



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 407/2020

Processo n.º 202/20

3.ª Secção

Relator: Lino Rodrigues Ribeiro

Acordam, em conferência, na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Lisboa, em que é recorrente *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia S.A.* e são recorridos o *Ministério Público* e a *Autoridade da Concorrência*, a primeira veio interpor recurso de constitucionalidade, ao abrigo do disposto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (LTC), da decisão proferida por aquele Tribunal no dia 26 de novembro 2019, que concedeu provimento parcial ao recurso por si interposto da decisão proferida do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação de 11 de junho de 2019, que julgou totalmente improcedente o recurso por si interposto da decisão da Autoridade da Concorrência de 24 de janeiro de 2019, que indeferiu vários requerimentos apresentados pela MEO arguindo a invalidade de atos da Autoridade da Concorrência ocorridos durante uma diligência de busca e a invalidade da apreensão realizada pela mesma autoridade na sede da MEO.

2. O recurso de constitucionalidade apresenta, no essencial, o seguinte teor:

«(...)

I. INTRODUÇÃO

1.º No presente processo de contraordenação, a MEO interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa ("TRL") da sentença proferida, em 11.07.2019, pelo Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação ("TCRS"), nos termos da qual foi julgado totalmente improcedente o recurso por si interposto quanto à decisão da Autoridade da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Concorrência ("AdC") de 24.01.2019 (doravante apenas o "Recurso" ou o "Recurso para o TRL").

2.º No Recurso para o TRL, a MEO suscitou, para o que ora releva, a inconstitucionalidade de duas normas que determinaram a decisão do TCRS e que vêm plasmadas na sentença proferida pelo referido Tribunal, a saber:

(i) da norma que resulta dos artigos 18.º e 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode visualizar mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado; e

(ii) da norma que resulta dos artigos 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode apreender mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado, sem as selar e colocar à apreciação do juiz de instrução.

3.º Em 26.11.2019, o TRL proferiu Acórdão concedendo provimento parcial ao Recurso sem, contudo, oferecer, naquele que era o entender da Recorrente, pronúncia relativamente às inconstitucionalidades expressamente suscitadas pela MEO no Recurso.

4.º Por esse motivo, a Recorrente, confrontada com o teor do Acórdão do TRL, apresentou, em 05.12.2019, perante aquele Tribunal, requerimento através do qual:

(i) arguiu a nulidade do Acórdão do TRL, com fundamento em falta de fundamentação, nos termos do disposto nos artigos 379.º, n.º 1, alínea a), e 374.º, n.º 2, do Código de Processo Penal ("CPP") *ex vi* do artigo 425.º, n.º 4, do CPP, por remissão do artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro ("RGCO") e do artigo 83.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (doravante "LTC"), ou, cautelarmente, a respetiva irregularidade, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 118.º, n.º 2, e 123.º, n.º 1, do CPP (por remissão do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO e do artigo 83.º da LdC);

(ii) arguiu a nulidade do Acórdão do TRL, com fundamento em omissão de pronúncia, nos termos do disposto no artigo 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP, *ex vi* artigo 425.º, n.º 4, do CPP, por remissão do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e do artigo 83.º da LdC, ou, cautelarmente, com fundamento, pelo menos, em falta de fundamentação, nos termos 379.º, n.º 1, alínea a), e 374.º, n.º 2, do CPP, *ex vi* artigo 425.º, n.º 4 do CPP, por remissão do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO e do artigo 83.º da LdC; e

(iii) subsidiariamente e à cautela, caso se entendesse que o vício referido em (ii) determinava a mera irregularidade do Acórdão do TRL (ao invés da respetiva nulidade), arguiu também a aquela irregularidade nos termos disposto nos artigos 118.º, n.º 2, e 123.º, n.º 1, do CPP (por remissão do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e do artigo 83.º da LdC).

5.º Em 11.12.2019, na pendência de decisão sobre o requerimento de arguição daquelas nulidades e irregularidades, atenta a circunstância de poder ser considerado que a arguição de invalidades do Acórdão do TRL não suspende nem interrompe o prazo de 10 dias para interposição de recurso para o Tribunal Constitucional, previsto no artigo 75.º, n.º 1, da LTC, a Recorrente interpôs, à cautela, recurso do Acórdão do TRL para este Tribunal Constitucional.

6.º Sucede, no entanto, que, em 27.01.2020, foi a Recorrente notificada do Despacho por via do qual o Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator do TRL, pronunciando-se sobre o requerimento da MEO de 05.12.2019, decidiu, em suma, o seguinte:

(i) a questão da admissibilidade da visualização e apreensão, no decurso das diligências de busca e apreensão levadas a cabo pela Autoridade da Concorrência ("AdC"), de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

e-mails enviados ou recebidos pelos advogados da Recorrente, ou com *cc* dos mesmos, ou, pelo menos, da necessidade de a AdC, caso tenha interesse em aferir da sua relevância probatória, proceder à selagem, sem visualização, seguida de apresentação ao juiz de instrução criminal para análise da sua cobertura por segredo profissional de advogado **"foi tratada diretamente no acórdão proferido"** (destaque nosso);

(ii) no que respeita à admissibilidade da referida visualização e apreensão, *"ficou expresso [no Acórdão do TRL] que (...) **saber se é admissível este ou aquele elemento de prova é matéria que só poderá ser conhecida na fase judicial do processo, quando a AdC seriar a prova por si apreendida e construirá decisão administrativa**"* (destaque nosso);

(iii) *"[n]o que respeita à forma de realização de diligências de busca e apreensão, com relevo para a apreensão de documentação face à qual é suscitada a sua cobertura pelo segredo profissional **também o Tribunal tomou posição**"*, porquanto ficou nele expresso que **"não se pode admitir que a mera visualização para efeitos de se saber se deve apreender seja uma violação inadmissível da reserva do segredo"** (destaque nosso);

(iv) reportando-se à diferença entre uma "comunicação com um advogado" e uma "conversa sigilosa a coberto do sigilo", ficou também expresso no Acórdão do TRL que **"[p]ara distinguir [...] é necessário que a mensagem seja lida e quem tem de [...] seriar as mensagens é a AdC e o seu corpo de funcionários (...) também eles vinculados a segredo profissional"** (destaque nosso);

(v) *"se a questão foi tratada por este Tribunal, se se considerou que nenhuma violação de segredo profissional ocorreu, mostra-se corretíssimo o ponto 35 da arguição de nulidade"*, ou seja, que **é correta a assunção da MEO de que a questão da inconstitucionalidade das normas em causa foi indeferida, pugnando-se pela sua aplicação nos termos cuja conformidade à Constituição foi questionada: e**

(vi) *"[t]endo-se decidido que a mera visualização de correio eletrónico no qual se encontra o e-mail de advogado (interno ou externo da Requerente, inclusive colocado em *cc*) não constitui uma violação irreductível do segredo profissional - contanto que não estejