja consagrada.

Conforme se verá no ponto seguinte, em que se apreciará a segunda questão de constitucionalidade colocada pelas recorrentes, é justamente neste plano, relativo às *condições* em que o acesso às mensagens de correio eletrónico aberto pode ter concretamente lugar, que se situa a incompatibilidade com a Constituição da solução legal de que emergem as normas que integram o objeto do presente recurso.

25. Da segunda norma impugnada decorre que, «em processo por prática restritiva da concorrência, é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público». Esta norma foi extraída alínea c) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do RJC, que estabelecem o regime da «busca, exame, recolha e apreensão» facultadas à AdC no exercício dos seus poderes sancionatórios.

Tal como continua a verificar-se após as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2022, este regime distingue-se daquele que se encontra previsto no artigo 19.º para a «busca domiciliária» pelo facto de, ao contrário deste, não fazer depender a realização de qualquer daquelas diligências da *obrigatória intervenção do juiz de instrução*.

Na versão aplicável ao caso dos autos, o artigo 19.º do RJC determina que a realização de busca domiciliária, para além de supor a «violação grave» do disposto nos respetivos artigos 9.º e 11.º ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, «deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência» (n.º 1), que terá de «mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização» (n.º 2), podendo o «juiz de instrução» ordenar àquela entidade «a prestação de informações sobre os elementos que forem necessários para o controlo da proporcionalidade da diligência requerida» (n.º 3).



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 18.º do RJC prescreve que as diligências previstas nas alíneas *c)* e *d)* do n.º 1 dependem de autorização da «*autoridade judiciária competente*» — o mesmo é dizer, do juiz *ou* do Ministério Público (cfr. artigo 1.º, alínea *b)*, do Código de Processo Penal) —, independentemente da natureza do objeto buscado, examinado, recolhido ou apreendido.

Os referidos regimes mantiveram-se, no essencial, inalterados pela Lei n.º 17/2022. A nova redação dada ao n.º 4 do artigo 18.º, relativa à impugnabilidade da decisão da autoridade judiciária competente que recuse conceder à AdC a autorização para a realização das diligências agora previstas nas alíneas *a)* a *d)* do n.º 1, veio mesmo reforçar que tal autorização pode ser concedida *ou* pelo Ministério Público, cabendo neste caso reclamação para o superior hierárquico imediato na hipótese de recusa, *ou* pelo juiz de instrução, situação em que a recusa será impugnável junto do tribunal da relação competente.

Aplicando o artigo 18.º, n.ºs 1, alínea *c)*, e 2, do RJC, na redação dada pela Lei n.º 19/2012, em conjugação com o n.º 1 do respetivo artigo 20.º, o Tribunal recorrido extraiu desse “arco legal” a norma segundo a qual, «*em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público*», o que lhe permitiu afastar qualquer vício adveniente da ausência de um *controlo judicial prévio* verificada no caso *sub judice*.

Trata-se, conforme se antecipou já (*v. supra*, o n.º 23), de um juízo que não pode ser confirmado.

26. É verdade que, ao contrário do que dispõe o n.º 2 do artigo 34.º da Constituição — que reserva à *autoridade judicial competente* a decisão sobre a ingerência no domicílio —, o respetivo n.º 4 não coloca expressamente na dependência da intervenção prévia de um *juiz* a ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação privada. Daí não se segue, todavia, que o legislador se encontre constitucionalmente autorizado a dispensar essa intervenção nos casos em que admita a possibilidade de obtenção de prova através da apreensão de mensagens de correio eletrónico, abertas ou fechadas.

Esta questão foi recentemente apreciada no Acórdão n.º 687/2021, já referido, que se ocupou, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, de um conjunto de alterações ao artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), das quais decorria passar o Ministério Público a poder autorizar, ordenar e validar, enquanto autoridade judiciária competente em sede de inquérito, a apreensão de mensagens de correio eletrónico.

Partindo do diferente estatuto constitucional da *magistratura judicial* e da *magistratura do Ministério Público* e, em particular, do conjunto de garantias por um e outro proporcionadas, o Tribunal afirmou ali o seguinte:

«É certo que, como já vimos, a Lei Fundamental permite expressamente a *ingerência das autoridades públicas* na comunicação, nas suas várias formas, nos casos *previstos na lei*, em sede de *processo penal*. Além disso, não resulta diretamente da norma do n.º 4 do artigo 34.º da CRP que tal ingerência deva ocorrer, necessariamente, mediante intervenção de uma autoridade judicial. A este propósito, disse-se no Acórdão n.º 4/2006:

«O artigo 34.º da CRP, após proclamar, no n.º 1, a inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada, considera, no n.º 4, “*proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os demais casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (o inciso “*e nos demais meios de comunicação*” foi aditado pela revisão constitucional de 1997, tendo em vista as modernas formas de comunicação à distância, que não correspondem aos sentidos tradicionais de correspondência ou de telecomunicações). Da formulação literal do n.º 4 do artigo 34.º da CRP resulta a limitação direta da admissibilidade da “ingerência ... nas comunicações” ao âmbito do *processo criminal* e a sua sujeição a *reserva de lei*. Mas desse preceito constitucional já não resulta, ao menos de forma explícita e direta, a sujeição da “ingerência” a *reserva de decisão judicial*, como, diversamente, o precedente n.º 2 faz relativamente à entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade, que só pode ser ordenada “*pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei*”.»

Neste prisma, poderia defender-se que a intervenção do Ministério Público, enquanto *autoridade judiciária competente*, na fase de inquérito, bastaria — atenta a sua *autonomia* e os estritos critérios de *legalidade* pelos quais deve pautar-se a sua intervenção processual — para assegurar a conformidade constitucional da solução legal prevista nas normas questionadas.

Sucede, porém, que, tratando-se, como se demonstrou, de *normas restritivas* de direitos, liberdades e garantias, a afetação de tais direitos deverá ser a *menor possível*, devendo limitar-se ao mínimo indispensável



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

para assegurar uma efetiva prossecução dos bens e valores jusconstitucionais que fundamentam a restrição. Ora, considerando o impressivo e distinto retrato do juiz e do Ministério Público que resulta do texto constitucional e das disposições legais aplicáveis – vistos os seus diferentes estatutos e poderes – parece incontornável reconhecer que a *intervenção judicial* constitui uma *garantia adicional de ponderação* dos direitos e liberdades atingidos no decurso da investigação criminal (veja-se o que se disse nos Acórdãos n.ºs 42/2007, n.º 155/2007, n.º 228/2007 e n.º 213/2008).

Efetivamente, nos momentos processuais em que esteja em causa uma *atuação restritiva* das autoridades públicas no âmbito dos direitos fundamentais, a intervenção de um juiz – com as virtudes de *independência* e *imparcialidade* que tipicamente a caracterizam – é essencial para uma tutela efetiva desses direitos, mesmo nos casos em que estes devam parcialmente ceder, em nome da salvaguarda de outros bens jusconstitucionalmente consagrados. O juiz tem, nos termos da CRP, uma *competência exclusiva e não delegável* de garantia de direitos fundamentais no âmbito do processo criminal (à luz do artigo 32.º, n.º 4, do CPP), pelo que a lei apenas pode dispensar a sua intervenção em casos excepcionais devidamente delimitados e justificados. Por outras palavras, tal dispensa é constitucionalmente admissível apenas em situações pontuais e definidas com rigor, em que não constitua um *meio excessivo* para prosseguir interesses particularmente relevantes de investigação criminal. Será o caso, por exemplo, de atuações preventivas ou cautelares, em que haja particular urgência ou perigo na demora no que toca à conservação de elementos probatórios, e desde que se assegure uma posterior validação judicial da atuação das autoridades competentes.

[...]

Existe, pois, uma ligação muito estreita entre a autorização constitucional de restrição, prevista no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, e a previsão de competência primária do Juiz de Instrução Criminal para a prática de atos que diretamente contendam com direitos fundamentais, estatuída no n.º 4 do artigo 32.º da Constituição. Por isso, e como se disse, uma solução legal que dispense a prévia autorização daquele para a prática de atos de investigação penal que importam a invasão da esfera privada dos cidadãos só será constitucionalmente legítima se existir uma justificação cabal, robusta e bem determinada, não podendo, em caso algum, exceder os limites apertados de uma *solução excepcional*.

É esta jurisprudência, cujo sentido remonta, aliás, à Comissão Constitucional (v. o Acórdão n.º 7/1987), que aqui uma vez mais se reafirmará.

Seja porque conceito de *«instrução»* constante do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição compreende os atos destinados a instruir probatoriamente uma futura acusação que contendam diretamente com direitos fundamentais (Acórdão n.º 7/1987, n.º 2.4.) — o que, independentemente da natureza da sanção aplicável, converte o juiz de instrução na *«entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar ou autorizar certos atos processuais singulares que, na sua pura objetividade externa, se traduzem em ataques a direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente protegidos»* (Jorge de Figueiredo Dias, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 16) —, seja porque, ao prevalecer-se da exceção à proibição da inviolabilidade das comunicações em matéria de processo penal prevista no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, o legislador se mantém vinculado ao *princípio da proibição do excesso* a que o n.º 2 do artigo 18.º sujeita as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias — o que inviabiliza a opção por um regime de acesso que não se encontre numa relação de *justa medida* com a posição do titular do direito atingido —, é inevitável concluir que, também em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas apenas será constitucionalmente viável se for, em regra, precedida da intervenção do *juiz de instrução*. Isto é, se for sujeita a um *controlo judicial prévio*, destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com a realização de buscas domiciliárias, a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, o nível de indicição da participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da convicção de que a diligência pretendida é indispensável para a descoberta da verdade dos factos ou de que a prova tida em vista seria impossível ou muito difícil de obter por meios alternativos, menos intrusivos para os direitos do(s) visado(s).

É este o elemento que dita a incompatibilidade com a Constituição da solução globalmente alcançada pelo Tribunal recorrido. Não a circunstância de a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas ocorrer no âmbito de um processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência, mas o facto de ser realizada com



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

dispensa das garantias inerentes ao *modelo de autorização judicial prévia*, o mesmo é dizer, sem que um juiz seja chamado a formular um *juízo de ponderação* suscetível de assegurar, *no caso concreto*, a adequação, necessidade e proporcionalidade daquele meio de obtenção de prova, tendo em conta a gravidade das práticas anticoncorrenciais indiciadas, a consistência das razões invocadas para justificar a necessidade da ingerência nas mensagens de correio eletrónico marcadas com abertas e a indispensabilidade da diligência para a realização das finalidades que com ela se pretendem prosseguir.

Resta, assim, concluir que o presente recurso deverá ser julgado apenas parcialmente procedente, tendo por base um juízo positivo de inconstitucionalidade limitado à segunda das normas impugnadas, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 32.º e nos n.ºs 1 e 4 do 34.º, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição. E que, justamente por assim ser, o juízo negativo de inconstitucionalidade que incidiu sobre a primeira norma impugnada não poderá deixar de refletir a exigência de um controlo judicial, em regra prévio, que constitui, como se viu, uma condição indispensável à conformidade constitucional do regime.

III. DECISÃO

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional decide:

a) Não tomar conhecimento do objeto do recurso, quanto à norma inferida dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alínea b) e f), do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em inquérito aberto por prática restritiva da concorrência, podem ser realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração;

b) Não julgar inconstitucional a norma contida na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, mediante autorização judicial;

c) Julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público; e, em consequência,

d) Conceder parcial provimento ao recurso, determinando a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo positivo de inconstitucionalidade expresso na alínea c).»

**

*

Regressados os autos a esta Relação, a Autoridade da Concorrência formulou em 17 de maio de 2023 o seguinte requerimento (transcrição):

«Autoridade da Concorrência (“Autoridade” ou “AdC”), Recorrida nos autos acima indicados, notificada do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, proferido no âmbito dos autos de Recurso n.º 559/20 no passado dia 16 de março de 2023, e tendo tomado conhecimento que os mesmos já baixaram ao Tribunal da Relação de Lisboa, para efeitos de reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo realizado pelo Tribunal Constitucional, vem expor e, a final, requerer o seguinte:

1. Na sequência do Acórdão datado de 4 de março de 2020, proferido no âmbito do presente processo, interpuseram as visadas Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce – Distribuição Alimentar. S.A. recurso de constitucionalidade, em que enunciaram três questões, das quais apenas as duas primeiras foram conhecidas pelo Tribunal Constitucional.

2. A primeira questão versou sobre a interpretação dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que, em processo por prática restritiva da concorrência, é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

abertas, que as recorrentes sustentam violar o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

3. A segunda questão incidiu sobre as nomas extraídas dos artigos 18º a 21º do RJC, no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público, que as recorrentes consideram incompatível com o disposto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 4 do artigo 32.º, ambos da Constituição.

4. Em consequência de tais questões, o Tribunal Constitucional decidiu (i) “não julgar inconstitucional a norma contida na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, mediante autorização judicial”, e (ii) “julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual, em processo contra-ordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público (...)”.

5. Na fundamentação de tal decisão, o Tribunal ad quem veio rejeitar a distinção entre mensagens de correio eletrónico abertas e fechadas, entendendo que ambas se encontram abrangidas pela proteção do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, uma vez que materializam uma situação de perigo, por se encontrarem expostas às incidências do circuito ou sistema de transmissão, no qual o remetente e destinatários se veem forçados a confiar, independentemente do conteúdo da missiva, contrariamente àquele que era o entendimento tendencialmente estabilizado quer do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quer do Tribunal da Relação de Lisboa.

6. O Tribunal Constitucional veio alterar o paradigma até então adotado, esclarecendo que “o que é tutelado é a interação comunicativa em si mesmo considerada - a confiança na segurança e reserva dos sistemas de comunicações —, o que abrange as comunicações eletrónicas enviadas e ou recebidas através de correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes”.

7. Portanto, a questão que se coloca é, de facto, a de saber qual o momento em que a mensagem de correio eletrónico deixa de poder ser qualificada como uma comunicação para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP e que, por essa razão, deixa de merecer a tutela constitucional conferida por aquele normativo.

8. A este propósito entendeu o Tribunal Constitucional que “a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”.

9. Considerando que “enquanto a mensagem se mantiver na caixa de correio — sem ser definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider —, ela está sob controlo do fornecedor de serviços eletrónico. [...] Nessa medida, dúvidas não há de que se mantém — ainda que a mensagem tenha já sido lida — a situação de «domínio que o terceiro detém — e enquanto o detém sobre a comunicação (conteúdo e dados). Domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária, subtraída ao controlo dos comunicador(es)» (cfr. Manuel da Costa Andrade, “«Bruscamente...”, cit. n.º 3951, p. 339)”.

10. Tal significa que, de acordo com o entendimento do Tribunal ad quem, a fronteira entre a qualificação de uma mensagem de correio eletrónico como “correspondência” ou “documento” estabelece-se quando tal mensagem de correio eletrónico deixa de estar na disponibilidade ou domínio do fornecedor de serviços eletrónicos, ou seja, quando este terceiro deixa de ter o domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária no correio eletrónico.

11. Portanto, em consonância com o entendimento do douto Tribunal Constitucional, uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão.

12. Face a este entendimento, revela-se essencial realizar um confronto entre os fundamentos (abstratos) do acórdão do Tribunal Constitucional e o processo eletrónico (concreto) de receção e download das mensagens de correio eletrónico em questão e da sua extração durante as diligências de busca e apreensão, para que se possa concluir se estamos ou não perante comunicações sob a proteção do artigo 34.º, n.º 4 da CRP, sujeitas a autorização do juiz de instrução criminal, de acordo com o juízo de inconstitucionalidade efetuado.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

13. Ora, existem protocolos, como o POP3, que permitem transferir as mensagens, removendo-as automática e definitivamente do servidor do provider, pelo que os e-mails deixam de estar disponíveis através do webmail ou programa de e-mail, passando, em princípio e de acordo com o critério estabelecido pelo TC, a constituir um “documento”.

14. Existem outros protocolos como IMAP, que permitem o acesso de vários clientes à mesma caixa de correio, mantendo as mensagens de e-mail disponíveis no servidor para mais tarde lhes aceder através do webmail, passando a estar simultaneamente no servidor do fornecedor e no equipamento do indivíduo.

15. Neste caso, o próprio titular do correio eletrónico poderá, ainda, descarregá-lo para qualquer dispositivo ou computador, eliminando-o, ele próprio, do servidor do provider.

Aqui chegados,

16. E uma vez que não resulta da factualidade provada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em que moldes foram as mensagens de correio eletrónica apreendidas, em que local (computador ou dispositivo) e de que modo as mesmas se encontravam armazenadas, se as mensagens de correio eletrónico apreendidas ainda estavam no domínio do fornecedor de serviços eletrónicos ou se já estavam completamente fora desse domínio, nomeadamente por força de algum protocolo que automaticamente eliminasse tal conteúdo do servidor do provider, revela-se crucial o apuramento de tal factualidade, para que V. Exas. possam reformar a decisão recorrida em conformidade com o juízo realizado pelo TC.

17. O apuramento de tal factualidade deverá, salvo melhor opinião, ser assegurado pela 1.ª instância (cfr. n.º 1 do artigo 75.º do RGCO a contrario, aplicado ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência).

Nestes termos e nos demais de direito que V. Exas., doutamente suprirão, requer-se a oportuna baixa dos autos à primeira instância, para que se possa apurar os termos e circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico pela AdC, ao abrigo do disposto no artigo 426.º, n.º 1 do CPP ex vi artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO.»

**

*

Sobre esse requerimento o Exmo. Sr. Procurador-Geral Adjunto tomou posição em 22 de maio de 2023, dizendo o seguinte (transcrição):

«1) Por acórdão n.º 91/2023 do Tribunal Constitucional, datado de 16/03/2023 – Referência: 19980206 – foi concedido provimento parcial a recurso interposto pelas recorrentes JERÓNIMO MARTINS SGPS, SA e PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, SA.

2) A decisão aludida em 1) impõe a reforma do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

3) A Autoridade da Concorrência, de forma pertinente, no requerimento a que se responde – Referência: 635548 – vem salientar que, em conformidade com o juízo produzido pelo TC, para a reforma da decisão recorrida se reputa imprescindível “...apurar em que moldes foram as mensagens de correio eletrónico apreendidas, em que local (computador ou dispositivo) e de que modo as mesmas se encontravam armazenadas, se as mensagens de correio eletrónico apreendidas ainda estavam no domínio do fornecedor de serviços eletrónicos ou se já estavam completamente fora desse domínio, nomeadamente por força de algum protocolo que automaticamente eliminasse tal conteúdo do servidor do provider...” (sic) já que tal não resulta da factualidade provada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

4) O apuramento dessa factualidade tem de ser efetuado pelo tribunal da 1ª instância, atento o disposto no Art. 75º n.º 1 do RGCO a contrario, n.º 1 do Art 75º do RGCO, aplicado ex vi Art. 83º da Lei da Concorrência.

5) Ponderando o exarado em 3) e o quadro legal descrito em 4) perfilha-se o entendimento que se impõe a baixa dos autos à primeira instância – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – nos termos do disposto no Art. 426º n.º 1 do C.P.Penal ex vi Arts. 13º, n.º 1 do RJC e 41º n.º 1 do RGCO, para que se possa apurar os termos e as circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência.

É tudo o que nos apraz dizer.»



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

**

*

As Recorrentes tomaram também posição sobre o requerimento da Autoridade da Concorrência, nos termos seguintes (transcrição):

«I. Introdução

1. Em incidente anómalo, mediante o qual procura interferir indevidamente na função jurisdicional a este Tribunal reservada, veio a AdC, na sequência do trânsito em julgado do douto Acórdão do Tribunal Constitucional («TC») n.º 91/2023, de 16 de Março, proferido nos presentes autos, requerer de V. Exas. “a oportuna baixa dos autos à primeira instância, para que se possa apurar os termos e circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico pela AdC, ao abrigo do disposto no artigo 426.º, n.º 1 do CPP ex vi artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO”.

2. Denotando uma postura de litigância à outrance, nada compatível com a estrita objectividade e fiel acatamento das decisões judiciais que a Lei espera de uma entidade a quem confia os imensos poderes de autoridade reguladora independente, o que a AdC materialmente está a fazer é rediscutir a questão decidida mediante acórdão transitado em julgado, procurando obter deste Tribunal uma decisão que altere – mais exactamente minimize – o sentido e efeitos que o TC pretendeu claramente atribuir à decisão que proferiu.

3. Fá-lo, porém, sob a capa aparentemente inocente de uma interpretação da decisão do TC, manipulando o claro sentido do Acórdão proferido nos presentes autos pelo TC que se mostra por completo descabida.

4. Segundo a AdC (ou a versão a que a AdC chega da sua peculiar hermenêutica), o entendimento do TC seria o de que: “uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão» (n.º 11; sublinhados e salientados nosso).

5. Esta leitura do Acórdão é insustentável.

6. Por várias razões – que o inusitado da iniciativa da AdC e os próprios termos do requerimento da AdC impedem que sejam explanadas com a brevidade que seria, à partida, de esperar numa ocasião processual como a presente.

7. Em primeiro lugar, constitui uma leitura abusiva, resultando de uma prestidigitação hermenêutica, mediante a qual a AdC oblitera o factor que o TC expressamente qualifica como “o critério essencial”.

8. Em segundo lugar, estamos perante uma interpretação que chega a um resultado anómalo e inverosímil.

9. Uma análise cuidada do Acórdão do TC permite concluir que o seu verdadeiro sentido é justamente o que está declarado no dispositivo e não o que a AdC pretende.

10. Como permite igualmente compreender o sentido e alcance das observações que a AdC põe na base do seu requerimento.

11. Ao que ainda acresce que, de qualquer forma, o TC dá uma relevância ao acto de busca (e não só ao de apreensão) que impossibilita qualquer aproveitamento das mensagens de correio electrónico apreendidas nos presentes autos.

II. Do sentido da decisão do Tribunal Constitucional

A) O carácter abusivo da interpretação do Acórdão feita no requerimento da AdC

12. A AdC começa por afirmar que, “a este propósito [do momento em que a mensagem de correio eletrónico deixa de poder ser qualificada como uma comunicação para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP e que, por essa razão, deixa de merecer a tutela constitucional conferida por aquele normativo] entendeu o Tribunal Constitucional que “a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada””» (n.º 8; sublinhado nosso).

13. Mas acaba por requerer a baixa do processo à 1ª instância para apurar “em que moldes foram as mensagens de correio electrónica apreendidas, em que local (computador ou dispositivo) e de que modo as mesmas se encontravam armazenadas, se as mensagens de correio electrónico apreendidas ainda estavam no domínio do fornecedor de serviços electrónicos ou se já estavam completamente fora desse domínio, nomeadamente por força de



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

algum protocolo que automaticamente eliminasse tal conteúdo do servidor do Provider.” (n.º 16; sublinhados nossos).

14. De maneira que o facto de as mensagens se manterem dentro da caixa de correio electrónico ou estarem definitivamente arquivadas fora dela, que começa por ser apontado como o entendimento do TC, mas acaba por ser considerado irrelevante, sendo trocado por uma factualidade distinta: o “local (computador ou dispositivo)” – note-se bem: não o local do computador, mas o computador ou dispositivo (por exemplo, de armazenamento de dados) –, o modo de armazenamento e o domínio do fornecedor de serviços electrónicos ou falta dele.

15. Isto dá-se porque, depois da afirmação inicial da relevância da manutenção ou não na caixa de correio electrónico (n.º 8), insensivelmente, estes outros elementos começam por ser introduzidos ao lado daquele elemento (n.º 9) para depois o excluírem, passando a ser os únicos a ser considerados relevantes (n.ºs 10 e ss.).

16. Prestidigitação hermenêutica.

17. Mas não só isto.

18. É que, com este procedimento, apesar do carácter diferenciador e multifacetado da argumentação do TC – que se fica a dever ao sentido e alcance das considerações citadas, que adiante se verá –, oblitera-se aquilo que o TC apresenta expressamente – e nada mais nada menos do que em conclusão – como “o critério decisivo”.

19. Na verdade, o n.º 18.2. do Acórdão – de onde a AdC retirou as considerações em que baseia o seu requerimento – termina com esta incontornável afirmação: “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 electrónico virtual” (sublinhado nosso).

20. É, pois, por completo inadmissível a interpretação feita pela AdC do sentido do Acórdão que foi proferido, que ignora o critério que o próprio TC considerou expressamente como o decisivo e lhe sobrepõe outros.

21. Como é evidente, o que vale é o critério que o próprio TC apontou como decisivo e não outro que a AdC lhe pretende agora sobrepor.

B) A anomalia e inverosimilhança do resultado a que chega

22. A interpretação do Acórdão feita pela AdC mostra-se, em segundo lugar, anómala e inverosímil no resultado a que chega.

23. Na verdade, se, realmente, a fundamentação do Acórdão quanto à questão da admissibilidade da busca e apreensão de correio electrónico se reduzisse à argumentação citada pela AdC, poderia talvez admitir-se a hipótese de que o TC pudesse ter reduzido a inconstitucionalidade que acabou por declarar (embora, ainda assim, com as anomalias e dificuldades insuperáveis de que adiante se dará conta).

Somente:

24. O TC de modo nenhum assim procedeu e a exposição da sua posição por parte da AdC não passa de uma descontextualização de um troço escolhido da argumentação do Acórdão em questão.

Vejamos:

25. Segundo a AdC (ou a versão a que a AdC chega da sua peculiar hermenêutica), o entendimento do TC seria o de que: “uma mensagem de correio electrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão» (n.º 11; sublinhados e salientados nosso).

26. Assim, o TC declarou expressamente inconstitucional a norma segundo a qual “em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público”, sem mais especificações (cfr. dispositivo).

27. Mas, no entendimento da AdC a norma seria muito diferente e, na verdade, seria uma norma especial em relação a esta pois só seria inconstitucional a norma segundo a qual “em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público, quando não são definitivamente armazenadas em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminadas dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider tem uma possibilidade efetiva de a elas aceder.

28. Nos restantes casos, já seria lícita a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público: daí a conclusão pela necessidade de apurar estes factos para aplicar a decisão do TC.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

29. Mas, assim sendo, como se pode explicar que o TC não tivesse tido o mínimo cuidado em ajustar o teor literal da sua decisão ao juízo de inconstitucionalidade que efectivamente teria formulado – mais a mais, quando se estaria perante uma alteração de “paradigma” (como a AdC alega–cfr.- n.º 6)?

30. Depois de ampla e apurada fundamentação ter-se-ia esquecido o TC – não se vê outra explicação, na lógica do requerimento da AdC – de que tinha formulado materialmente o seu juízo de inconstitucionalidade apenas sobre a norma especial e teria declarado no dispositivo a inconstitucionalidade da norma geral...

31. Pondo já de parte que, se assim fosse, este facto devia ter sido arguido pela AdC em sede própria, pergunta-se:

32. Será isto crível?

33. Mas mais.

34. A norma especial que a AdC pretende ter sido declarada inconstitucional já não só não foi alegada pelas ora Recorrentes – nem de qualquer forma discutida entre as partes no recurso –,

35. Como também não foi aplicada no processo.

36. Como consta do próprio Acórdão do TC:

«11. Ao delimitarem o objeto do presente recurso, as recorrentes enunciaram três questões de constitucionalidade, que emergem da aplicação do Regime Jurídico da Concorrência («RJC»), na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. A primeira questão incide sobre a «interpretação dos artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência («RJC») no sentido de que, em processo por prática restritiva da concorrência, é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas», que as recorrentes sustentam violar o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição. A segunda questão versa sobre «a norma extraída dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público», que as recorrentes consideram incompatível com o disposto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 4 do artigo 32.º, ambos da Constituição.

[...]

11.2. [...] [As] duas primeiras questões de constitucionalidade incidem sobre normas jurídicas efetivamente aplicadas na decisão recorrida. Ambas relevam das disposições contidas nos «artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)», dizendo respeito, a primeira, à possibilidade, qua tale, de realização de buscas e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, em processos por prática restritiva da concorrência, e, a segunda, à possibilidade de tais diligências serem levadas a cabo mediante autorização do Ministério Público.

[...]

11.2.2. [...] [A] segunda norma impugnada foi inferida do disposto no n.º 2 do artigo 18.º e no n.º 1 do artigo 20.º do RJC, ainda que em inevitável conjugação com a alínea c) do n.º 1 daquele primeiro. O que é atestado pelo acórdão recorrido — onde se afirma que «as visadas/recorrentes na sua tese argumentativa defendem que a expressão 'autoridade judiciária' contida nos arts. 18.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1 da LdC seja interpretada como sendo referida a juiz de instrução, razão pela qual, ao permitir a emissão de mandados de busca e apreensão de correspondência pelo Ministério Público, a LdC afronta o n.º 4 do art. 34.º e o n.º 4 do art. 32.º, da Constituição da República Portuguesa» — e expressamente referido pelas recorrentes no n.º 36 das suas alegações. Foi daqueles preceitos que o Tribunal a quo extraiu a interpretação segundo a qual a «autoridade judiciária» com competência para autorizar tais diligências é (ou pode ser) o Ministério Público. Assim, a segunda norma a apreciar no âmbito do presente recurso é a que se infere das disposições conjugadas dos artigos 18.º, n.ºs 1, alínea c), e 2, e 20.º, n.º 1, do RJC, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público.» (sublinhado nosso).

37. A norma que foi aplicada no processo foi, pois, a declarada inconstitucional no dispositivo do Acórdão (cfr. dispositivo, al. c))

38. Ao contrário, a norma segundo a qual em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público quando não são definitivamente armazenadas em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminadas dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider tem uma possibilidade efetiva de a elas aceder não foi aplicada no processo.

39. E é por isso que, segundo a própria AdC, não constam dos autos os factos necessários para a aplicar.

40. De onde não é muito difícil concluir que, se acaso as ora Recorrentes tivessem alegado a sua inconstitucionalidade, o TC não teria deixado de rejeitar o seu recurso com base na falta desse pressuposto de admissibilidade.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

41. E, todavia, segundo a AdC, teria sido verdadeiramente essa a norma declarada inconstitucional...
42. Como pode aceitar-se uma tal coisa?
43. Tudo isto é, evidentemente inaceitável.
44. Também por este lado se mostra que o sentido do Acórdão não é o apontado pela AdC, mas antes o quer resulta do seu exposto teor literal.

C) O verdadeiro sentido da decisão do TC

45. Mas o que vai dito não é tudo.
46. E nem é sequer o essencial.
47. O essencial é que a AdC toma uma parte da fundamentação do Acórdão e ignora o resto, incorrendo numa manifesta descontextualização em que se perde o sentido e alcance, tanto da decisão do TC, como da parte da argumentação do TC que invoca no seu requerimento.
48. Na verdade, no Acórdão, essa parte da argumentação não está, de maneira alguma, isolada.
49. Está inserida no meio de uma argumentação mais ampla – e também com um sentido mais amplo – que mostra bem o seu sentido e alcance, que não é outro senão o de que, ao contrário do que defendeu a AdC e do que entendeu e decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa, “as mensagens de correio eletrónico constituem sempre comunicações, mesmo depois de lidas” (cfr. n.º 18.1).

50. Isto fica logo soberanamente claro do percurso reflexivo que o TC segue.

51. Na verdade, o Tribunal começa por dar por assente, no n.º 17, que “não parece haver dúvidas de que se trata de circunstância que não afasta a proibição constante do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição. A garantia da inviolabilidade da correspondência que decorre dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º não supõe o carácter pessoal ou particular do conteúdo da mensagem”.

52. E, assim sendo, afirma no n.º 18, que “o problema que importa seguidamente enfrentar passa por determinar se essa proteção compreende o correio eletrónico apenas até ao momento em que a mensagem seja marcada como aberta ou, pelo contrário, se mantém para além dele, abrangendo igualmente, como defendem as recorrentes, as mensagens marcadas como abertas”.

53. E, depois de dar conta no n.º 18, de que, “no domínio da correspondência postal, vem sendo entendido que a proteção especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição apenas é aplicável até ao momento de abertura da carta”, escreve:

«18.1. A decisão recorrida transpôs para o correio eletrónico a conceção defendida para a correspondência postal, concluindo que a proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações vigora até ao momento da abertura da mensagem pelo destinatário, aí terminando o processo comunicativo.»

54. No entanto, afirma a seguir: «Este entendimento vem sendo, contudo, crescentemente posto em causa, ainda que com apoio em pontos de vista diversos. Com efeito, opõem-se-lhe não apenas aqueles que defendem que o correio eletrónico, em si mesmo, constitui uma realidade diversa da correspondência escrita, devendo ser para todos os efeitos encarado como mero documento em suporte informático (cfr. Rogério Bravo, “Da não equiparação do correio eletrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta”, Polícia e Justiça, n.º 7, 2006, p. 209), como aqueles que, no polo oposto, consideram que as mensagens de correio eletrónico constituem sempre comunicações, mesmo depois de lidas □ posição que parece, aliás, subjacente à opção do legislador processual penal em sujeitar as «conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico» ao regime das escutas telefónicas, ainda que «guardadas em suporte digital» (artigos 187.º e 189.º do Código de Processo Penal) □ ou mesmo que o correio eletrónico é insuscetível de assimilar a distinção entre aberto e não aberto, demandando por essa razão o estabelecimento de um outro critério para a determinação do momento em que a mensagem deixa de poder ser vista como comunicação (Gonçalo Anastácio e Diana Alfarr, “Anotação ao artigo 20.º”, Lei da Concorrência — Comentário Conimbricense, 2.ª edição, Almedina, 2017, p. 342; Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2011, p. 159; Rui Cardoso, “Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante - artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX”, Revista do Ministério Público, n.º 158, 2018, p. 177). Desta tendência deu particular nota o Acórdão n.º 687/2021 no trecho que se segue: «Assim, tem-se caminhado em direção a uma disciplina tendencialmente unitária da apreensão de correio eletrónico em processo penal, permitindo enfrentar as questões levantadas por tal realidade, levando em consideração os bens jurídico-constitucionalmente tutelados que a propósito dela devem ser convocados (como a privacidade, o sigilo da correspondência, a autodeterminação informativa, a proteção conferida aos dados pessoais e aos dados informáticos), e contribuindo para ultrapassar os desencontros provocados pelo “enquadramento categorial e normativo dos e-mails nas fases e ao tempo em que se encontram



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

guardados no e-mail account do provider: tanto na fase intermédia, em que a mensagem não foi ainda chamada nem aberta ou lida pelo destinatário; como na fase final, nas constelações em que, depois de aberto e lido, o e-mail é depositado no server do provider, a que só é possível aceder através da internet, isto é, através de um ato de telecomunicação” (M. COSTA ANDRADE, “Comentário ao artigo 194.º do Código Penal”, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, maio de 2012, ponto 28). Efetivamente, a verdade é que é, hoje, possível “com um simples clique, marcar como lida uma mensagem de correio eletrónico não lida e vice-versa. O sujeito pode aceder ao correio eletrónico através de vários dispositivos e em uns deles a mensagem surgir como lida e noutros como não lida, dependendo do tipo de sincronização existente entre os diversos dispositivos. A fronteira entre correio eletrónico lido e não lido é, assim, difícil de estabelecer. O legislador, reconhecendo o anacronismo e a inadequação daquela distinção de regimes, optou por atribuir uma tutela acrescida à mensagem em formato digital, submetendo-a ao regime do artigo 17.º, independentemente de ter ou não sido lida pelo seu destinatário” (SÓNIA FIDALGO, “A apreensão de correio eletrónico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 29, n.º 1, janeiro-abril de 2019, Gestlegal, p. 69). Por esta razão, e atendendo igualmente aos bens jurídico-constitucionais e aos direitos fundamentais em causa, bem como à necessidade de uma compreensão atualista da tutela jusconstitucional conferida pela CRP nesta matéria, atender-se-á ao regime jurídico de apreensão de correio eletrónico sem proceder a este tipo de distinções». Daí que, no aresto citado, o Tribunal não tenha feito qualquer distinção entre correio eletrónico marcado como aberto ou fechado, colocando a possibilidade de apreensão de um e de outro na dependência da verificação dos mesmos pressupostos ou condições, à face do que dispõem os «artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição. 18.2. Tal entendimento é de manter aqui» (sublinhados nossos).

55. Não há, portanto, há dúvida possível acerca do entendimento abraçado pelo TC no Acórdão.

56. Nem ele envolve qualquer alteração de “paradigma”.

57. Pois que mantém o entendimento que subjaz:

- a) Ao Código de Processo Penal,
- b) À Lei do Cibercrime, que, por isso, se manteve inalterada,
- c) Ao entendimento e prática quotidiana no processo penal,
- d) Ao entendimento de parte significativa da doutrina,
- e) Ao entendimento abraçado no Acórdão do TC n.º 687/2021.

58. A saber: que não há que fazer “qualquer distinção entre correio eletrónico marcado como aberto ou fechado, colocando a possibilidade de apreensão de um e de outro na dependência da verificação dos mesmos pressupostos ou condições, à face do que dispõem os «artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição» (sublinhado nosso).

59. Designadamente, a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas, tal como as fechadas, não podem ser feitas com mera autorização do MP, mas apenas de um Juiz (como resulta dos n.ºs 25 ss.).

60. E foi isso, exactamente isso, nem mais nem menos, o que o TC levou ao dispositivo do seu acórdão.

61. O qual tem de ser rigorosamente respeitado e cumprido, sob pena de se voltar a incorrer na mesma exacta inconstitucionalidade, por violação das mesmas exactas disposições constitucionais, que o TC expressamente declarou.

62. Como, aliás, o próprio TC já fez no seu Acórdão n.º 314/2023, de 26 de Maio, no qual, depois de transcrever quase integralmente a fundamentação do Acórdão n.º 91/2023 relativa à questão da necessidade de controle judicial (n.º 2.1., pp. 14 a 44), e de explicar a razão pela qual a sua decisão era mais ampla, abrangendo as mensagens não abertas (n.º 2.2.), decidiu acolher integralmente os fundamentos do acórdão n.º 91/2023, dando-os por reproduzidos, e, nessa conformidade: «Julgar inconstitucional a norma contida nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição» (<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230314.html>)

63. À luz do qual, aliás, a interpretação da AdC não tem qualquer cabimento.

64. Outra não pode ser a decisão deste Tribunal.

D) Sentido e alcance das observações que a AdC transcreve e alega no seu requerimento

65. Perguntar-se-á, no entanto: sendo assim – como inequivocamente é –, qual o sentido que têm as observações que a AdC transcreve e alega no seu requerimento?



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

66. Muito simples: estamos perante meros obiter dicta – como logo se compreende se se superar a descontextualização a que a AdC procede no seu requerimento.

67. Na verdade, e depois da afirmação de que o entendimento designadamente do Acórdão n.º 687/2021 era de manter, o TC aborda sucessivamente as “razões” que o levam a entender que as mensagens de correio electrónico abertas estão cobertas pela proibição que se extrai do artigo 34.º, n.º 4.

68. Fá-lo em dois lances sucessivos.

69. Por um lado, no n.º 18.2, logo a seguir à afirmação de que o entendimento seguido, designadamente, no Acórdão n.º 687/2021, “é de manter”, afirma: «No domínio do correio electrónico, a marcação de certa mensagem como aberta constitui um evento imprestável para determinar o fim da sua natureza de comunicação □ e, em consequência, a paralisação da proteção especialmente concedida pelo artigo 34.º da Constituição □, devendo entender-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio electrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio electrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”».

70. Indicando, a seguir, que “pelo menos duas razões apontam claramente nesse sentido” (sublinhado nosso), a saber: «Em primeiro lugar, verifica-se que o principal argumento invocado para justificar a cessação da tutela constitucional da correspondência postal no momento em que esta é aberta — a eliminação da barreira física que protege o conteúdo comunicação até ao momento da abertura da carta — não tem pura e simplesmente aplicação no âmbito das mensagens electrónicas. Daí que se sustente que «uma mensagem de “correio-eletrónico” nunca é, nem nunca está “fechada”» (Rogério Bravo, “Da não equiparação...”, cit., p. 212), já que nunca é «envelopável» (idem, p. 214).

[...]

Em segundo lugar — e como decorre do ficou dito —, a distinção entre mensagens abertas e fechadas é, no caso do correio electrónico, artificial e falível» (sublinhados nossos).

71. Ora, as afirmações a que a AdC se pretende agarrar para fazer a sua interpretação da decisão aparecem no Acórdão apenas invocadas em abono destas “duas razões”: “Este conjunto de objeções à possibilidade de distinção entre correio electrónico lido e não lido tem, do ponto de vista da proteção especialmente concedida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, plena razão de ser”.

72. Seguindo-se uma “terceira razão”, para cuja indicação se abre um novo número:

«18.3. Em benefício da recondução das mensagens de correio electrónico sinalizadas como abertas ao âmbito de incidência da proibição que se extrai dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, uma terceira razão pode ser ainda invocada».

73. Quer isto dizer que as considerações em que a AdC se esteia para a sua interpretação da decisão não são apontadas pelo próprio TC como “razões” da decisão, mas como um conforto de duas das três “razões” apontadas para a decisão à luz do artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição.

74. Ou seja, são consideradas— pelo próprio TC como diferentes das razões de decidir, meros argumentos.

75. Tais afirmações são feitas no Acórdão do TC apenas para fornecer um apoio suplementar às duas razões aí assumidas que apontam no sentido de que a distinção das mensagens abertas relativamente às fechadas a sua subtracção das primeiras ao âmbito de aplicação não tem cabimento nem base material, “devendo entender-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio electrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio electrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”».

76. E é por isso que faltam às considerações do TC nessa sede aquelas características de completude e clareza que deveriam ter para consistir em ratio decidendi: basta dizer que todo o discurso se centra nas mensagens enquanto recebidas pelo destinatário e no confronto com o seu 20rovider20rovider, nada se dizendo acerca da situação das mensagens no remetente e no confronto com o seu 20rovider 20rovider.

77. Ora, a comunicação ou o processo comunicativo é, por definição, bilateral e frequentemente plurilateral, pelo que as observações feitas pelo TC, mesmo quanto ao designado “critério decisivo”, na parte em que apenas se refere ao destinatário da mensagem, são, em qualquer caso insusceptíveis de fornecer a base necessária à decisão e sua aplicação ao caso concreto.

78. São, em suma, meros obiter dicta.

79. Esta conclusão confirma-se olhando agora para a “terceira razão” que o TC invoca “em benefício da recondução das mensagens de correio electrónico sinalizadas como abertas ao âmbito de incidência da proibição que se extrai dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição”.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

80. Diz o TC: «É que, ainda que fosse possível operar com um critério baseado na distinção mensagens lidas e não lidas, certo continuaria a ser que o acesso a uma caixa de correio eletrónico em que se mantenham mensagens abertas envolve necessariamente a intromissão em comunicações indiscutivelmente abrangidas pelo direito à inviolabilidade das comunicações. Com efeito, tendo-se concluído que a proteção constitucional das comunicações abrange os dados de tráfego, é bom de ver que a admissibilidade de consulta de uma caixa de correio eletrónico — que contenha algumas mensagens abertas e outras por abrir — revela um conjunto de informações das mensagens fechadas necessariamente abrangido pelo disposto no artigo 34.º da Constituição. Como se concluiu no Acórdão n.º 687/2021: «Efetivamente, a simples visualização de uma “caixa de correio eletrónico”, sem que sequer se abra cada uma das mensagens individuais aí gravadas, pode permitir o conhecimento não apenas de elementos respeitantes à concreta comunicação ou mensagem (como, por exemplo, o “assunto”), como também de elementos relativos ao emissor e destinatário das mensagens, número de interações comunicativas, suas data e hora, volume de dados transmitidos, ou IP de origem, que se configuram como dados de tráfego. Ou seja, se no caso de apreensão de correspondência postal passa a ser do conhecimento das autoridades o remetente, o destinatário e a data do carimbo de correio, no caso do correio eletrónico a informação de tráfego disponível é bastante mais vasta, sendo possível saber, por exemplo, a data e hora específicas a que um e-mail foi enviado, se continua, ou não, documentos anexos, se se dirigia a mais destinatários (e quais) e se constituiu resposta a ou reencaminhamento de mensagens anteriores.». Diferentemente do que sucede na correspondência postal não lida (em que a única informação exterior é o carimbo do correio e, porventura, a indicação do remetente), as mensagens de correio eletrónicas — mesmo antes de lidas e abertas — revelam um conjunto de informações mais amplo e sensível, compreendendo «especialmente o se, o quando, o como, entre que pessoas ou entre que aparelhos a comunicação teve lugar ou foi tentada» (Manuel da Costa Andrade, “«Bruscamente...», cit., n.º 3951, p. 340). Nessa medida, uma norma que atribua à AdC o poder de aceder a uma caixa de correio eletrónico para busca de mensagens já abertas tem sempre como resultado facultar-lhe o acesso a dados relativos a mensagens não abertas e não lidas (comunicações, indiscutivelmente), o que sempre ativaria a tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, ainda que aquelas não estivessem tuteladas, como efetivamente estão, pelo regime relativo à inviolabilidade das comunicações ali estabelecido» (sublinhados nossos).

81. É bom de ver que estamos, como o TC assinala expressamente, perante uma “razão” diferente, que converge com as outras duas no mesmo sentido, mas que é delas independente.

82. Para além de as mensagens abertas, enquanto estiverem na caixa de correio virtual, serem, por si mesmas, cobertas pela tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, ainda sucede que a sua busca e apreensão, possibilitando o acesso ou visualização de mensagens não abertas e não lidas, activaria a mesma tutela.

83. Estamos perante uma outra razão, diferente, para excluir a busca e apreensão das mensagens de correio abertas e que é totalmente independente de elas estarem ou deixarem de estar ainda no servidor do 23rovider 23rovider ou de este manter ou não um poder fáctico de intervenção arbitrária.

84. Estejam as mensagens ou não no servidor do 23rovider 23rovider e mantendo este ou não um poder fáctico de intervenção arbitrária sobre elas, o acesso a elas possibilita o acesso ou visualização de mensagens não abertas e não lidas – o que activa a tutela da mesma garantia constitucional.

85. E assim se vê que este factor se mostra accidental, e, no fundo, prescindível porque, desde que as mensagens estejam na caixa de correio electrónico pelo acesso que a estão cobertas pelo âmbito de protecção do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

86. O que é essencial é a manutenção das mensagens na caixa (virtual) de correio, independentemente de todos os restantes factores.

87. Ou, como o próprio TC pôs as coisas conclusivamente: “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”.

E) Adicionalmente: inevitável inutilidade das diligências requeridas pela AdC.

88. Ainda há que acrescentar complementarmente o seguinte:

89. A terceira razão apontada pelo TC para a sua decisão abre o passo ainda a uma outra consideração.

90. É que, admitindo e não concedendo que, como pretende a AdC, uma mensagem deixa de ser correspondência (nos termos e para os efeitos do artigo 34º, nº 4, da Constituição) “quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão».



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

91. E admitindo e não concedendo que isso pudesse ser e fosse efectivamente apurado no caso dos autos, a verdade é que a fiel aplicação do acórdão do TC conduziria fatalmente à impossibilidade da sua utilização das mensagens apreendidas.

92. É que, na terceira razão que se apresenta não olha para a apreensão, mas para a busca ou pesquisa das mensagens: “O poder de aceder a uma caixa de correio electrónico para busca de mensagens já abertas – diz o TC – tem sempre como resultado facultar-lhe o acesso a dados relativos a mensagens não abertas e não lidas (comunicações, indiscutivelmente), o que sempre ativaría a tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, ainda que aquelas não estivessem tuteladas, como efetivamente estão, pelo regime relativo à inviolabilidade das comunicações ali estabelecido” (nº 18.3)

93. Tendo isso sucedido no caso concreto, como se irá ver já de seguida, as buscas efectuadas (e as sub- e consequentes apreensões) estariam sempre feridas de falta de autorização judicial e dariam sempre lugar à nulidade da prova, nos termos e para os efeitos dos artigos 32º, nº 8, da Constituição e 126º, nºs 1 e 3 do CPP ex vi artigos 13.º, nº 1 do RJC e 41.º, nº 1 do RGCO.

94. As diligências processuais requeridas pela AdC seriam sempre inúteis.

III. Conclusão

95. Do que vai exposto resulta, sem margem para qualquer dúvida, pela desnecessidade do apuramento de qualquer factualidade suplementar para aplicar o Acórdão do TC ao caso dos autos.

96. Na verdade, nos presentes autos, as mensagens de correio electrónico foram buscadas, examinadas e apreendidas nas caixas de correio electrónico de vários colaboradores das ora Recorrentes, acedidas através dos computadores atribuídos pessoalmente a cada um.

97. Como resultou totalmente claro, designadamente a propósito da questão de saber se as mensagens de correio electrónico de caixas profissionais estariam abrangidas pelo artigo 34.º, nº 4, da Constituição.

98. Assim, este Tribunal da Relação, no seu Acórdão de 4 de Março de 2020 – de que as ora Requerentes interpuseram recurso para o TC –, para basear justamente a conclusão de que as mensagens visualizadas não eram “privadas na aceção liberal que nos é trazida pela norma princípio do art. 34.º da Constituição de República Portuguesa” (p. 23), afirmou: “In casu, a AdC acedeu a Informação existente em caixas de email que nos parece que não foi fruto de um “trabalho de correspondência”, produzido pelos colaboradores das visadas, antes se apresenta fruto de um trabalho em rede, “veloz e instantâneo”, característico dos meios de produção tecnológicos atuais, com a consequente capacidade de produção sem a tradicional proximidade espacial” (p. 22).

99. E também a AdC arguiu enfaticamente nas suas contra-alegações perante o TC que assim sucedeu – como realmente sucedeu – no caso dos autos.

100. Ouçamos: «187. [...] [E]stando em causa as diligências de busca, exame e apreensão feitas tão somente a empresas e às contas de email profissional dos seus colaboradores, na problematização sobre a conformidade constitucional da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º e do artigo 21.º da Lei da Concorrência deve ser devidamente ponderada a dissimelhança da tutela concedida pela Lei Fundamental às pessoas singulares e as pessoas coletivas. 188. Por estas razões, e contextualizando o § 38 do acórdão citado pelas Recorrentes, não pode admitir-se a comparação do âmbito das buscas promovidas pela AdC ao “acesso indiscriminado (...) aos distintos planos da vida de cada pessoa”. A AdC não pesquisa os vários planos de cada pessoa. A AdC faz buscas a empresas, pesquisando, para tal, computadores dos seus colaboradores e mensagens de correio electrónico (lidas) do domínio profissional da empresa buscada. A AdC não faz pesquisas na caixa de correio electrónico pessoal dos seus colaboradores! 189. Os colaboradores das empresas não tratam – ou não deveriam tratar – temas da sua vida privada e íntima através da sua conta de correio electrónico profissional. As contas de correio electrónico que a AdC pesquisou – e que habitualmente pesquisa nas suas diligências – e uma conta onde são tratadas as questões da vida da empresa, são contas aliás cujo domínio é propriedade das empresas. Tanto assim e que um colaborador que cesse funções numa empresa perde naturalmente o direito de continuar a usar o email com aquele domínio empresarial. 190. De resto, e ainda que porventura os colaboradores das empresas usem o seu email profissional para os assuntos pessoais – embora certamente cientes que ficariam por várias vias expostos a AdC faz as suas pesquisas com recurso a palavras-chaves relacionadas como objeto da investigação, circunstância que também afasta as comunicações do foro privado que os colaboradores possam manter na sua conta profissional» (sublinhados nossos).

101. Assim sendo, é absolutamente evidente e incontornável a conclusão de que as mensagens de correio electrónico – todas as mensagens de correio electrónico – apreendidas nos presentes autos foram buscadas, examinadas e apreendidas em caixas de correio electrónico, com base numa autorização do Ministério Público e não de um Juiz.

102. Termos em que, deve ser indeferido o requerimento da AdC.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

103. E revogado o Despacho do TCRS de 04 de Junho de 2019 e substituído por outro que:
1. Reconheça e declare as invalidades arguidas, incluindo a nulidade das provas apreendidas na diligência de busca e apreensão;
 2. Ordene o desentranhamento e a devolução às Recorrentes dessas mesmas provas e a destruição de todas as cópias delas existentes;
104. Como foi peticionado pelas ora Requerentes no presente recurso.
105. E agora se reitera.»

**

Após, o Exmo. Sr. Juiz Relator do acórdão recorrido de 4 de março de 2020 proferiu despacho em 11 de julho de 2023, deferindo em substância o requerimento da Autoridade da Concorrência (ainda que a ele explicitamente se não tenha referido) e assim determinando a remessa dos autos ao tribunal de 1.ª instância, a fim de que aí possa apurar-se os termos e as circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência para que, depois, possa proceder-se à reforma do acórdão recorrido em conferência, em obediência ao sentenciado pelo Tribunal Constitucional.

**

*

Inconformadas com esse despacho, as Recorrentes vêm a 14 de setembro de 2023 apresentar requerimento, em cujo introito afirmam pretender reclamar de tal despacho para a conferência e subsidiariamente arguir a sua nulidade, nos termos seguintes (transcrição):

« 1.1. As coisas como elas são

1. Abre assim o já referido Despacho:

«Chegados os presentes autos a este Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), vindos do Tribunal Constitucional (TC), uma vez compulsados os mesmos, maxime fls. 1509 e ss., em ordem a dar integral cumprimento ao decidido no douto acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 91/2023, proferido no âmbito dos autos de Recurso n.º 559/20 no dia 16-mar.-2023, de modo a, oportunamente, ser ordenada a reforma da decisão recorrida deste TRL em conformidade com o juízo realizado pelo Tribunal Constitucional, afigura-se-nos que existe circunstância que impede desde já este TRL decidir em conferência a reforma do aresto impugnado, sem que, previamente haja a realização de diligências no Tribunal a quo que infra indicaremos, pois de harmonia com o disposto no art. 130º do Código do Processo Civil, aqui aplicável ex vi do n.º 1 do art. 13.º, e 83.º, estes do Regime Geral da Concorrência (1), e art. 41.º do Regime Geral da Contraordenações e Coimas e art. 4.º do Código de Processo Penal, “Não é lícito realizar no processo atos inúteis”»

2. Não foi bem isto que aconteceu.

3. O que aconteceu foi que chegados os autos a este Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), vindos do Tribunal Constitucional (TC), a Autoridade da Concorrência (“AdC”), imputando ao Acórdão do Tribunal Constitucional (“TC”) n.º 91/2023, proferido nos presentes autos, um determinado sentido, apresentou um requerimento no qual



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

solicitou a “baixa dos autos à primeira instância, para que se possa apurar os termos e circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico pela AdC, ao abrigo do disposto no artigo 426.º, n.º 1 do CPP ex vi artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO”.

4. E, tendo o Exmo. Relator ordenado a notificação das ora Requerentes para se pronunciarem sobre tal requerimento, estas fizeram-no mediante um requerimento em que alegaram, em suma, que (i) a leitura do Acórdão feita pela AdC era, por várias razões, insustentável e que (ii) uma análise cuidada do Acórdão do TC permite concluir que o seu verdadeiro sentido é justamente o que está declarado no dispositivo e concluíram solicitando o indeferimento do requerimento da AdC.

5. Com a consequência de que devia ser revogado o Despacho do TCRS de 04 de Junho de 2019 e substituído por outro que: a. Reconhecesse e declarasse as invalidades arguidas, incluindo a nulidade das provas apreendidas na diligência de busca e apreensão; b. E ordenasse o desentranhamento e a devolução às Recorrentes dessas mesmas provas e a destruição de todas as cópias delas existentes – como foi peticionado pelas ora Requerentes no presente recurso.

6. A um primeiro olhar, pareceria estarmos perante um Despacho que omite a referência ao contraditório no qual a questão que decidiu foi suscitada e decidida - o que já seria estranho pois faria intuir uma lógica inquisitória, na qual as iniciativas e posições das partes não têm mais importância do que um pretexto ou, até melhor, uma ocasião fungível para uma decisão judicial delas independente, quando o contraditório exige, ao invés, que a decisão – na qual o Tribunal é, naturalmente, soberano! – se gere, forme e enriqueça no diálogo processual e responda e corresponda a esse diálogo.

7. Mas não foi isso que sucedeu.

8. É que, imediatamente a seguir ao trecho inicial atrás transcrito, e sob a epígrafe “Ocorrências processuais relevantes”, o Exmo. Senhor Desembargador Relator reproduz quase *ipsis verbis*, o já referido requerimento da AdC.

9. Sem nunca referir que o está a fazer.

10. Eis o texto do requerimento da AdC, com as alterações introduzidas pelo Exmo. Senhor Desembargador Relator assinaladas: «1. Na sequência do Acórdão deste TRL datado de 04-mar.-2020, proferido no âmbito dos presentes autos [cf. fls. 1178-1179 dos autos (vol. 4.º)], interpuseram as visadas Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce - Distribuição Alimentar. S.A. recurso de constitucionalidade, em que enunciaram três questões, das quais apenas as duas primeiras foram conhecidas pelo Tribunal Constitucional. 2. A primeira questão incidiu sobre a interpretação dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que, em processo por prática restritiva da concorrência, é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas, que as recorrentes sustentam violar o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa. 3. A segunda questão recaiu sobre as nomas extraídas dos artigos 18º a 21º do RJC, no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público, que as recorrentes consideram incompatível com o disposto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 4 do artigo 32.º, ambos da Constituição da República Portuguesa. 4. Em consequência de tais questões, o Tribunal Constitucional sentenciou no Acórdão n.º 91/2023, de 16-mar.-2023 (Joana Fernandes Costa), que integra fls. 1509-1585 dos presentes autos (vol. 6.º): (i) “não julgar inconstitucional a norma contida na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, mediante autorização judicial”, e (ii) “julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual, em processo contra-ordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público (...)”. 5. Na fundamentação de tal decisão, o Tribunal ad quem (TC) veio rejeitar a distinção entre mensagens de correio eletrónico abertas e fechadas, entendendo que ambas se encontram abrangidas pela proteção do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, uma vez que materializam uma situação de perigo, por se encontrarem expostas às incidências do circuito ou sistema de transmissão, no qual o remetente e destinatários se veem forçados a confiar, independentemente do conteúdo da mensagem, antagonicamente àquele que era o entendimento maioritariamente seguido quer pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quer do Tribunal da Relação de Lisboa. 6. O Tribunal Constitucional veio alterar o paradigma até então adotado, esclarecendo que “o que é tutelado é a interação comunicativa em si mesmo considerada - a confiança na segurança e reserva dos sistemas de comunicações —, o que abrange as comunicações



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

eletrónicas enviadas e ou recebidas através de correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes”.

*

A esta luz, no que ora releva em sede de questão prévia a fim de evitar a prática de atos inúteis que são proibidos por lei, e possibilitar a boa decisão da reforma do acórdão recorrido deste TRL de harmonia com o doutamente decidido no referido aresto do TC diremos em apertada síntese: Quanto a nós, com o devido respeito por opinião diversa, necessário se torna apurar qual o momento em que a mensagem de correio eletrónico deixa de poder ser qualificada como uma comunicação para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP e que, por essa razão, deixa de merecer a tutela constitucional conferida por aquele normativo.

A este respeito entendeu o Tribunal Constitucional que “a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada””(5).

Considerando que “enquanto a mensagem se mantiver na caixa de correio — sem ser definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider —, ela está sob controlo do fornecedor de serviços eletrónico. [...] Nessa medida, dúvidas não há de que se mantém — ainda que a mensagem tenha já sido lida — a situação de «domínio que o terceiro detém — e enquanto o detém sobre a comunicação (conteúdo e dados). Domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária, subtraída ao controlo dos comunicador(es)» (cf. Manuel da Costa Andrade, “«Bruscamente...”, cit. n.º 3951, p. 339)”. Assim, se bem vemos, tal expressa que, de acordo com o entendimento do Tribunal ad quem (TC), no aresto em causa que cabe a este TRL cumprir, o limite entre a qualificação de uma mensagem de correio eletrónico como “correspondência” ou “documento” estabelece-se quando tal mensagem de correio eletrónico deixa de estar na disponibilidade ou domínio do fornecedor de serviços eletrónicos, ou seja, quando este terceiro deixa de ter o domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária no correio eletrónico.

Logo, em harmonia com o entendimento do Tribunal Constitucional plasmado no referido aresto, uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão.

Assim, tendo em mente este entendimento, afigura-se-nos fundamental realizar um confronto entre os fundamentos (abstratos) do acórdão do Tribunal Constitucional e o processo eletrónico (concreto) de receção e download das mensagens de correio eletrónico em questão e da sua extração durante as diligências de busca e apreensão, para que, com toda a segurança, se possa concluir se estamos ou não perante comunicações sob a proteção do artigo 34.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, sujeitas a autorização do juiz de instrução criminal, de acordo com o juízo de inconstitucionalidade efetuado no aresto em causa do Tribunal Constitucional.

Neste particular, desde já cumpre aqui ter presente o seguinte:

(i) É consabido que existem protocolos, como o POP3, que permitem transferir as mensagens, removendo-as automática e definitivamente do servidor do provider, pelo que os e-mails deixam de estar disponíveis através do webmail ou programa de e-mail, passando, em princípio e de acordo com o critério estabelecido pelo Tribunal Constitucional, a constituir um “documento”.

(ii) Há outros protocolos como IMAP, que possibilitam o acesso de vários clientes à mesma caixa de correio, mantendo as mensagens de e-mail disponíveis no servidor para mais tarde lhes aceder através do webmail, passando a estar de modo simultâneo no servidor do fornecedor e no equipamento do indivíduo.

Assim, neste caso, o próprio titular do correio eletrónico poderá, ainda, descarregá-lo para qualquer dispositivo ou computador, eliminando-o, ele próprio, do servidor do provider.

Tendo isto bem presente e um considerando que não emerge da materialidade fáctica provada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em que moldes foram as mensagens de correio eletrónica apreendidas, em que local (computador ou dispositivo) e de que modo as mesmas se encontravam armazenadas, se as mensagens de correio eletrónico apreendidas ainda estavam no domínio do fornecedor de serviços eletrónicos ou se já estavam completamente fora desse domínio, nomeadamente por força de algum protocolo que automaticamente eliminasse tal conteúdo do servidor do provider, afigura-se-nos fundamental o apuramento desta materialidade fáctica a fim de que, uma vez apurados estes factos concretos, precisos e inteligíveis, ulteriormente poder este TRL — com segurança que o caso exige — reformar a decisão recorrida em conformidade com o juízo realizado pelo Tribunal Constitucional.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Tal apuramento da factualidade relevante deverá ser assegurado pela 1.ª instância (cfr. n.º 1 do artigo 75.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, a contrario, aplicado ex vi artigo 83.º do Novo Regime da Concorrência).

Porque assim se nos afigura ser, impõe-se a baixa dos presentes autos à 1ª instância – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - nos termos do n.º 1 do artigo 426.º do Código de Processo Penal, aplicável ex vi do n.º 1 do artigo 13.º, n.º 1 do Novo Regime Jurídico da Concorrência e n.º 1 do artigo 41.º, n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, a fim de que possa apurar os termos e circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência, tendo em conta tudo o que acima dito fica, o que aqui se decide».

11. Não estamos, pois, perante uma desconsideração das posições assumidas pelas partes.

12. Pelo contrário, a posição de uma das partes – a da AdC –, sem isso ser referido, é assumida de alto a baixo, até no seu modo de discorrer e nas palavras que a exprimem. Praticamente palavra por palavra.

13. O problema é que isso só sucede com a posição da AdC.

14. Porque a posição das ora Requerentes não mereceu nem uma reflexão, nem uma palavra, nem um aceno.

15. Foi pura e simplesmente enterrada sob o epitáfio “Com o devido respeito por opinião diversa” – como se realmente pudesse haver qualquer respeito na completa desconsideração da posição por elas defendida.

16. As coisas são o que são.

17. E o Despacho ora em crise é assim.

1.2. Sentido e alcance do Despacho ora reclamado

18. Um outro aspecto é necessário ponderar para compreender bem o Despacho em questão: no que ele é e no que ele decide.

19. O Despacho pretende apresentar-se como decidindo uma “questão prévia”, mais exactamente a questão prévia da “necessidade de no Tribunal a quo serem efetuadas diligências em ordem a permitir ulterior reforma da decisão recorrida por este TRL, nos termos sentenciados pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 91/2023”.

20. E, como resulta do que atrás se disse, essa qualificação assenta na ideia de que como o Exmo. Senhor Desembargador entende que “em harmonia com o entendimento do Tribunal Constitucional plasmado no referido aresto, uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser ‘correspondência’ quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão”.

21. E, segundo o Despacho, esta factualidade, não está apurada nos autos, sendo necessário apurá-la “a fim de evitar a prática de atos inúteis que são proibidos por lei, e possibilitar a boa decisão da reforma do acórdão recorrido deste TRL de harmonia com o doutamente decidido no referido aresto do TC”.

22. No entanto, falar a este respeito de (decisão de uma) “questão prévia” só pode ser fruto de um equívoco.

23. Não estamos perante questão prévia nenhuma.

24. Claro que, em todo este tema, estamos perante questões processuais – em última análise, a questão (processual) da nulidade ou validade dos e-mails juntos aos autos como meios de prova e as várias subquestões em que essa questão se desdobra.

25. Portanto, nesse sentido, a questão última e as questões nas quais ela se desdobra são questões prévias.

26. Pois são prévias no sentido em que o termo é usado na nossa legislação processual penal e também contraordenacional, em contraposição ao mérito ou fundo da causa, sendo prévias as “questões de natureza processual que condicionam o conhecimento do mérito, enquanto respeitam à válida constituição ou desenvolvimento do processo” e têm por isso de ser resolvidas cronologicamente antes da questão de mérito.

27. Mas a questão que o Exmo. Desembargador tomou nas suas mãos e quis decidir não é uma questão prévia relativamente à questão (prévia) que neste momento se suscita nos presentes autos e que está para decisão pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

28. É, antes, essa mesma exacta questão.

29. Na verdade, a questão que ora se suscita nos autos é a de saber o que é que implica a reforma da decisão recorrida, determinada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional – a envolver, antes de mais, a interpretação do mesmo Acórdão.

30. E foi exactamente essa questão que foi avocada e decidida pelo Despacho ora em questão.

31. Por certo que não foi totalmente decidida.

32. Mas foi decidida em parte e até, mais até, na sua parte mais essencial e relevante, a saber: a determinação do sentido a atribuir à decisão do Tribunal Constitucional, com base na qual se determinou, depois, a baixa à 1ª instância para apuramento da factualidade que, com base nessa interpretação, é indispensável à conformação da decisão recorrida com base naquela decisão.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

33. É o que assertivamente se afirma no Despacho em causa:

«[E]m harmonia com o entendimento do Tribunal Constitucional plasmado no referido aresto, uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão.

Assim, tendo em mente este entendimento, afigura-se-nos fundamental realizar um confronto entre os fundamentos (abstratos) do acórdão do Tribunal Constitucional e o processo eletrónico (concreto) de receção e download das mensagens de correio eletrónico em questão e da sua extração durante as diligências de busca e apreensão, para que se possa concluir se estamos ou não perante comunicações sob a proteção do n.º 4 do art. 34.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, sujeitas a autorização do juiz de instrução criminal, de acordo com o juízo de inconstitucionalidade efetuado no aresto em causa do Tribunal Constitucional.

[...]

Tendo isto bem presente e considerando que não emerge da materialidade fáctica provada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em que moldes foram as mensagens de correio eletrónica apreendidas, em que local (computador ou dispositivo) e de que modo as mesmas se encontravam armazenadas, se as mensagens de correio eletrónico apreendidas ainda estavam no domínio do fornecedor de serviços eletrónicos ou se já estavam complementemente fora desse domínio, designadamente por força de algum protocolo que automaticamente eliminasse tal conteúdo do servidor do provider, afigura-se-nos fundamental o apuramento desta materialidade fáctica a fim de que, uma vez apurados estes factos concretos, precisos e inteligíveis, ulteriormente poder este TRL – com segurança que o caso exige – reformar a decisão recorrida em conformidade com o juízo realizado pelo Tribunal Constitucional.

Tal apuramento de factualidade deverá ser assegurado pela 1.ª instância (cfr. n.º 1 do artigo 75.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, a contrario, aplicado ex vi artigo 83.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência).

34. E o apelo à proibição da prática de actos inúteis dá desta natureza de decisão uma eloquente confirmação.

35. Na verdade, o Exmo. Senhor Desembargador não se limita a alegar que o Tribunal da Relação (em conferência) pode vir interpretar o Acórdão do Tribunal Constitucional de maneira a implicar o apuramento de factualidade não adquirida.

36. Aliás, nesse caso, a utilidade dos actos processuais que o Despacho em causa invoca jogaria em sentido contrário, pois o apuramento de nova factualidade na 1ª instância poderia revelar-se inútil se a conferência interpretasse o Acórdão do Tribunal Constitucional.

37. Mas o que no Despacho se entende e decide não é isso.

38. É que a interpretação do acórdão do Tribunal Constitucional é em determinado sentido e por isso é inútil a submissão à conferência antes de apurar nos autos a factualidade necessária para a reforma da decisão nesse sentido.

39. Não é nenhuma questão prévia: é a questão da reforma do acórdão que se pretendeu decidir.

40. E que efectivamente se decidiu, a começar pela sua parte mais essencial e relevante: a determinação do sentido a atribuir à decisão do Tribunal Constitucional.

2. NULIDADE DO DESPACHO ORA RECLAMADO

41. Com o que vai dito, já se mostra claramente o primeiro grande vício de que padece o Despacho em questão: a incompetência funcional do Exmo. Senhor Desembargador Relator para o proferir.

42. Na verdade, é óbvio que, sobre a reforma, do acórdão do TRL recorrido, em conformidade com a decisão do TC, deverá pronunciar-se o próprio Tribunal recorrido, em conferência (e não o relator singularmente), através de novo acórdão.

43. Não só por ser lógico que o acórdão recorrido seja reformado pelo mesmo tribunal (igualmente) por acórdão, e não por despacho,

44. Mas também por tal decorrer expressamente das normas legais aplicáveis ao caso.

45. Nos termos do n.º 2 do artigo 80.º da Lei do Tribunal Constitucional: “Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade” (sublinhados nossos).

46. É verdade que o CPP, contrariamente ao CPC, não prevê expressamente a matéria da competência para a elaboração da reforma da sentença ou acórdão.

47. Os artigos 379.º e 380.º do CPP (ainda que aplicáveis por via do artigo 425.º, n.º 4) não dão resposta a essa questão.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

48. Assim como não a dá a previsão constante do artigo 417.º do CPP, que rege sobre os poderes do relator (uma vez recebido o recurso que tenha sido interposto), mas não sobre a competência para reforma de acórdão, na sequência de uma decisão de um tribunal superior.

49. Essa resposta encontra-se, no entanto, expressamente dada nos artigos 666.º, n.º 2 e 668.º do CPC, que assim se deverão aplicar no caso em apreço, por força do artigo 4.º do CPP.

50. Prevê-se que, na 2.ª instância, “[a] retificação ou reforma do acórdão, bem como a arguição de nulidade, são decididas em conferência” (artigo 666.º, n.º 2, do CPC).

51. Regra que é confirmada, aliás, pelo disposto no artigo 668.º do CPC, que reza assim:

“1 - Se o Supremo Tribunal de Justiça anular o acórdão e o mandar reformar, intervêm na reforma, sempre que possível, os mesmos juízes.

2 - O acórdão é reformado nos precisos termos que o Supremo Tribunal de Justiça tiver fixado”.

52. À mesma conclusão se chega, por outro lado, ponderando o artigo 426.º, n.º 1, do CPP, que é expressamente invocado no Despacho em questão como base legal da decisão.

53. É que, por um lado, este artigo atribui expressamente competência ao “tribunal de recurso” para a eventual decisão de reenvio do processo para novo julgamento.

54. Sendo que o “tribunal de recurso” será naturalmente o tribunal que proferiu a decisão recorrida – no caso, é o Tribunal da Relação de Lisboa, que proferiu o acórdão recorrido (em conferência).

55. Basta um relance na jurisprudência, para se ver como sobre eventuais reenvios deverá decidir, nos termos do artigo 426.º do CPP, o tribunal de recurso através de acórdão: – acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4/5/2005, processo n.º 1977/2005-3, disponível em www.dgsi.pt – “O novo julgamento realizado na sequência de um acórdão do Tribunal da Relação que, nos termos do artigo 426º do Código de Processo Penal, ordenou o reenvio do processo apenas pode incidir sobre a matéria que integrou o objecto do recurso interposto e não sobre outros crimes julgados conjuntamente no mesmo processo dos quais o arguido foi absolvido no primeiro julgamento”; - acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 8/3/2023, processo n.º 19/21.8GAANS.C1, disponível em www.dgsi.pt – “Nos termos e pelos fundamentos expostos, acordam os juízes do Tribunal da Relação em:

Conceder provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e, declarando a existência do vício a que alude a alínea a), n.º 2, do art.410º do C.P.P., determina-se, nos termos dos artigos 426º, n.º 1 e 426º-A, do mesmo Código, o reenvio do processo para novo julgamento, relativamente à questão da classificação da arma em causa nos autos e que nestes se encontra apreendida.”

56. E por outro lado, e decisivamente, também neste caso a previsão da lei tem por pressuposto a receção de um recurso que tenha sido interposto, isto é, rege sobre a competência para o julgamento do recurso interposto no caso de existirem os vícios referidos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410.º do CPP e se considerar necessário o reenvio para novo julgamento...

57. ...Não rege sobre a reforma de um acórdão (já proferido) na sequência da decisão de um tribunal superior.

58. Como refere Pedro Madeira, in António Henriques Gaspar et. al., Código de Processo Penal Comentado, 2.ª edição revista, Almedina, 2016, p. 1375: “A detecção dos vícios aludidos no artigo 410.º, como se viu, de conhecimento officioso por parte dos tribunais de recurso, impede, em larga maioria de situações, o julgamento do recurso. Por isso, nesses casos, o recurso não pode ser julgado enquanto o vício não for removido”.

59. Em síntese, estamos perante uma decisão que, para além de exorbitar da competência legalmente atribuída ao Relator (artigo 417.º do CPP e artigo 652.º do CPC), condiciona (e por isso invade) o âmbito da reforma do acórdão recorrido do TRL, matéria que é – expressa e exclusivamente – atribuída por lei à conferência (artigos 666.º, n.º 2, e 668.º, do CPC, aplicáveis ex vi artigo 4.º do CPP).

60. Consequentemente, o Despacho em análise está manifestamente ferido de falta do número de Juízes que devem constituir o Tribunal e/ou de incompetência funcional e, pois, de nulidade insanável (artigo 119.º, alíneas a) e/ou e) do CPP).

61. No entanto, de acordo com o artigo 652º, n.º 3, do CPC, aplicável ex vi artigo 4º do CPP, salvo no que diz respeito à decisão que não admita o recurso ou retenha a sua subida (artigo 641º, n.º 6), “quando a parte se considere prejudicada por qualquer despacho do relator, que não seja de mero expediente, pode requerer que sobre a matéria do despacho recaia um acórdão; o relator deve submeter o caso à conferência, depois de ouvida a parte contrária”.

62. E é clara a aplicabilidade da norma processual civil, por remissão do artigo 4.º do CPP, que, ademais, salvaguarda também a possibilidade de (eventual) recurso da decisão proferida.

63. Para além de tal solução radicar no princípio basilar de que num “tribunal coletivo, o poder jurisdicional encontra-se, justamente, no coletivo e não no relator”...



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

64. Neste sentido, veja-se, lapidarmente, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 714/2022, processo n.º 730/2022, disponível em www.tribunalconstitucional.pt: “Contesta ainda o recorrente que o «Acórdão n.º 351/2003», referido na decisão reclamada, «tenha recaído sobre situação de direito similar, considerando o tema do Acórdão em apreço e que, mesmo que assim não se entenda, que possa um tal entendimento ter transposição para o caso dos autos. Quanto mais não seja porque se deu alteração relevante do regime de recursos civis em momento posterior ao da prolação daquele». Mas sem razão. A decisão ora reclamada foi bem explícita ao considerar que o despacho singular da Juíza Conselheira Relatora do Supremo Tribunal de Justiça seria passível de reclamação para a conferência, aplicando, por via do artigo 4.º do CPP, o artigo 652.º, n.º 3, do Código de Processo Civil. Ou seja, existiu fundamentação própria e autónoma sobre a questão. Sendo que o citado Acórdão n.º 351/2003 apenas serviu para corroborar esse entendimento. Se se quiser, para demonstrar que o Tribunal Constitucional tem firmado jurisprudência no sentido de que, para efeito de esgotamento dos meios impugnatórios no processo penal, deverá atentar-se na norma do processo civil que prevê a possibilidade de reclamação para a conferência de despachos singulares proferidos pelo relator. E é isso mesmo que decorre do Acórdão n.º 351/2003, quando aí se afirma não ser diretamente recorrível para o Tribunal Constitucional o «despacho proferido no [...] Tribunal da Relação de Coimbra, através do qual se decidira que deveria ser apreciado na 1ª instância o requerimento em [o arguido] pedia que aquele tribunal procedesse ao cúmulo jurídico», «uma vez que seria exigível prévia reclamação para a conferência, nos termos do artigo 700º, n.º 3, do Código de Processo Civil, aplicável por força do artigo 4º do Código de Processo Penal». E muito particularmente, quando se esclarece que, por força do artigo 4.º do CPP, é inteiramente aplicável ao processo penal a orientação segundo a qual «os despachos do relator que não sejam de mero expediente podem sempre ser objeto de reclamação para a conferência, recaindo acórdão sobre a matéria objeto do despacho, reapreciando-o e podendo alterar o respetivo sentido. Tal reclamação visa a obtenção de um acórdão recorrível, como refere o n.º 5 do artigo 700º do CPC, o que significa que o despacho do relator não é uma decisão definitiva, apenas reclamável e não recorrível» (Acórdão n.º 216/2000).

O reclamante discorda, todavia, desta orientação. Segundo defende, inexistente na lei processual penal qualquer lacuna que justifique a importação de norma de processo civil sobre a possibilidade de reclamação para a conferência dos despachos singulares proferidos pelos Juízes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça. Sucede que tal posição não encontra, como se viu, qualquer respaldo na jurisprudência constitucional relativa ao pressuposto da exaustão prévia dos meios ordinários de impugnação. Excetuando as situações em que a própria lei determina que é proibida a impugnação de uma decisão singular de um juiz do Supremo Tribunal de Justiça, devendo considerar-se definitiva (de que o reclamante dá como exemplo o caso da decisão proferida em sede de reclamação da não admissão de recurso, v. 405.º, n.º 4, do Código de Processo Penal), este Tribunal vem desde há muito entendendo que, em face do que dispõem os n.ºs 2 e 3 do artigo 70.º da LTC, «um despacho proferido por um relator de um tribunal superior, tribunal no qual as decisões são tomadas colegial ou coletivamente» não é diretamente recorrível para o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 132/1995), uma vez que, «tratando-se de um tribunal coletivo, o poder jurisdicional encontra-se, justamente, no coletivo e não no relator» (Acórdão n.º 251/2002).”

65. E de facto as ora Requerentes foram prejudicadas pelo Despacho do Exmo. Relator ora em crise, uma vez que tal Despacho, fazendo tábua rasa e decidindo em sentido contrário àquilo que foi por elas requerido, se mostra ilegal, na medida em que assenta numa interpretação errónea e inconstitucional do Acórdão do Tribunal Constitucional proferido nos presentes autos, admitindo a utilização como meios de prova contra as requerentes de e-mails cuja apreensão e utilização foi proscribida por tal Acórdão.

3. A ERRÓNEA – E INCONSTITUCIONAL – INTERPRETAÇÃO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERFILHADA NO DESPACHO ORA RECLAMADO

3.1. Introdução

66. O Despacho é igualmente ilegal, por ser errónea a interpretação que nele é feita relativamente ao que foi decidido pelo TC.

67. Trata-se, em rigor, de um verdadeiro e inadmissível exercício de reescrita, inicialmente proposto pela AdC (através do requerimento apresentado em 17 de maio de 2023 – referência 45595677) – a que as Recorrentes se opuseram através do requerimento que apresentaram em 7 de junho de 2023, que aqui se permitem essencialmente reiterar pois que no Despacho em crise, como se viu, o Senhor Desembargador Relator se limitou a reproduzir a argumentação da AdC sem fazer qualquer referência à argumentação das ora Requerentes (que, assim, no seu espírito, se mantém integralmente válida e procedente).

68. Como se viu, segundo o Despacho ora reclamado, (ou a versão a que ele chega na sua peculiar hermenêutica), o entendimento do TC seria o de que: “uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser "correspondência" quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão» (n.º 11; sublinhados e salientados nosso).

69. Esta leitura do Acórdão do Tribunal Constitucional é insustentável.

70. Por várias razões.

71. Em primeiro lugar, constitui uma leitura abusiva, resultando de uma prestidigitação hermenêutica, mediante a qual o Despacho ora reclamado oblitera o factor que o TC expressamente qualifica como “o critério essencial”.

72. Em segundo lugar, estamos perante uma interpretação que chega a um resultado anómalo e inverosímil.

73. Uma análise cuidada do Acórdão do TC permite concluir que o seu verdadeiro sentido é justamente o que está declarado no dispositivo e não o que o Despacho ora reclamado pretende.

74. Como permite igualmente compreender o sentido e alcance das observações do Despacho ora reclamado.

75. Ao que ainda acresce que, de qualquer forma, o TC dá uma relevância ao acto de busca (e não só ao de apreensão) que impossibilita qualquer aproveitamento das mensagens de correio electrónico apreendidas nos presentes autos. Separemos estes vários aspectos.

3.2. O carácter abusivo da interpretação do Acórdão feita no

Despacho ora reclamado

76. O Despacho ora reclamado começa por afirmar que, “a este respeito [do momento em que a mensagem de correio electrónico deixa de poder ser qualificada como uma comunicação para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP e que, por essa razão, deixa de merecer a tutela constitucional conferida por aquele normativo] entendeu o Tribunal Constitucional que “a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio electrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio electrónico, enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio electrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”».

77. Mas acaba por determinar a baixa do processo à 1ª instância para apurar “em que moldes foram as mensagens de correio electrónico apreendidas, em que local (computador ou dispositivo) e de que modo as mesmas se encontravam armazenadas, se as mensagens de correio electrónico apreendidas ainda estavam no domínio do fornecedor de serviços electrónicos ou se já estavam complementemente fora desse domínio, designadamente por força de algum protocolo que automaticamente eliminasse tal conteúdo do servidor do Provider.”.

78. De maneira que o facto de as mensagens se manterem dentro da caixa de correio electrónico ou estarem definitivamente arquivadas fora dela, que começa por ser apontado como o entendimento do TC, mas acaba por ser considerado irrelevante, sendo trocado por uma facticidade distinta: o “local (computador ou dispositivo)” – note-se bem: não o local do computador, mas o computador ou dispositivo (por exemplo, de armazenamento de dados) – , o modo de armazenamento e o domínio do fornecedor de serviços electrónicos ou falta dele.

79. Mete na cartola um lenço... e tira dela um coelho.

80. Este passo de magia é possível porque, depois da afirmação inicial da relevância da manutenção ou não na caixa de correio electrónica, insensivelmente, estes outros elementos – o “local (computador ou dispositivo)”, o modo de armazenamento e o domínio do fornecedor de serviços electrónicos ou falta dele – começam por ser introduzidos ao lado daquele elemento para depois o excluírem, passando a ser os únicos a ser considerados relevantes.

81. Mas não só isto.

82. É que, com este procedimento, apesar do carácter diferenciador e multifacetado da argumentação do TC – que se fica a dever ao sentido e alcance das considerações citadas, que adiante se verá –, oblitera-se aquilo que o TC apresenta expressamente – e nada mais nada menos do que em conclusão – como “o critério decisivo”.

83. Na verdade, o n.º 18.2. do Acórdão – de onde o Despacho ora reclamado retirou as considerações em que baseia o seu sentido decisório – termina com esta incontornável afirmação: “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 electrónico virtual” (sublinhado nosso).

84. É, pois, por completo inadmissível a interpretação feita pelo Despacho ora reclamado do sentido do Acórdão que foi proferido, que ignora o critério que o próprio TC considerou expressamente como o decisivo e lhe sobrepõe outros.

85. Como é evidente, o que vale é o critério que o próprio TC – colegialmente – apontou como decisivo e não outro que o Despacho ora reclamado do Exmo. Senhor Relator lhe pretende agora sobrepor.

3.3. A anomalia e inverosimilhança do resultado a que chega.

86. A interpretação do Acórdão feita pelo Despacho ora reclamado mostra-se, em segundo lugar, anómala e inverosímil no resultado a que chega.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

87. Na verdade, se, realmente, a fundamentação do Acórdão quanto à questão da admissibilidade da busca e apreensão de correio electrónico se reduzisse à argumentação citada pelo Despacho ora reclamado, poderia talvez admitir-se a hipótese de que o TC pudesse ter reduzido a inconstitucionalidade que acabou por declarar (embora, ainda assim, com as anomalias e dificuldades insuperáveis de que adiante se dará conta).

Somente:

88. O TC de modo nenhum assim procedeu e a exposição da sua posição feita no Despacho ora reclamado não passa de uma descontextualização de um troço escolhido da argumentação do Acórdão em questão.

Vejamos:

89. O TC declarou expressamente inconstitucional a norma segundo a qual “em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público”, sem mais especificações (cfr. dispositivo).

90. Mas, como já se disse, segundo o Despacho ora reclamado, o entendimento do TC seria o de que: “uma mensagem de correio electrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão» (sublinhados e salientados nosso).

91. Não há como não ver que esta norma que, segundo o Despacho ora reclamado, teria sido a declarada inconstitucional seria muito diferente daquela que o Tribunal Constitucional efectivamente declarou como tal.

92. Na realidade, seria uma norma especial em relação a esta.

93. Não seria inconstitucional a norma segundo a qual “em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público” – como declarou o Tribunal Constitucional.

94. Só seria inconstitucional a norma segundo a qual “em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público, quando não são definitivamente armazenadas em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminadas dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider tem uma possibilidade efetiva de a elas aceder”.

95. A diferença é que, de acordo com esta norma, ao contrário do que sucede com a declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, não seria inconstitucional a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público quando as mensagens “são definitivamente armazenadas em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminadas dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider não tem uma possibilidade efetiva de a elas aceder”.

96. Daí a conclusão pela necessidade de apurar estes factos para aplicar a decisão do TC.

97. Mas, assim sendo, como se pode explicar que o TC não tivesse tido o mínimo cuidado em ajustar o teor literal da sua decisão ao juízo de inconstitucionalidade que efectivamente teria formulado – mais a mais, quando se estaria perante uma alteração de “paradigma” (como se refere no Despacho ora reclamado- n.º 6)?

98. Depois de ampla e apurada fundamentação ter-se-ia esquecido o TC – não se vê outra explicação, na lógica do Despacho ora reclamado – de que tinha formulado materialmente o seu juízo de inconstitucionalidade apenas sobre a norma especial e teria declarado no dispositivo a inconstitucionalidade da norma geral...

99. Pondo já de parte que, se assim fosse, este facto devia ter sido arguido pela AdC em sede própria, pergunta-se:

100. Será isto crível?

101. Mas mais.

102. A norma especial que o Despacho ora reclamado pretende ter sido declarada inconstitucional já não só não foi alegada pelas ora Reclamantes – nem de qualquer forma discutida entre as partes no recurso –,

103. Como também não foi aplicada no processo.

104. Como consta do próprio Acórdão do TC:

«11. Ao delimitarem o objeto do presente recurso, as recorrentes enunciaram três questões de constitucionalidade, que emergem da aplicação do Regime Jurídico da Concorrência («RJC»), na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

A primeira questão incide sobre a «interpretação dos artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência («RJC») no sentido de que, em processo por prática restritiva da concorrência, é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas», que as recorrentes sustentam violar o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

A segunda questão versa sobre «a norma extraída dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

mediante autorização do Ministério Público», que as recorrentes consideram incompatível com o disposto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 4 do artigo 32.º, ambos da Constituição.

[...]

11.2. [...] [As] duas primeiras questões de constitucionalidade incidem sobre normas jurídicas efetivamente aplicadas na decisão recorrida. Ambas relevam das disposições contidas nos «artigos 18.º a 21.º do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)», dizendo respeito, a primeira, à possibilidade, qua tale, de realização de buscas e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, em processos por prática restritiva da concorrência, e, a segunda, à possibilidade de tais diligências serem levadas a cabo mediante autorização do Ministério Público.

[...]

11.2.2. [...] [A] segunda norma impugnada foi inferida do disposto no n.º 2 do artigo 18.º e no n.º 1 do artigo 20.º do RJC, ainda que em inevitável conjugação com a alínea c) do n.º 1 daquele primeiro. O que é atestado pelo acórdão recorrido — onde se afirma que «as visadas/recorrentes na sua tese argumentativa defendem que a expressão 'autoridade judiciária' contida nos arts. 18.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1 da LdC seja interpretada como sendo referida a juiz de instrução, razão pela qual, ao permitir a emissão de mandados de busca e apreensão de correspondência pelo Ministério Público, a LdC afronta o n.º 4 do art. 34.º e o n.º 4 do art. 32.º, da Constituição da República Portuguesa» — e expressamente referido pelas recorrentes no n.º 36 das suas alegações. Foi daqueles preceitos que o Tribunal a quo extraiu a interpretação segundo a qual a «autoridade judiciária» com competência para autorizar tais diligências é (ou pode ser) o Ministério Público. Assim, a segunda norma a apreciar no âmbito do presente recurso é a que se infere das disposições conjugadas dos artigos 18.º, n.ºs 1, alínea c), e 2, e 20.º, n.º 1, do RJC, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público» (sublinhado nosso).

105. A norma que foi aplicada no processo foi, pois, a declarada inconstitucional no dispositivo do Acórdão (cfr. dispositivo, al. c)).

106. Ao contrário, a norma segundo a qual em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público quando não são definitivamente armazenadas em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminadas dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider tem uma possibilidade efetiva de a elas aceder não foi aplicada no processo.

107. E é por isso que, segundo a própria AdC (e agora o Despacho ora reclamado), não constam dos autos os factos necessários para a aplicar.

108. De onde não é muito difícil concluir que, se acaso as Recorrentes, ora Reclamantes, tivessem alegado a sua inconstitucionalidade, o TC não teria deixado de rejeitar o seu recurso com base na falta desse pressuposto de admissibilidade.

109. E, todavia, segundo o Despacho ora reclamado, teria sido verdadeiramente essa a norma declarada inconstitucional...

110. Como pode aceitar-se uma tal coisa?

111. Tudo isto é, evidentemente, inaceitável.

112. Também por este lado se mostra que o sentido do Acórdão não é o apontado no Despacho ora reclamado, mas antes o que resulta do seu expresso teor literal.

3.4. O verdadeiro sentido da decisão do TC

113. Mas o que vai dito não é tudo.

114. E nem é sequer o essencial.

115. O essencial é que o Despacho ora reclamado toma uma parte da fundamentação do Acórdão e ignora o resto, incorrendo numa manifesta descontextualização em que se perde o sentido e alcance, tanto da decisão do TC, como da parte da argumentação do TC que invoca.

116. Na verdade, no Acórdão, essa parte da argumentação não está, de maneira alguma, isolada.

117. Está inserida no meio de uma argumentação mais ampla — e também com um sentido mais amplo — que mostra bem o seu sentido e alcance, que não é outro senão o de que, ao contrário do que defendeu a AdC e do que entendeu e decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa, “as mensagens de correio eletrónico constituem sempre comunicações, mesmo depois de lidas” (cfr. n.º 18.1).

118. Isto fica logo soberanamente claro do percurso reflexivo que o TC segue.

119. Na verdade, o Tribunal começa por dar por assente, no n.º 17, que “não parece haver dúvidas de que se trata de circunstância que não afasta a proibição constante do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição. A garantia da



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

inviolabilidade da correspondência que decorre dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º não supõe o carácter pessoal ou particular do conteúdo da mensagem”.

120. E, assim sendo, afirma no n.º 18, que “o problema que importa seguidamente enfrentar passa por determinar se essa proteção compreende o correio eletrónico apenas até ao momento em que a mensagem seja marcada como aberta ou, pelo contrário, se mantém para além dele, abrangendo igualmente, como defendem as recorrentes, as mensagens marcadas como abertas”.

121. E, depois de dar conta no n.º 18, de que, “no domínio da correspondência postal, vem sendo entendido que a proteção especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição apenas é aplicável até ao momento de abertura da carta”, escreve:

«18.1. A decisão recorrida transpôs para o correio eletrónico a conceção defendida para a correspondência postal, concluindo que a proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações vigora até ao momento da abertura da mensagem pelo destinatário, aí terminando o processo comunicativo.»

122. No entanto, afirma a seguir: «Este entendimento vem sendo, contudo, crescentemente posto em causa, ainda que com apoio em pontos de vista diversos. Com efeito, opõem-se-lhe não apenas aqueles que defendem que o correio eletrónico, em si mesmo, constitui uma realidade diversa da correspondência escrita, devendo ser para todos os efeitos encarado como mero documento em suporte informático (cfr. Rogério Bravo, “Da não equiparação do correio eletrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta”, Polícia e Justiça, n.º 7, 2006, p. 209), como aqueles que, no polo oposto, consideram que as mensagens de correio eletrónico constituem sempre comunicações, mesmo depois de lidas - posição que parece, aliás, subjacente à opção do legislador processual penal em sujeitar as «conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico» ao regime das escutas telefónicas, ainda que «guardadas em suporte digital» (artigos 187.º e 189.º do Código de Processo Penal) – ou mesmo que o correio eletrónico é insuscetível de assimilar a distinção entre aberto e não aberto, demandando por essa razão o estabelecimento de um outro critério para a determinação do momento em que a mensagem deixa de poder ser vista como comunicação (Gonçalo Anastácio e Diana Alfarr, “Anotação ao artigo 20.º”, Lei da Concorrência — Comentário Conimbricense, 2.ª edição, Almedina, 2017, p. 342; Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2011, p. 159; Rui Cardoso, “Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante - artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX”, Revista do Ministério Público, n.º 158, 2018, p. 177). Desta tendência deu particular nota o Acórdão n.º 687/2021 no trecho que se segue: «Assim, tem-se caminhado em direção a uma disciplina tendencialmente unitária da apreensão de correio eletrónico em processo penal, permitindo enfrentar as questões levantadas por tal realidade, levando em consideração os bens jurídico-constitucionalmente tutelados que a propósito dela devem ser convocados (como a privacidade, o sigilo da correspondência, a autodeterminação informativa, a proteção conferida aos dados pessoais e aos dados informáticos), e contribuindo para ultrapassar os desencontros provocados pelo “enquadramento categorial e normativo dos e-mails nas fases e ao tempo em que se encontram guardados no e-mail account do provider: tanto na fase intermédia, em que a mensagem não foi ainda chamada nem aberta ou lida pelo destinatário; como na fase final, nas constelações em que, depois de aberto e lido, o email é depositado no server do provider, a que só é possível aceder através da internet, isto é, através de um ato de telecomunicação” (M. COSTA ANDRADE, “Comentário ao artigo 194.º do Código Penal”, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, maio de 2012, ponto 28). Efetivamente, a verdade é que é, hoje, possível “com um simples clique, marcar como lida uma mensagem de correio eletrónico não lida e vice-versa. O sujeito pode aceder ao correio eletrónico através de vários dispositivos e em uns deles a mensagem surgir como lida e noutros como não lida, dependendo do tipo de sincronização existente entre os diversos dispositivos. A fronteira entre correio eletrónico lido e não lido é, assim, difícil de estabelecer. O legislador, reconhecendo o anacronismo e a inadequação daquela distinção de regimes, optou por atribuir uma tutela acrescida à mensagem em formato digital, submetendo-a ao regime do artigo 17.º, independentemente de ter ou não sido lida pelo seu destinatário” (SÓNIA FIDALGO, “A apreensão de correio eletrónico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 29, n.º 1, janeiro-abril de 2019, Gestlegal, p. 69). Por esta razão, e atendendo igualmente aos bens jurídico-constitucionais e aos direitos fundamentais em causa, bem como à necessidade de uma compreensão atualista da tutela jusconstitucional conferida pela CRP nesta matéria, atender-se-á ao regime jurídico de apreensão de correio eletrónico sem proceder a este tipo de distinções». Daí que, no aresto citado, o Tribunal não tenha feito qualquer distinção entre correio eletrónico marcado como aberto ou fechado, colocando a possibilidade de apreensão de um e de outro na dependência da verificação dos mesmos pressupostos ou condições, à face do que dispõem os «artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

18.2. Tal entendimento é de manter aqui» (sublinhados nossos).

123. Não há, portanto, dúvida possível acerca do entendimento abraçado pelo TC no Acórdão.

124. Nem ele envolve qualquer alteração de “paradigma”.

125. Pois que mantém o entendimento que subjaz:

- a) Ao Código de Processo Penal,
- b) À Lei do Cibercrime, que, por isso, se manteve inalterada,
- c) Ao entendimento e prática quotidiana no processo penal,
- d) Ao entendimento de parte significativa da doutrina,
- e) Ao entendimento abraçado no Acórdão do TC n.º 687/2021.

126. A saber: que não há que fazer “qualquer distinção entre correio eletrónico marcado como aberto ou fechado, colocando a possibilidade de apreensão de um e de outro na dependência da verificação dos mesmos pressupostos ou condições, à face do que dispõem os «artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição» (sublinhado nosso).

127. Designadamente, a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas, tal como as fechadas, não podem ser feitas com mera autorização do MP, mas apenas de um Juiz (como resulta dos n.ºs 25 ss.).

128. E foi isso, exactamente isso, nem mais nem menos, o que o TC levou ao dispositivo do seu acórdão.

129. O qual tem de ser rigorosamente respeitado e cumprido, sob pena de se voltar a incorrer na mesma exacta inconstitucionalidade, por violação das mesmas exactas disposições constitucionais, que o TC expressamente declarou.

130. Como, aliás, o próprio TC já fez no seu Acórdão n.º 314/2023, de 26 de Maio, no qual, depois de transcrever quase integralmente a fundamentação do Acórdão n.º 91/2023 relativa à questão da necessidade de controle judicial (n.º 2.1., pp. 14 a 44), e de explicar a razão pela qual a sua decisão era mais ampla, abrangendo as mensagens não abertas (n.º 2.2.), decidiu acolher integralmente os fundamentos do acórdão n.º 91/2023, dando-os por reproduzidos, e, nessa conformidade: «Julgar inconstitucional a norma contida nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição» (<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230314.html>)

131. À luz do qual, aliás, a interpretação da AdC (e agora também do Despacho ora reclamado não tem qualquer cabimento.

132. Outra não pode ser a decisão deste Tribunal.

3.5. Sentido e alcance das observações do Tribunal Constitucional que o Despacho ora reclamado transcreve na sua fundamentação

133. Perguntar-se-á, no entanto: sendo assim – como inequivocamente é –, qual o sentido que têm as observações do Tribunal Constitucional que o Despacho ora reclamado transcreve?

134. Muito simples: estamos perante meros obiter dicta – como logo se compreende se se superar a descontextualização a que se procede no referido Despacho.

135. Na verdade, e depois da afirmação de que o entendimento designadamente do Acórdão n.º 687/2021 era de manter, o TC aborda sucessivamente as “razões” que o levam a entender que as mensagens de correio electrónico abertas estão cobertas pela proibição que se extrai do artigo 34.º, n.º 4.

136. Fá-lo em dois lances sucessivos.

137. Por um lado, no n.º 18.2, logo a seguir à afirmação de que o entendimento seguido, designadamente, no Acórdão n.º 687/2021, “é de manter”, afirma: «No domínio do correio eletrónico, a marcação de certa mensagem como aberta constitui um evento imprestável para determinar o fim da sua natureza de comunicação – e, em consequência, a paralisação da proteção especialmente concedida pelo artigo 34.º da Constituição –, devendo entender-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”».

138. Indicando, a seguir, que “pelo menos duas razões apontam claramente nesse sentido” (sublinhado nosso), a saber: «Em primeiro lugar, verifica-se que o principal argumento invocado para justificar a cessação da tutela constitucional da correspondência postal no momento em que esta é aberta — a eliminação da barreira física que protege o conteúdo comunicação até ao momento da abertura da carta — não tem pura e simplesmente aplicação no âmbito das mensagens electrónicas. Daí que se sustente que «uma mensagem de “correio eletrónico” nunca é, nem



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

nunca está “fechada”» (Rogério Bravo, “Da não equiparação...”, cit., p. 212), já que nunca é «envelopável» (idem, p. 214). [...] Em segundo lugar — e como decorre do ficou dito —, a distinção entre mensagens abertas e fechadas é, no caso do correio eletrónico, artificial e falível» (sublinhados nossos)».

139. Ora, as afirmações a que o Despacho ora reclamado se pretende agarrar para fazer a sua interpretação da decisão aparecem no Acórdão apenas invocadas em abono destas “duas razões”: “Este conjunto de objeções à possibilidade de distinção entre correio eletrónico lido e não lido tem, do ponto de vista da proteção especialmente concedida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, plena razão de ser”.

140. Seguindo-se uma “terceira razão”, para cuja indicação se abre um novo número:

«18.3. Em benefício da recondução das mensagens de correio eletrónico sinalizadas como abertas ao âmbito de incidência da proibição que se extrai dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, uma terceira razão pode ser ainda invocada».

141. Quer isto dizer que as considerações em que o Despacho ora reclamado se esteia para a sua interpretação da decisão não são apontadas pelo próprio TC como “razões” da decisão, mas como um conforto de duas das três “razões” apontadas para a decisão à luz do artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição.

142. Ou seja, são consideradas pelo próprio TC como diferentes das razões de decidir, meros argumentos.

143. Tais afirmações são feitas no Acórdão do TC apenas para fornecer um apoio suplementar às duas razões aí assumidas que apontam no sentido de que a distinção das mensagens abertas relativamente às fechadas a sua subtracção das primeiras ao âmbito de aplicação não tem cabimento nem base material, “devendo entender-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”».

144. E é por isso que faltam às considerações do TC nessa sede aquelas características de completude e clareza que deveriam ter para consistir em ratio decidendi: basta dizer que todo o discurso se centra nas mensagens enquanto recebidas pelo destinatário e no confronto com o seu Provider P, nada se dizendo acerca da situação das mensagens no remetente e no confronto com o seu Provider.

145. Ora, a comunicação ou o processo comunicativo é, por definição, bilateral e frequentemente plurilateral, pelo que as observações feitas pelo TC, mesmo quanto ao designado “critério decisivo”, na parte em que apenas se refere ao destinatário da mensagem, são, em qualquer caso insusceptíveis de fornecer a base necessária à decisão e sua aplicação ao caso concreto.

146. São, em suma, meros obiter dicta.

147. Esta conclusão confirma-se olhando agora para a “terceira razão” que o TC invoca “em benefício da recondução das mensagens de correio eletrónico sinalizadas como abertas ao âmbito de incidência da proibição que se extrai dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição”.

148. Diz o TC:

«É que, ainda que fosse possível operar com um critério baseado na distinção mensagens lidas e não lidas, certo continuaria a ser que o acesso a uma caixa de correio eletrónico em que se mantenham mensagens abertas envolve necessariamente a intromissão em comunicações indiscutivelmente abrangidas pelo direito à inviolabilidade das comunicações. Com efeito, tendo-se concluído que a proteção constitucional das comunicações abrange os dados de tráfego, é bom de ver que a admissibilidade de consulta de uma caixa de correio eletrónico — que contenha algumas mensagens abertas e outras por abrir — revela um conjunto de informações das mensagens fechadas necessariamente abrangido pelo disposto no artigo 34.º da Constituição. Como se concluiu no Acórdão n.º 687/2021: «Efetivamente, a simples visualização de uma “caixa de correio eletrónico”, sem que sequer se abra cada uma das mensagens individuais aí gravadas, pode permitir o conhecimento não apenas de elementos respeitantes à concreta comunicação ou mensagem (como, por exemplo, o “assunto”), como também de elementos relativos ao emissor e destinatário das mensagens, número de interações comunicativas, suas data e hora, volume de dados transmitidos, ou IP de origem, que se configuram como dados de tráfego. Ou seja, se no caso de apreensão de correspondência postal passa a ser do conhecimento das autoridades o remetente, o destinatário e a data do carimbo de correio, no caso do correio eletrónico a informação de tráfego disponível é bastante mais vasta, sendo possível saber, por exemplo, a data e hora específicas a que um e-mail foi enviado, se continha, ou não, documentos anexos, se se dirigia a mais destinatários (e quais) e se constituiu resposta a ou reencaminhamento de mensagens anteriores.». Diferentemente do que sucede na correspondência postal não lida (em que a única informação exterior é o carimbo do correio e, porventura, a indicação do remetente), as mensagens de correio eletrónicas — mesmo antes de lidas e abertas — revelam um conjunto de informações mais amplo e sensível, compreendendo «especialmente o se, o quando, o como, entre que pessoas ou entre que aparelhos a comunicação teve lugar ou foi tentada» (Manuel da



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Costa Andrade, “«Bruscamente...», cit., n.º 3951, p. 340). Nessa medida, uma norma que atribua à AdC o poder de aceder a uma caixa de correio eletrónico para busca de mensagens já abertas tem sempre como resultado facultar-lhe o acesso a dados relativos a mensagens não abertas e não lidas (comunicações, indiscutivelmente), o que sempre ativaria a tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, ainda que aquelas não estivessem tuteladas, como efetivamente estão, pelo regime relativo à inviolabilidade das comunicações ali estabelecido» (sublinhados nossos).

149. É bom de ver que estamos, como o TC assinala expressamente, perante uma “razão” diferente, que converge com as outras duas no mesmo sentido, mas que é delas independente.

150. Para além de as mensagens abertas, enquanto estiverem na caixa de correio virtual, serem, por si mesmas, cobertas pela tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, ainda sucede que a sua busca e apreensão, possibilitando o acesso ou visualização de mensagens não abertas e não lidas, ativaria a mesma tutela.

151. Estamos perante uma outra razão, diferente, para excluir a busca e apreensão das mensagens de correio abertas e que é totalmente independente de elas estarem ou deixarem de estar ainda no servidor do Provider ou de este manter ou não um poder fático de intervenção arbitrária.

152. Estejam as mensagens ou não no servidor do Provider e mantendo ou este ou não um poder fático de intervenção arbitrária sobre elas, o acesso a elas possibilita o acesso ou visualização de mensagens não abertas e não lidas – o que activa a tutela da mesma garantia constitucional.

153. E assim se vê que o último factor – a que o Despacho ora reclamado reduz o sentido do Acórdão – se mostra accidental, e, no fundo, prescindível e irrelevante porque, desde que as mensagens estejam na caixa de correio eletrónico, estão cobertas pelo âmbito de protecção do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

154. O que é essencial é a manutenção das mensagens na caixa (virtual) de correio, independentemente de todos os restantes factores.

155. Ou, como o próprio TC pôs as coisas conclusivamente: “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”.

3.6. Adicionalmente: inevitável inutilidade das diligências requeridas pela AdC e determinadas pelo Despacho ora reclamado

156. A terceira razão apontada pelo TC para a sua decisão abre o passo ainda a uma consideração adicional.

157. É que, admitindo e não concedendo que, como pretende a AdC (e o Despacho ora reclamado aceita), uma mensagem deixa de ser correspondência (nos termos e para os efeitos do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição) “quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos,

quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão».

158. E admitindo e não concedendo que isso pudesse ser e fosse efectivamente apurado no caso dos autos, a verdade é que a fiel aplicação do acórdão do TC conduziria fatalmente à impossibilidade da sua utilização das mensagens apreendidas.

159. É que, na terceira razão que se apresenta não olha para a apreensão, mas para a busca ou pesquisa das mensagens: “O poder de aceder a uma caixa de correio eletrónico para busca de mensagens já abertas – diz o TC – tem sempre como resultado facultar-lhe o acesso a dados relativos a mensagens não abertas e não lidas (comunicações, indiscutivelmente), o que sempre ativaria a tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição, ainda que aquelas não estivessem tuteladas, como efetivamente estão, pelo regime relativo à inviolabilidade das comunicações ali estabelecido” (n.º 18.3).

160. Tendo isso sucedido no caso concreto, como se irá ver já de seguida, as buscas efectuadas (e as sub- e consequentes apreensões) estariam sempre feridas de falta de autorização judicial e dariam sempre lugar à nulidade da prova, nos termos e para os efeitos dos artigos 32.º, n.º 8, da Constituição e 126.º, n.ºs 1 e 3 do CPP ex vi artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO.

161. As diligências processuais requeridas pela AdC (e agora determinadas pelo Despacho proferido pelo relator, de que ora se reclama) seriam sempre inúteis.

162. Do que vai exposto resulta, sem margem para qualquer dúvida, pela desnecessidade do apuramento de qualquer factualidade suplementar para aplicar o Acórdão do TC ao caso dos autos.

163. Na verdade, nos presentes autos, as mensagens de correio eletrónico foram buscadas, examinadas e apreendidas nas caixas de correio eletrónico de vários colaboradores das Recorrentes, ora Reclamantes, acedidas através dos computadores atribuídos pessoalmente a cada um.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

164. Como resultou totalmente claro, designadamente a propósito da questão de saber se as mensagens de correio electrónico de caixas profissionais estariam abrangidas pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

165. Assim, este Tribunal da Relação, no seu Acórdão de 4 de Março de 2020 – de que as ora Requerentes interpuseram recurso para o TC –, para basear justamente a conclusão de que as mensagens visualizadas não eram “privadas na aceção liberal que nos é trazida pela norma princípio do art. 34.º da Constituição de República Portuguesa” (p. 23), afirmou: “In casu, a AdC acedeu a Informação existente em caixas de email que nos parece que não foi fruto de um “trabalho de correspondência”, produzido pelos colaboradores das visadas, antes se apresenta fruto de um trabalho em rede, “veloz e instantâneo”, característico dos meios de produção tecnológicos atuais, com a consequente capacidade de produção sem a tradicional proximidade espacial” (p. 22).

166. E também a AdC arguiu enfaticamente nas suas contra-alegações perante o TC que assim sucedeu – como realmente sucedeu – no caso dos autos.

167. Ouçamos:

«187. [...] [E]stando em causa as diligências de busca, exame e apreensão feitas tão somente a empresas e às contas de email profissional dos seus colaboradores, na problematização sobre a conformidade constitucional da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º e do artigo 21.º da Lei da Concorrência deve ser devidamente ponderada a dissemelhança da tutela concedida pela Lei Fundamental às pessoas singulares e as pessoas coletivas.

188. Por estas razões, e contextualizando o § 38 do acórdão citado pelas Recorrentes, não pode admitir-se a comparação do âmbito das buscas promovidas pela AdC ao “acesso indiscriminado (...) aos distintos planos da vida de cada pessoa”. A AdC não pesquisa os vários planos de cada pessoa. A AdC faz buscas a empresas, pesquisando, para tal, computadores dos seus colaboradores e mensagens de correio electrónico (lidas) do domínio profissional da empresa buscada. A AdC não faz pesquisas na caixa de correio electrónico pessoal dos seus colaboradores!

189. Os colaboradores das empresas não tratam – ou não deveriam tratar – temas da sua vida privada e íntima através da sua conta de correio electrónico profissional. As contas de correio electrónico que a AdC pesquisou – e que habitualmente pesquisa nas suas diligências – e uma conta onde são tratadas as questões da vida da empresa, são contas alias cujo domínio e propriedade das empresas. Tanto assim e que um colaborador que cesse funções numa empresa perde naturalmente o direito de continuar a usar o email com aquele domínio empresarial.

190. De resto, e ainda que porventura os colaboradores das empresas usem o seu email profissional para os assuntos pessoais – embora certamente cientes que ficariam por várias vias expostos a AdC faz as suas pesquisas com recurso a palavras-chaves relacionadas como objeto da investigação, circunstância que também afasta as comunicações do foro privado que os colaboradores possam manter na sua conta profissional» (sublinhados nossos).

168. Assim sendo, é absolutamente evidente e incontornável a conclusão de que as mensagens de correio electrónico – todas as mensagens de correio electrónico – apreendidas nos presentes autos foram buscadas, examinadas e apreendidas em caixas de correio electrónico, com base numa autorização do Ministério Público e não de um Juiz.

3.7. Consequências

169. Termos em que, ainda que não fosse nulo, o Despacho reclamado enferma de erro de julgamento (artigo 412.º, n.º 2, do CPP) na interpretação que leva a cabo do acórdão do Tribunal Constitucional, o que aqui expressamente se argui para todos os devidos legais efeitos.

170. A interpretação que é feita no Despacho ora reclamado é mesmo frontalmente inconstitucional, na medida em que, desvirtuando o dispositivo do acórdão proferido pelo TC – o qual tem de ser rigorosamente respeitado e cumprido –, incorre na mesma exacta inconstitucionalidade, por violação das mesmas exactas disposições constitucionais, que o TC expressamente declarou.

171. Ou seja, a norma ou interpretação normativa extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual: Em processo contra-ordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público quando são definitivamente armazenadas em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminadas dos servidores do Provider ou quando o Provider não tem uma possibilidade efetiva de a elas aceder. É inconstitucional por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição.

172. O que aqui expressamente se argui para todos os devidos legais efeitos.

173. Pelo que deve ser revogado o Despacho ora reclamado, proferido pelo Senhor Desembargador Relator, e proferido antes acórdão, em conferência, que:

1. Reconheça e declare as invalidades arguidas, incluindo a nulidade das provas apreendidas na diligência de busca e apreensão;



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

2. Ordene o desentranhamento e a devolução às Recorrentes dessas mesmas provas e a destruição de todas as cópias delas existentes.

4. SUBSIDIARIAMENTE: OS ERROS E INSUFICIÊNCIAS DO DESPACHO ORA RECLAMADO, CASO O SENTIDO DA DECISÃO DO TC FOSSE AQUELE QUE A ADC E, NO SEU SEGUIMENTO, O DESPACHO RECLAMADO SUSTENTAM

174. Finalmente, importa assinalar que, ainda que assistisse razão à AdC e ao Exmo. Senhor Desembargador, não se poderia manter o Despacho ora reclamado.

175. Por várias razões.

4.1. As indeterminações do requerimento da AdC e do Despacho do Exmo. Senhor Desembargador

176. Acresce que o requerimento da AdC e, na sua seqüência, o Despacho do Exmo. Senhor Desembargador Relator assentam a sua interpretação numa série de conceitos e afirmações sobre o funcionamento técnico do correio electrónico que não são evidentes,

177. Nem factos públicos e notórios,

178. E para os quais não existe nos autos qualquer prova.

179. Só para nos cingirmos àquilo que é absolutamente essencial (mas na verdade este problema afecta todas e cada uma das afirmações feitas no Despacho sobre o funcionamento do correio electrónico): repare-se que segundo a peculiar leitura avançada para o Acórdão do Tribunal Constitucional, “uma mensagem de correio electrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão» (sublinhados e salientados nosso).

180. O que significa, porém, e quando se pode dizer que uma mensagem é armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário?

181. O que significa ser uma mensagem definitivamente armazenada?

182. O que significa Provider?

183. O que é uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão?

184. Estas questões são essenciais e teriam necessariamente de ser decididas neste Tribunal – de forma processualmente legítima e, desde logo, com o necessário contraditório –, sob pena de, sob a capa de um reenvio para apuramento de matéria de facto, se estar, na realidade, a proceder a uma ilegal e inconstitucional alienação da competência deste Tribunal para reforma da decisão ordenada pelo Tribunal Constitucional – que desde já se alega.

4.2. O sentido da decisão do Tribunal Constitucional abrange necessariamente as mensagens de correio electrónico recebidas ou enviadas – e onde quer que elas se encontrem.

185. Por outro lado, existe ainda outra dimensão que não se poderá ignorar: na medida em que a tutela constitucional que é conferida o é à interação comunicativa no seu todo, isto é, às mensagens recebidas e enviadas, a mesma abrange também, necessariamente, o conteúdo das caixas de correio electrónico de todos os intervenientes, não só do emissor, nem só do recetor.

186. Ou seja, teria de se apurar de que modo e onde estava armazenada cada mensagem de correio electrónico apreendida, tanto no remetente, como no(s) destinatário(s), e a possibilidade de interferência ou acesso de cada um dos respectivos service providers, na hipótese, que não se pode descartar, de estes serem diversos para cada um dos intervenientes.

187. É que o sigilo da correspondência ponderado no artigo 34.º da Constituição não é só dos e-mails enviados ou só dos e-mails recebidos que estejam na caixa de correio de uma determinada pessoa, mas ainda aquela com quem comunica, tutelando, por isso, o que de cada interveniente fica armazenado na caixa de correio dos outros intervenientes.

188. É esse o entendimento expressa e reiteradamente abraçado no Acórdão do Tribunal Constitucional ao qual que este Tribunal deverá conformar a reforma do seu Acórdão: “A tutela especialmente conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição visa, pois, garantir a confiança nas comunicações em sentido objetivo, independentemente do carater sigiloso ou não sigiloso da mensagem: ao assegurar-se a confidencialidade das comunicações, qualquer que seja o conteúdo das informações transmitidas, protege-se a liberdade da própria pessoa, garantindo-lhe o direito de comunicar com segurança, sem restrições, censuras ou ingerências (cfr. Ana Rita Castanheira Neves, As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal, Coimbra Editora, 2011, p. 52). No fundo, as telecomunicações, a correspondência e as comunicações eletrónicas materializam uma específica situação de perigo, que se caracteriza pelo facto de a mensagem se encontrar exposta as incidências do circuito ou sistema de transmissão, no qual remetente e destinatário são obrigados a confiar, independentemente de ser ou não privado o conteúdo da missiva. E essa a razão pela qual a Constituição tutela a inviolabilidade das comunicações:



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

garante a todos quantos carecem de um terceiro para comunicar — trate-se de um serviço de correio, de um operador de telecomunicações ou de um fornecedor de serviços de correio eletrónico ou de mensagens instantâneas —, que a confiança que nele depositam não poderá ser gorada através de intromissões alheias no processo comunicativo (cfr. Costa Andrade, «Bruscamente no verão passado», a reforma do Código de Processo Penal — Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137, n.º 3951, p. 340).

[...]

O que é tutelado é a interação comunicativa em si mesmo considerada — a confiança na segurança e reserva dos sistemas de comunicações —, o que abrange as comunicações eletrónicas enviadas e ou recebidas através de correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes.

[...]

Não subsistindo dúvidas de que o regime especial de tutela da inviolabilidade da correspondência e das comunicações abrange as mensagens remetidas de e para endereços de pessoas coletivas” (pp. 39 e 42 – com destacado nosso).

189. Também no Acórdão do TC n.º 687/2021 foi doutamente explicado que “[a] proteção constitucional conferida à correspondência privada compreende todas as variantes de correspondência entre indivíduos, desde as formas tradicionais de correspondência postal - cartas, postais, telegramas – até ao correio eletrónico, entendido como tráfego de informação privada, sob a forma escrita, figurativa ou equivalente, entre destinatários definidos e apenas acessível por estes, transmitido através de um suporte de internet (...). Efetivamente, a diversidade das formas de transmissão da informação privada e dos respetivos suportes não justifica uma diferença de tutela jusconstitucional, na medida em que esta visa garantir, do ponto de vista material, a possibilidade de comunicação privada, enquanto refração do interesse individual na reserva de intimidade da vida privada” (com sublinhado nosso – no mesmo sentido, os Acórdãos n.ºs 486/2009, 403/2015, 420/2017 e 464/2019).

190. Este Acórdão vai mais longe e afirma que “a proteção constitucional das telecomunicações abrange um conjunto alargado de dados sobre a comunicação humana, incluindo não apenas os dados de conteúdo – ou seja, o conhecimento sobre o conteúdo concreto das mensagens transmitidas entre emissor e destinatário – como os chamados dados de tráfego, reveladores de uma série de elementos sobre o contexto em que ocorreu o processo comunicativo”.

191. Assim, mesmo na interpretação sufragada no Despacho reclamado, o sigilo de determinada mensagem eletrónica não poderia deixar de estar em causa em virtude de o seu destinatário a ter armazenado definitivamente no seu dispositivo, eliminando-a do service provider, se o mesmo não tiver ocorrido com todos os intervenientes dessa mensagem.

192. Assim sendo, considerando-se, como mero exercício criativo, sem conceder, o sentido dado pelo Despacho reclamado ao Acórdão n.º 91/2023, o armazenamento definitivo de determinada mensagem de correio eletrónico em qualquer lugar do computador, eliminada dos servidores do Provider só faria cessar a tutela sobre a mesma se isso se verificasse quanto a todos os intervenientes do ato comunicacional em causa e quanto a todos os respectivos service providers.

193. Por exemplo, havendo vários destinatários (principais ou secundários), se um deles armazenar uma mensagem de correio no seu computador, eliminando-a dos servidores do Provider, mas os demais, ou apenas um deles, não o fizer, aquela mensagem mantém-se acessível ao servidor do Provider, mantendo-se a tutela legal e constitucional.

194. Do mesmo modo, mantendo o remetente a dita mensagem de correio eletrónico nos itens enviados da sua caixa de correio, acessível ao servidor do Provider, qual seria o fundamento para cessar a tutela constitucional se, segundo o Despacho reclamado, a mesma mantém-se até o Provider deixar de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão?

195. Posto o que se acabou de referir, de meridiana clareza, o absurdo da interpretação sufragada no Despacho reclamado é ainda mais evidente na medida em que se configura a correspondência eletrónica como algo de sentido único e isolado – o que, como sabemos, não corresponde à realidade.

196. Escreve-se no Despacho reclamado que «[E]m harmonia com o entendimento do Tribunal Constitucional plasmado no referido aresto, uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão”.

197. Como se a mensagem de correio eletrónico fosse uma carta, em formato físico (papel), que uma vez enviada, sai do domínio do remetente e entra no domínio do único destinatário.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

198. Esses tipos de assimilações do correio eletrónico ao correio físico tradicional foram afastadas pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 que, na esteira do Acórdão n.º 687/2021, recusou expressamente a dicotomia aberto ou fechado no caso do correio eletrónico.

199. Importa, portanto, tratar diferentemente o que é, efetivamente, diferente.

200. Como dizíamos, não se pode encarar o correio eletrónico como se de uma carta se tratasse que, sendo enviado, sai de um domínio (do remetente) e entra – exclusivamente – noutra (destinatário).

201. Não é, obviamente, assim no caso das mensagens de correio eletrónico, que permanecem armazenadas nos correios eletrónicos de todos os intervenientes, em simultâneo e independentemente, não existindo qualquer ligação entre as diversas cópias de uma mensagem: se o destinatário arquivar a mensagem (ou apagá-la, reencaminhá-la, etc.), não há qualquer mecanismo que replique tal operação nas caixas de correio do remetente ou de outros destinatários, que, aliás, nem tomam conhecimento dessa operação.

202. Portanto, um destinatário pode arquivar os e-mails recebidos, sem que o remetente ou outros destinatários procedam também ao arquivamento de tais mensagens,

203. Mantendo-se, assim, a possibilidade de interferência do respectivo service Provider e, consequentemente, mesmo no entendimento defendido no Despacho reclamado, a tutela dessa correspondência terá de se estender a todos os locais de armazenamento onde aquelas mensagens se encontrem.

204. O que se traduz, na esteira do sufragado no Despacho reclamado, que se pondera sem conceder, na necessidade de apurar, quanto a cada uma das mensagens de correio eletrónico apreendidas, se estariam acessíveis ao service provider quanto a cada um dos intervenientes nesse ato comunicacional (remetente e destinatários, principais, em cc e em bcc), bastando que um deles mantenha aquela mensagem no servidor do provider para estar abrangida pela tutela constitucional.

205. A interpretação conjugada do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, no sentido de que Em processo contra-ordenacional por prática restritiva da concorrência, ser permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público, quando tais mensagens estiverem definitivamente armazenadas no computador de apenas um dos intervenientes, destinatário(s) ou remetente, e eliminadas do respetivo servidor do Provider ou quando o Provider não tem uma possibilidade efetiva de a elas aceder apenas quanto a ele É inconstitucional por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição.

5. SUBSIDIARIAMENTE: ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA PERANTE O EXMO. SENHOR JUIZ RELATOR

206. Caso se considere que sobre a nulidade do Despacho em análise por falta do número de Juízes que devem constituir o Tribunal e/ou de incompetência funcional (nos termos do artigo 119.º, alíneas a) e/ou e) do CPP), atrás alegada, se deve pronunciar, em primeiro lugar, o próprio decisor, ou seja, o Exmo. Senhor Juiz Relator aqui se dá por reproduzida, a arguição já feita supra no capítulo 2. (“Incompetência funcional do relator para prolação do despacho ora reclamado”), bem como a argumentação aí desenvolvida.

207. Requerendo-se ao Exmo. Senhor Juiz Relator a consequente declaração de nulidade do seu Despacho em análise, e a consequente remessa da questão suscitada pela AdC, e sobre a qual já se pronunciaram as ora Requerentes, à conferência.

Termos em que se requer aos Venerandos Juízes Desembargadores, em conferência:

a) Declarem a nulidade (insanável) do Despacho proferido em 11 de julho de 2023, por falta do número de Juízes que devem constituir o Tribunal e/ou por incompetência funcional (artigo 119.º, alíneas a) e/ou e), do CPP) decorrente dos artigos 666.º, n.º 2, e 668.º do CPC (ex vi artigo 4.º do CPP);

b) Subsidiariamente (sem conceder), conheçam do erro de julgamento em que incorreu o Despacho proferido pelo Senhor Desembargador Relator, declarando a inconstitucionalidade da interpretação nele perfilhada, nos termos que supra se deixaram expressamente invocados;

c) Em qualquer caso, procedam, ao abrigo dos artigos 666.º, n.º 2, 668.º e 652.º, n.º 3, do CPC (ex vi artigo 4.º do CPP), ou mesmo (em todo o caso, sem conceder) nos termos do artigo 417.º, n.º 8, do CPP, à reforma do acórdão recorrido do TRL em conformidade com o decidido pelo TC, assim proferindo acórdão que:

1. Reconheça e declare as invalidades arguidas, incluindo a nulidade das provas apreendidas na diligência de busca e apreensão; e

2. Ordene o desentranhamento e a devolução às Recorrentes dessas mesmas provas e a destruição de todas as cópias delas existentes (tudo nos termos já alegados pelas Recorrentes na sua pronúncia, apresentada em 6 de junho de 2023, sobre requerimento da AdC).



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

d) Subsidiariamente (sem conceder), caso se considere que sobre a competência para a decisão sub judice, se dever-se-á pronunciar, em primeiro lugar, o próprio decisor, desde já argui, para todos os devidos legais efeitos, perante o Exmo. Senhor Juiz Relator, a nulidade insanável do Despacho proferido, por falta do número de Juízes que devem constituir o Tribunal e/ou por incompetência funcional (artigo 119.º, alíneas a) e/ou e) do CPP), requerendo-se a consequente declaração de nulidade do seu Despacho e consequente remessa da questão suscitada pela AdC, e sobre a qual já se pronunciaram as ora Requerentes, à conferência.»

**

*

O Exmo. Sr. Procurador-Geral Adjunto tomou posição sobre esse requerimento das Recorrentes, nos seguintes termos (transcrição):

«1) Como se observa do requerimento das recorrentes, em suma e além do mais, estas invocam:

a) A nulidade do despacho proferido por falta de número de juízes que devem constituir o tribunal (Cfr. Art. 119º, alíneas a) e/ou e), do CPP, decorrente dos Arts. 666º, n.º 2, e 668º do CPC (ex vi Art. 4º do CPP);

b) Erro de julgamento;

c) A não se entender, assim, em conferência, se proceda, ao abrigo dos Art. 666º, n.º 2, 668º e 652º, n.º 3, do CPC (ex vi Art. 4º do CPP), ou mesmo (em todo o caso, sem conceder) nos termos do Art. 417º, n.º 8, do CPP, à reforma do acórdão recorrido do TRL em conformidade com o decidido pelo TC.

2) É inegável que, na sequência do acórdão n.º 91/2023 do Tribunal Constitucional, datado de 16/03/2023 – Referência: 19980206 – se impõe a reforma do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

3) A decisão judicial, objeto do requerimento apresentado pelas recorrentes, ciente dessa reforma, de forma exaustiva e fundamentada, enunciou os motivos da baixa dos autos à primeira instância – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – precisando as diligências concretas a serem realizadas.

4) E tal decisão judicial, como questão prévia, foi proferida, como se impunha, por um único juiz, o Juiz Relator, sendo que de nenhuma nulidade processual, mormente a invocada pelas recorrentes em a), padece.

5) Saliente-se que, em momento oportuno, por requerimento, datado de 22/05/2023 – Referência: 636315 – para o qual se remete, deixámos exarado nos autos a necessidade da baixa dos autos, à primeira instância.

6) Refira-se, ainda, que nenhum sentido faz invocar erro de julgamento, como fazem as recorrentes em b).

7) Por fim, importa enfatizar que a decisão judicial proferida não é uma decisão sumária a que aludem os n.ºs 6 e 7 do Art. 417º do C.P. Penal, pelo que a mesma não é passível de reclamação para a conferência, nos termos do n.º 8 do citado preceito legal.

Pelo exposto, e porque em suma não vislumbramos que a douda decisão judicial proferida padeça de qualquer vício de nulidade, de erro de julgamento e ainda que seja passível de reclamação para a conferência, já que não se mostram reunidos os pressupostos legais do Art. 417º n.ºs 6, 7 e 8 do C.P. Penal, **entendemos que o requerimento em apreço deve ser indeferido.»**

**

*

A Autoridade da Concorrência também tomou posição sobre o requerimento das Recorrentes, nos seguintes termos (transcrição):

«I. DA IMPERTINÊNCIA DA RECLAMAÇÃO

1. Na sequência do Acórdão datado de 4 de março de 2020, proferido no âmbito do presente processo, interuseram as visadas Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce – Distribuição Alimentar. S.A. recurso de constitucionalidade, tendo o Tribunal Constitucional (“TC”) decidido “julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público (...).”

2. Neste seguimento, a AdC apresentou um requerimento a este douto Tribunal considerando que o entendimento versado no Acórdão do TC obriga a um conjunto de diligências prévias para apurar alguns factos necessários à boa decisão da causa.

3. O Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator, depois de analisados quer o requerimento da AdC, quer o requerimento das ora Reclamantes, e bem assim o requerimento do Digno Procurador da República¹, e cumprindo, assim o direito ao contraditório que subjaz a qualquer processo justo e equitativo, decidiu, assim remeter os autos ao tribunal de 1.º instância – TCRS – nos termos do n.º 1 do artigo 426.º do CPP a fim de apurar os termos e as circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico pela AdC.

4. Tudo assim, em ordem a dar integral cumprimento ao decidido no douto acórdão do Tribunal Constitucional, e de modo a, oportunamente, ser ordenada a reforma da decisão recorrida deste TRL.

5. Esta era, aliás, a única forma de assegurar a segurança jurídica na boa decisão da causa, tal como o caso assim o determina.

6. Com efeito, “não compete obviamente ao Tribunal Constitucional substituir-se ao tribunal “a quo” na valoração da matéria de facto e das provas, na determinação e interpretação das normas de direito infraconstitucional aplicáveis ao caso em vez da norma julgada inconstitucional (salvo naturalmente na situação em que o Tribunal Constitucional haja proferido decisão interpretativa) e no estabelecimento das consequências ou repercussões do julgamento de inconstitucionalidade na ulterior tramitação e no destino da causa” cabendo portanto “integralmente nas competências e poderes cognitivos do tribunal a quo a determinação da exata repercussão de tal juízo de inconstitucionalidade na dirimção do pleito.”

7. Sucede que, o que as Reclamantes contestam é precisamente a alegada interpretação feita pelo despacho reclamado do sentido do Acórdão do Tribunal Constitucional, quando, na realidade, este douto Tribunal, no despacho ora reclamado, não interpreta o Acórdão do Tribunal Constitucional.

8. De facto, o que resulta do despacho reclamado, como resulta, aliás, do próprio título daquele, mais não é, do que a análise de uma questão prévia: “necessidade de no tribunal a quo serem efetuadas diligências em ordem a permitir ulterior reforma da decisão recorrida por este TRL nos termos sentenciados pelo Tribunal Constitucional no AC. N.º 91/2023”.

9. Não resulta do despacho qualquer interpretação do Acórdão do TC, mas, antes, a explicitação das razões que levam o TRL a necessitar da realização de diligências adicionais para, com toda a certeza e segurança, realizar a reforma do Acórdão de 4 de março de 2020 de acordo com o juízo de inconstitucionalidade plasmado no aresto do TC.

10. Com efeito, para interpretar e, depois, decidir em conformidade com o Acórdão do TC, o TRL entendeu existir a necessidade de prévio apuramento de matéria de facto que atualmente não consta dos autos, em linha, aliás com o entendimento do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão em vários processos⁴ que, sobre exatamente este mesmo tema, tem vindo a considerar importante atentar a todas as soluções plausíveis de direito e, nessa medida, apurar todos os factos relevantes para as mesmas, de forma a esgotar o tratamento da questão, considerando, por conseguinte ser necessária a produção de prova adicional.

11. Assim, e com o devido respeito, não se compreende a tentativa, por parte das Reclamantes, de obstaculizar a realização destas diligências adicionais necessárias para ulterior interpretação do Acórdão do TC e reforma da decisão do TRL em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade.

12. Por outro lado, e como explicitado infra, não existindo, ainda, qualquer reforma do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de março de 2020, é suficiente um despacho proferido pela Exmo. Senhor Desembargador Relator do processo que analisa, preliminarmente uma questão suscitada no Acórdão do Tribunal Constitucional.

13. Adicionalmente, importa notar que a reclamação para a conferência não será, salvo melhor entendimento, o momento, e muito menos o meio adequado para as ora Reclamantes virem discutir uma interpretação que alegadamente o TRL veio apresentar.

14. Com efeito, a interpretação dada pelos tribunais a quo é passível de recurso para o Tribunal Constitucional que a seu tempo poderá, eventualmente, existir nos presentes autos. Neste sentido veja-se o entendimento de Carlos Lopes Rego: [Quando] “ocorrer um verdadeiro e próprio “conflito” entre o Tribunal Constitucional e o tribunal a quo, aquando da “execução” por este da precedente decisão, dotada de força de nos termos do n.º 1 do artigo 80.º” (...)



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

“não tiver procedido a uma correta e adequada interpretação do sentido e alcance da precedente – e definitiva – decisão do Tribunal Constitucional”, o meio impugnatório adequado para suscitar tal questão é um recurso para o Tribunal Constitucional de forma a sindicar a invocada ofensa e caso julgado “independentemente de apurar se se verificam ou não os específicos pressupostos do tipo de recurso em que o recorrente havia fundado a impugnação que deduzira (...) faculta-se assim a parte interessada a interposição de um novo recurso que – vise apurar de forma direta e atípica da ocorrência de violação do caso julgado decorrente do estatuído no n.º 1 deste artigo 80.º”

15. Do exposto resulta não existir fundamento de direito para que a reclamação seja admitida em conferência, quer porque não estamos [ainda] perante a reforma de um acórdão, quer por este não ser o meio adequado para discutir da pertinência ou do conteúdo daquele despacho que, repita-se, apenas analisa uma questão prévia e decide pela necessidade de realização de diligências adicionais de forma a apurar os factos que lhe permitirão, posteriormente, uma interpretação do Acórdão do TC, retirando as devidas consequências do juízo de inconstitucionalidade.

16. Por esta razão, a AdC não se pronunciará sobre os pontos 3 e 4 do requerimento, uma vez que as Reclamantes escrutinam e tentam contrariar uma pretensa interpretação que o TRL faz do Acórdão do TC, mas que na verdade, mais não é do que a análise de uma questão prévia que decide pela necessidade de apuramento de factos de forma a considerar todas as soluções plausíveis de direito, para nesse momento estar em condições de interpretar o Acórdão do TC e decidir em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade através da sua reforma.

17. Não tendo, portanto, o TRL interpretado, ainda o Acórdão do TC para efeitos de reforma da sua anterior decisão, inexistente fundamento bastante para exercer o contraditório sobre o que as Reclamantes entendem ser uma interpretação que, na realidade, ainda não ocorreu.

18. Por fim, não vá sem dizer-se, com o devido respeito, que a presente reclamação aparenta ser utilizada como um expediente dilatório, querendo utilizar este meio como uma instância recursiva; quando, na verdade, nada ainda está decidido e apenas se realizarão diligências prévias de forma a apurar a totalidade dos factos que permitam a este Tribunal, aí sim, proceder à reforma do Acórdão proferido em 4 de março de 2020, cabendo então uma decisão que, posteriormente, poderá ser passível de recurso para o Tribunal Constitucional que decidirá a final e definitivamente.

II. DA (ALEGADA) NULIDADE DO DESPACHO RECLAMADO

19. Vêm as Reclamantes alegar, no ponto 2 da Reclamação, que o despacho em apreço padece de nulidade em consequência da incompetência funcional do Exmo. Senhor Desembargador Relator para o proferir.

20. Asseverando que se impunha que tal decisão fosse proferida pelo “Tribunal recorrido, em conferência (e não o relator singularmente), através de novo acórdão”.

21. Afirmam ser “lógico que o acórdão recorrido seja reformado pelo mesmo tribunal (igualmente) por acórdão, e não por despacho.”

Ora, vejamos

22. Entende a AdC que, antes de tudo, importa esclarecer o equívoco em que, salvo o devido respeito, as Reclamantes incorrem ao longo de toda a reclamação que apresenta: o despacho reclamado não procede à reforma do acórdão recorrido.

23. Razão pela qual, todas as considerações, disposições legais e jurisprudência convocadas pelas Reclamantes relativas ao tema da reforma de acórdão não têm aplicação no caso subjudice, por não ser esse o objeto do despacho reclamado.

24. O despacho reclamado tem em vista, isso sim, a baixa dos autos ao tribunal de primeira instância (o TCRS) para apuramento de uma concreta questão da matéria de facto tendo em vista a aplicação - com o grau de certeza que a decisão exige - do entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 91/2023.

25. Considerando que tal matéria de facto não resulta provada pelo tribunal de primeira instância (TCRS) e que é deveras essencial à (posterior) reforma do acórdão recorrido.

26. Assim, na perspetiva da Autoridade, nenhum vício ou ilegalidade pode apontar-se a tal impulso processual.

27. Bem pelo contrário, tal despacho espelha os princípios fundamentais que devem nortear a prática judiciária e que impõem que, perante eventuais dúvidas que possam surgir quanto à matéria de facto, o juiz realize todas as diligências tidas por convenientes à dissipação das mesmas. Assim é, em virtude de, entre mais, o dever de gestão processual e o princípio do inquisitório.

Dito isto,

28. Importa agora descortinar se a forma de ato utilizada - despacho – é adequada ao fim que o mesmo visa atingir. Ou se devia, antes, ter sido proferido acórdão, conforme asseveram as Reclamantes.

29. Dispõe no n.º 1 do artigo 131.º do Código de Processo Civil (CPC) aplicável ex vi artigo 4.º do CPP e n.º 1 do art. 13.º, do Novo Regime Jurídico da Concorrência e n.º 9 do art. 41.º, do Regime Geral das Contraordenações e



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Coimas (RGCO) que: “Os atos processuais têm a forma que, nos termos mais simples, melhor corresponda ao fim que visam atingir.”

30. Por seu turno, dispõe o artigo 152.º do CPC aplicável ex vi artigo 4.º do CPP e n.º 1 do art. 13º, do Novo Regime Jurídico da Concorrência e n.º 9 do art. 41.º, do RGCO, que: “1 - Os juízes têm o dever de administrar justiça, proferindo despacho ou sentença sobre as matérias pendentes e cumprindo, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores.

2 - Diz-se «sentença» o ato pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa.

3 - As decisões dos tribunais colegiais têm a denominação de acórdãos.

4 - Os despachos de mero expediente destinam-se a prover ao andamento regular do processo, sem interferir no conflito de interesses entre as partes; consideram-se proferidos no uso legal de um poder discricionário os despachos que decidam matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador.” – Destacado pela AdC.

Ora,

31. Como resulta por demais evidente, na decisão reclamada, o juiz não decidiu a “causa principal”, nem qualquer aspeto relacionado com o mérito da mesma, isto é, o juiz não procedeu à reforma do acórdão recorrido, ao contrário do que alegam as Reclamantes.

32. O que fez, como já se disse, foi, em cumprimento dos princípios da economia processual, boa gestão processual, inquisitório, segurança jurídica, entre outros, ordenar a remessa dos autos a quem tem competência para apurar matéria de facto relevante à boa decisão da causa.

33. Excluindo-se, por esta razão, a hipótese – ilógica, aliás – de se poder usar a sentença ou o acórdão como formas processuais da presente decisão judicial.

34. A decisão ora reclamada assume, de facto, a forma de “despacho que decide matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador”, prevista no n.º 4 do artigo 152.º do CPC, como jamais poderia deixar de ser.

35. Quanto a este ponto, e se dúvidas subsistirem – no que não se concede dada a inteligibilidade com que se apresenta a questão -, vide o esclarecimento da doutrina sobre a forma das decisões judiciais:

“1. As decisões judiciais tomam a forma de despacho e de sentença (ou acórdão, sendo colegial a decisão). A sentença decide a causa principal, seja conhecendo do mérito (absolvendo ou condenando o réu no pedido), seja abstendo-se desse conhecimento (absolvendo o réu da instância). Também se designa a decisão se designa por sentença a decisão de incidente que tenha a estrutura de uma causa. As demais decisões judiciais denominam-se despachos.

(...)

4. Os segundos despachos [despachos que decidam matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador] decidem matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador, o que sucede quando a lei permite ao juiz “a livre escolha quer da oportunidade da sua prática, quer da solução a dar ao caso concreto” (Rodrigues Bastos, Notas ao CPC, vol. III, p. 217). Relativamente a estes, cumpre frisar que, não sendo embora despachos vinculados, a respetiva prolação não pode desconsiderar a sua adequação aos fins do processo, isto é, à justa composição do litígio. Quer isto dizer que “prudente arbítrio” não equivale a “juízo arbitrário”, exigindo-se sempre uma ponderação jurisdicional, a realizar segundo critérios de razoabilidade, capaz de orientar os pressupostos de conveniência e oportunidade subjacentes à previsão de despachos desta natureza (Lopes do Rego, Comentários ao CPC, vol. I, p. 169).

5. São exemplos de uso legal de um poder discricionário: requisição oficiosa de documentos (art. 436º); determinação da perícia colegial (art. 468º, nº 1, al. a)); realização de segunda perícia (art. 487º, nº 2); realização oficiosa de inspeção judicial (art. 490º); (...). – Destaque da responsabilidade da AdC.

36. Assim, conclui-se que a decisão reclamada não poderia (jamais) assumir a forma de sentença, nos termos supra expostos, como também, por maioria de razão, não poderia assumir a forma de acórdão (decisão colegialmente tomada).

37. Não chegando sequer a ser de considerar, in casu, a intervenção de tribunal coletivo, como pretendem as Reclamantes.

38. Porquanto a tal se opõe, desde logo, a dinâmica da prática judiciária (que as Reclamantes não desconhecem), que impõe que a competência para a prolação de um despacho de tal natureza – que, reitera-se, não procede a qualquer reforma do acórdão recorrido – não seja de tribunal coletivo.

39. Tão-pouco existe fundamento legal para tal atribuição de competências.

40. O Tribunal fez o que se lhe impunha de harmonia com os princípios fundamentais, normas jurídicas e a própria dinâmica da prática judiciária aplicáveis ao caso.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

41. Donde resulta, por demais evidente, a inexistência de qualquer nulidade ou vício de qualquer outra natureza que se lhe possa apontar.

Nestes termos e nos demais de Direito que V. Exas. doutamente suprirão, deve a presente reclamação ser indeferida, ou sendo deferida, julgada improcedente.»

**

*

A 12 de outubro de 2023 as Recorrentes vieram aos autos dar conta de que tiveram conhecimento público da prolação de um recente acórdão de fixação de jurisprudência por parte do Supremo Tribunal de Justiça com o seguinte teor: *“na fase de inquérito, é da competência do juiz de instrução criminal a decisão sobre a apreensão e junção aos autos de mensagens de correio eletrónico, mesmo que se encontrem sinalizadas como abertas no momento da respetiva apreensão”*.

Sobre a matéria a Autoridade da Concorrência veio aos autos a 25 de outubro de 2023 afirmar que não antevê qualquer utilidade para os autos do acórdão de fixação de jurisprudência a que as Recorrentes aludem.

Numa última abertura de «vista», o Exmo. Sr. Procurador Geral-Adjunto renovou a sua promoção anterior.

Por fim, na sequência de despacho proferido pelo aqui Relator (a quem os autos foram redistribuídos na sequência da promoção do primitivo Relator ao Supremo Tribunal de Justiça), **em face de dificuldades no acesso via CITIUS à informação correspondente, face ao volume dos autos, viria a ser incorporado no processo ofício, com cópia digitalizada dos dois despachos do Ministério Público e dos autos de busca e apreensão referenciados, junção essa dada a conhecer a todos os sujeitos processuais.**

Desses elementos pode alinhar-se a seguinte descrição:

1)O Ministério Público proferiu despacho, a 2-02-2017, com o seguinte teor (transcrição das partes relevantes):
“A Autoridade da Concorrência (AdC) veio nos termos do disposto nos n.ºs 1 c), e e no n.º 3 do artigo 18.º da lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, requerer a emissão de mandados de busca e apreensão.
Corre termos na Autoridade da Concorrência o processo contraordenacional registado sob o n.º PRC/2016/4, instaurado por Decisão do seu Conselho de Administração de 3 de junho de 2016, por fortes indícios de práticas restritivas da concorrência, que infringem o disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, bem



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

como no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em que é visada a seguinte empresa:

UNICER Bebidas, S.A. (...)

Por despacho proferido nestes autos foram ordenadas diversas buscas para apreensão de documentação e outros elementos com relevância probatória.

Aquelas diligências estão ainda em curso tendo sido encontrados elementos que fazem suspeitar do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal. Estas práticas consubstanciam-se no alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela UNICER a cadeias de distribuição alimentar; hipermercados, supermercados e lojas *discount*.

Existem indícios de acordos sobre os preços a praticar estabelecidos entre a UNICER e determinadas empresas de distribuição alimentar.

Tais acordos abrangem um período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016).

Torna-se, pois, imprescindível proceder à realização de buscas para apreensão de elementos probatórios que confirmem as fortes suspeitas alicerçadas na análise de documentação existente nas instalações objecto de buscas. Algumas destas diligências estão ainda em curso.

Os elementos probatórios recolhidos indicam que a UNICER está a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e/ou estas cadeias integram um acordo com a UNICER para garantir o alinhamento de preços de venda ao público dos produtos desta no mercado alimentar.

Esta prática assume a natureza de um acordo restritivo da concorrência que conduz à fixação artificial de preços de venda ao público, suprimindo a concorrência entre operadores com claro prejuízo para os consumidores finais.

Tais práticas são claramente violadoras do disposto nos arts. 9º nº 1 a) da Lei nº 19/2012, de 8.5 e 101º, nº 1 do TFUE.

Os comportamentos em causa traduzem-se numa restrição da concorrência e são consubstanciados na fixação dos preços de revenda por parte de um fornecedor aos seus distribuidores e/ou num acordo entre concorrentes e entre estes e o respectivo fornecedor tendente à fixação de preços de venda ao público.

As práticas de fixação vertical ou horizontal de preços têm influência directa na determinação dos preços a praticar pelas empresas, criando condições de actuação de mercado que não correspondem às normais condições de funcionamento de um mercado concorrencial, diminuindo nomeadamente o risco associado a um comportamento concorrencial.

Importa recolher com celeridade elementos de prova que confirmem ou infirmem as mencionadas suspeitas, permitam perceber a sua real dimensão, o modo como são concretizadas e implementadas, os seus efeitos, designadamente em termos de produtos implicados, compensações acordadas e de definição concreta do universo de empresas envolvidas.

Face às suspeitas acima descritas **autorizo e ordeno** que, com observância das formalidades legais e nos termos das disposições conjugadas dos arts. 9º nº 1, 18º nº 1 c), 2, 3, 4 a) e b), 20º nº 1, 21º da Lei nº 19/2012, de 8 de Maio, 101º nº 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 41º nº 1 e 48º-A, do DL 433/82, de 27 de Outubro, 174º nºs 2, 3 e 4, 176º nºs 1 e 2, 178º, 183º, 267º, 270º nº 1 do CPP que seja efectuada busca nos locais abaixo indicados para a recolha de toda a documentação com relevância probatória, designadamente actas, correio electrónico já aberto e outra bem assim como computadores, quer se encontrem em local acessível ao público ou reservado:

- 1) JERÓNIMO MARTINS – DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS DE CONSUMO, LDA. (...);
- 2) JERÓNIMO MARTINS – SERVIÇOS, S.A. (...);
- 3) JERÓNIMO MARTINS – SGPS, S.A. (...)
- 4) PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, LDA. (...)
- 5) UNILEVER JERÓNIMO MARTINS, LDA. (...)

6 (...)

(...)

Passes mandados para cada uma das empresas.

As cópias do presente despacho acompanharão os mandados de busca devendo, no entanto, ocultar a identidade das outras empresas a buscar.

*

Os mandados deverão ser cumpridos pela AdC através de funcionários devidamente credenciados nos termos do disposto no art. 18º, nº 4 b), da Lei nº 19/2012, no prazo de 30 dias.



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

*

Passe em triplicado, ficando um exemplar nos autos DS»

*

2)O Ministério Público proferiu despacho, a 10-02-2017, com o seguinte teor (transcrição das partes relevantes):
«(...) Face aos elementos entretanto coligidos nas diversas buscas realizadas no âmbito do processo contraordenacional da Autoridade da Concorrência nº PRC/2016/4 resulta fortemente indiciada a prática de uma ou mais infracções às normas jusconcorrenciais por parte de empresas fornecedoras de produtos alimentares e não alimentares e empresas de grande distribuição, torna-se necessária e urgente a realização de buscas, apreensão, exame e recolha de documentos e demais elementos de informação que digam respeito às referidas infracções.

Existem fortes indícios que para além da UNICER, outros fornecedores de produtos alimentares e não alimentares podem estar a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e que as cadeias de distribuição alimentar poderão integrar entre si e com vários fornecedores de produtos alimentares e não alimentares para garantir o alinhamento dos preços de venda ao público aos consumidores.

Os indícios acima indicados reportam-se ao período compreendido entre 2014 e 2017 mas não é de excluir que as actividades em causa tenham tido lugar num lapso temporal mais dilatado.

Estas práticas assumem a natureza de acordos violadores da concorrência porque nas duas situações conduzem à fixação artificial de preços de venda ao público, suprimindo a concorrência entre operadores, com claro prejuízo para os consumidores finais.

Estes comportamentos traduzem-se numa restrição da concorrência e são consubstanciados na fixação dos preços de revenda por parte de um fornecedor aos seus distribuidores e/ou num acordo entre concorrentes e entre estes e o respectivo fornecedor tendentes à fixação de preços de venda ao público.

As práticas de fixação vertical ou horizontal de preços de revenda têm influência directa na determinação dos preços a praticar pelas empresas, criando condições de actuação no mercado que não correspondem às normais condições de funcionamento de um mercado concorrencial, diminuindo nomeadamente o risco associado a um comportamento concorrencial.

Estas práticas a serem comprovadas são susceptíveis de qualificação como prática restritiva da concorrência violadoras dos arts. 9º nº da Lei da Concorrência e nº 1 do art. 101º do TFUE.

As diligências de busca e apreensão são fundamentais para comprovar os referidos indícios das práticas restritivas por parte das empresas em causa e para perceber a real dimensão e o modo como são concretizadas e implementadas, bem assim como os seus efeitos designadamente em termos de produtos implicados, compensações acordadas e definição concreta de empresas envolvidas.

Face às suspeitas acima descritas **determino e ordeno** que, com observância das formalidades legais e nos termos das disposições conjugadas dos arts. 9º nº 1, 18º nº 1 c), 2, 3, 4 a) e b), 20º nº 1, 20º nº 1, 21º da Lei nº 19/2012, de 8 de Maio, 101º nº 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 41º nº 1 e 48º -A, do DL 433/82, de 27 de Outubro, 174º nºs 2, 3 e 4, 176º nºs 1 e 2, 178º, 183º, 267º, 270º nº 1 do CPP que seja efectuada busca nos locais abaixo indicados para a recolha de toda a documentação com relevância probatória, designadamente actas, correio electrónico já aberto e outra bem assim como computadores, quer se encontrem em local acessível ao público ou reservado:

(...)

- 5)JERÓNIMO MARTINS – DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS DE CONSUMO, LDA. (...);
- 6)JERÓNIMO MARTINS – SERVIÇOS, S.A. (...);
- 7)JERÓNIMO MARTINS – SGPS, S.A. (...)
- 8)PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, LDA. (...)
- 9)UNILEVER JERÓNIMO MARTINS, LDA. (...)

Passe mandados para cada uma das empresas.

As cópias do presente despacho acompanharão os mandados de busca devendo, no entanto, ocultar a identidade das outras empresas a buscar.

*

Os mandados deverão ser cumpridos pela AdC através de funcionários devidamente credenciados nos termos do disposto no art. 18º, nº 4 b), da Lei nº 19/2012, no prazo de 30 dias.

*

Passe em triplicado, ficando um exemplar nos autos

(...)



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

DS»

3)A diligência de busca e apreensão nas empresas Jerónimo Martins – SGPS, S.A e Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. (Pingo Doce S.A.) iniciou-se no dia 7 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição das partes relevantes):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

Entre as 10 horas e 5 minutos e as 10 horas e 10 minutos do dia 7 de fevereiro de 2017, iniciou-se nas instalações melhores identificadas nos Autos de Notificação entregues às empresas Jerónimo Martins – SGPS, S.A e Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. (Pingo Doce S.A.) as diligências de busca e apreensão aí descritas.

Pelas 19 horas e 10 minutos do dia 7 de fevereiro de 2017, tendo os técnicos da Autoridade da Concorrência verificado que a presente diligência de busca e apreensão não poderá ser concluída em tempo útil nesta data, decidiu-se suspender a presente diligência, a qual continuará amanhã, dia 8 de fevereiro de 2017, pelas 9 horas e 30 minutos.

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, bem como 2 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce, S.A., permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

4)A diligência referida em 3) teve continuação no 8 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...) Pelas 9 horas e 50 minutos do dia 8 de fevereiro de 2017, foi reiniciada a diligência (...).

Pelas 19 horas e 20 minutos do dia 8 de fevereiro de 2017, tendo os técnicos da Autoridade da Concorrência verificado que a presente diligência de busca e apreensão não poderá ser concluída em tempo útil nesta data, decidiu-se suspender a presente diligência, a qual continuará amanhã, dia 9 de fevereiro de 2017, pelas 9 horas e 30 minutos.

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, bem como 15 computadores dos colaboradores objeto da diligência e 2 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

5)A diligência mencionada em 3) e 4) continuou no dia 9 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, bem como 7 computadores dos colaboradores objeto da diligência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 2 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

6) A diligência mencionada em 3), 4) e 5) continuou no dia 10 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

7) A diligência mencionada em 3), 4), 5) e 6) continuou no dia 13 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

8) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6) e 7) continuou no dia 14 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador de uma colaboradora objeto da diligência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

9) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7) e 8) continuou no dia 15 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 5 computadores de colaboradores objeto da diligência, 2 computadores fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

10) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7), 8) e 9) continuou no dia 16 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 2 computadores fornecidos pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência, 2 computadores fornecidos pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

11) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9) e 10) continuou no dia 17 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

12) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10) e 11) continuou no dia 21 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

15) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11), 12), 13) e 14) continuou no dia 22 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

16) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11), 12), 13), 14) e 15) continuou no dia 23 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

17) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11), 12), 13), 14), 15) e 16) continuou no dia 24 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE SUSPENSÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

(...)

Para efeitos de suspensão da diligência em curso e continuação no dia útil seguinte, atesta-se que os seguintes equipamentos e dispositivos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos utilizados para efeitos de busca, seleção e apreensão de documentos informáticos e mensagens de correio eletrónico, a saber, 2 computadores, 2 monitores e 3 dispositivos externos de dados pertencentes à Autoridade da Concorrência, 1 computador fornecido pelo Departamento de Informática das empresas objeto da diligência e 5 dispositivos externos de armazenamento de dados pertencentes à Pingo Doce SA, permanecerão nas instalações das mesmas, na sala de reuniões do 10º piso, a qual ficará devidamente selada, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da diligência em curso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

(...»

18) A diligência mencionada em 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11), 12), 13), 14), 15), 16) e 17) viria a ser concluída no dia 27 de fevereiro de 2017, cfr. auto com o seguinte teor (transcrição parcial):

«AUTO DE APREENSÃO

(...) A diligência de busca e apreensão iniciou-se em 7 de fevereiro de 2017 e terminou em 27 de fevereiro de 2017, tendo-se suspenso a diligência no final de cada dia útil, com continuação na manhã do dia útil seguinte à exceção da suspensão da diligência ocorrida no dia 17 de fevereiro de 2017, cuja continuação ocorreu no dia 21 de fevereiro de 2017 (...).

(...)

Foi realizada pesquisa nos ficheiros de correio eletrónico de [REDACTED],

[REDACTED] e

[REDACTED]. Não foi realizada pesquisa nos ficheiros de [REDACTED] uma vez que se verificou que a mesma não

detinha qualquer ficheiro relativo ao período temporal durante o qual, segundo esclarecimentos prestados pelas empresas, aquela terá prestado funções na Pingo Doce SA (entre 2008 e agosto de 2011).

(...)

Para efeitos da referida pesquisa, foi previamente solicitado ao Diretor de Segurança de Informação das empresas, Dr. [REDACTED], a alteração das respetivas *passwords* de acesso à rede, durante o tempo estritamente necessário, após o que as mesmas foram repostas mediante intervenção do respetivo Dr. [REDACTED].

Para efeitos de permitir a utilização de ferramentas forenses de pesquisa digital foi realizado o seguinte procedimento:

Dos computadores que viriam a ser alvo da pesquisa, foram copiados, para um dispositivo de armazenamento externo e para um computador pertencentes às empresas, os ficheiros de correio eletrónico contidos naqueles



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

computadores bem como os respetivos ficheiros de configuração dos utilizadores necessários para identificar, em cada um, as mensagens marcadas como “lidas” e “não lidas”.

O referido dispositivo externo, contendo os ficheiros de correio eletrónico copiados dos computadores que vieram a ser alvo da pesquisa, identificados no ficheiro “Mails Integrais.md5”, a que corresponde o descritivo digital 17a889e5cab49060f88c5735ed632c55, gravado no ficheiro “Descritivo Digital Mails Integrais.md5”, foi entregue às empresas, e acompanhada em permanência, pelo menos, por um dos seus mandatários.

Foi entregue às empresas, no final da diligência, dispositivo externo contendo os referidos ficheiros de correio eletrónico, após remoção das mensagens marcadas como “não lidas”, bem como a versão original dos ficheiros de correio eletrónico dos computadores, cuja *password* de acesso tinha sido alterada, mas que não chegaram a ser objeto de qualquer procedimento posterior (

), identificados no ficheiro “Lista_Indexada.md5”, a que corresponde o descritivo digital 5d2e814e888be22e1b812f466c5b5b06, gravado no ficheiro “DescritivoDigital_Lista_Indexada.md5”.

Os ficheiros de correio eletrónico resultantes desta triagem efetuada pelas empresas, na presença dos seus mandatários, foram copiados para dois dispositivos externos das empresas, e entregues aos funcionários da Autoridade, para efeitos de processamento e pesquisa em computadores da Autoridade.

Na sequência dessa pesquisa, foram copiados ficheiros para um dispositivo externo, denominado AADCHDD011, descrito no ficheiro LISTA ADCHDD011.md5, a que corresponde o descritivo digital b25b763c52ab51a012271bde331fceda, gravado no ficheiro Auto ADCHDD011.md5.

Do referido anexo ADCHDD011.md5, foi efetuada cópia integral, em dispositivo de armazenamento externo disponibilizado, para o efeito, pelas empresas, e entregue às mesmas.

No final da diligência, os dispositivos de armazenamento externo pertencentes às empresas, utilizados na acima referida triagem foram formatados e devolvidos.

As empresas, e os seus Mandatários, consentiram expressamente no procedimento informático acima referido, sem prejuízo do seu direito de arguir quaisquer nulidades e/ou irregularidades da presente diligência, que não relativas ao procedimento ora explicado, e na medida em que, conforme atestado no presente auto, as empresas ficam com cópia digital integral dos ficheiros de correio eletrónico objeto da diligência, quer com o seu conteúdo original (“Lista_Adogados.md5”), quer do respetivo conteúdo após a referida eliminação das mensagens marcadas como “não lidas” (“Lista_Indexada.md5”).

(...)

**

*

Os autos seguiram em vista aos adjuntos e foi realizada a conferência.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Por douto acórdão de 16 de março de 2023, o Tribunal Constitucional determinou a reforma do acórdão de 4 de março de 2020 desta Relação em conformidade com o juízo positivo de inconstitucionalidade emitido.

Essa reforma ainda não teve lugar porque entretanto foi proferido despacho em 11 de julho de 2023 pelo Exmo. Sr. Relator daquele acórdão da Relação (entretanto promovido a Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça); entendeu-se nesse despacho que, em ordem a dar



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

cumprimento à imperativa reforma, era necessário determinar previamente ao tribunal de primeira instância que apurasse os termos e as circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónico e designadamente se estas se achavam à data nas próprias caixas de correio eletrónico ou armazenadas em suportes autónomos.

A esse despacho reagiram as Recorrentes, alegando a sua ilegalidade e suscitando a intervenção da conferência, nos termos que em seguida muito sumariamente se sintetizam:

- (i) O Sr. Desembargador Relator é funcionalmente incompetente para proferir o despacho em crise, pois a competência para dar cumprimento ao determinado pelo Tribunal Constitucional é do Tribunal da Relação reunido em conferência, concluindo que se verifica aqui uma nulidade insanável;
- (ii) O despacho contém uma interpretação errónea do acórdão do Tribunal Constitucional, na medida em que, enquanto este acórdão julgou inconstitucional a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público, o aludido despacho, diversamente, entende que o juízo de inconstitucionalidade emitido não abrange as situações em que a mensagem de correio eletrónico foi definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do *Provider* ou, pelo menos, quando este *Provider* deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à dita mensagem.

Que dizer?

Sem outros considerandos, resulta do exposto que o despacho posto em crise pelas Recorrentes assumiu (bem ou mal) que se prefigurava nos autos uma questão prévia a esclarecer; como assumiu (bem ou mal) que a resolução dessa questão teria necessariamente que passar por fazer transitoriamente baixar os autos à primeira instância; como assumiu ainda e por fim (bem ou mal) que dispunha de competência para decidir o que decidiu.

Ponderada porém em conferência a problemática subjacente, é entendimento deste Tribunal da Relação que a dita questão prévia em boa verdade não se põe: o que importa aqui fazer é dar cumprimento ao determinado pelo Tribunal Constitucional, nos termos que resultam do seu dispositivo transitado em julgado, já hoje passível de execução.

O que o Tribunal Constitucional decidiu, para o que aqui releva, foi, recorde-se, o seguinte:



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

«c) Julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público; e, em consequência,

d) Conceder parcial provimento ao recurso, determinando a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo positivo de inconstitucionalidade expresso na alínea c).»

Não tendo introduzido o Tribunal Constitucional nenhuma diferenciação, em tal dispositivo, entre «as mensagens de correio eletrónico abertas», nomeadamente em função do local de armazenamento em que se achariam à data da apreensão, não pode este Tribunal da Relação acrescentar uma tal diferenciação, ou aduzir critérios a ela tendentes, pois apenas lhe cabe cumprir o decidido.

E se é assim, como nos parece, «as mensagens de correio eletrónico abertas» abrangidas pelo juízo positivo de inconstitucionalidade no caso concreto são «todas» as apreendidas.

Não cremos, em suma, que a dita «questão prévia» se ponha, com o que colhe pertinência, nesta medida, a reclamação apresentada.

Por outro lado, feita a análise da informação disponível nos autos, tudo indica que as mensagens de correio eletrónico foram efetivamente apreendidas nas caixas de correio respetivas; a essa conclusão podemos chegar lendo os autos de apreensão e nomeadamente o último, datado de 27 de fevereiro de 2017, que sintetiza o conjunto das diligências iniciadas em 7 de fevereiro de 2017, no qual se vê em dado passo o seguinte:

«Foi realizada pesquisa nos ficheiros de correio eletrónico de [REDACTED],

[REDACTED],
[REDACTED]

[REDACTED] e [REDACTED]a. Não foi realizada pesquisa nos ficheiros de [REDACTED] uma vez que se verificou que a mesma não detinha qualquer ficheiro relativo ao período temporal durante o qual, segundo esclarecimentos prestados pelas empresas, aquela terá prestado funções na Pingo Doce SA (entre 2008 e agosto de 2011).»



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Por fim, acrescente-se que, se bem vemos as coisas, esta Relação, no seu acórdão de 4 de março de 2020, já pressupusera que as mensagens de correio eletrónico haviam sido apreendidas nas respetivas caixas de correio eletrónico e nunca a problemática fora levantada antes da prolação do douto acórdão do Tribunal Constitucional.

Atente-se em particular nas seguintes passagens do acórdão de 4 de março de 2020:

«As recorrentes almejam ver declarado por este Tribunal a nulidade da prova obtida pela AdC através do dawn raid realizado entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017, por inadmissibilidade da apreensão de correspondência eletrónica em processo de contraordenação.

(...)

In casu, a AdC acedeu a informação existente em caixas de email que nos parece que não foi fruto de um “trabalho de correspondência”, produzido pelos colaboradores das visadas, antes se apresenta fruto de um trabalho em rede, “veloz e instantâneo”, característico dos meios de produção tecnológicos atuais, com a consequente capacidade de produção sem a tradicional proximidade espacial.».

Em suma, entendemos, com o devido respeito por opinião contrária, que não se mostra pertinente a suscitada «questão prévia» e que, ao invés, o que há a fazer e pode fazer-se desde já, é cumprir o douto acórdão do Tribunal Constitucional.

Dito isto, reformar-se-á desde já o dispositivo do acórdão de 4 de março de 2020, no sentido de ser concedido parcial provimento ao recurso, em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade emitido.

*

Em consequência do que ficará decidido quanto ao mérito do recurso, reformar-se-á ainda o acórdão de 4 de março de 2020 no segmento das custas processuais, reduzindo-se a duas UC a taxa de justiça individual aí fixada (cfr. ainda o art. 93º/3 e 4 do D.L. nº 433/82, de 27/10).

*

III - DISPOSITIVO

Face ao exposto, **dando cumprimento desde já ao juízo positivo de inconstitucionalidade emitido pelo douto acórdão do Tribunal Constitucional, reforma-se o decidido pelo acórdão desta Relação de 4 de março de 2020, julgando-se parcialmente procedente o recurso, neste sentido:**



Lisboa - Tribunal da Relação

9ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

- A) Julga-se nula a apreensão dos ficheiros de correio eletrónico realizada nos autos;**
- B) Determina-se o desentranhamento e devolução às Recorrentes dos mencionados ficheiros e a destruição das cópias que dos mesmos hajam sido feitas.**

*

Custas: reforma-se o que ficara decidido no acórdão de 4 de março de 2020 em matéria de custas, reduzindo-se a duas UC a taxa de justiça individual aí fixada.

Notifique.

Lisboa, 09 de novembro de 2023

Os Juízes Desembargadores *(processado a computador pelo relator e revisto por todos os signatários; assinaturas eletrónicas)*

Jorge Rosas de Castro (relator)

Simone Abrantes de Almeida Pereira (1ª Adjunta)

Maria João Ferreira Lopes (2ª Adjunta)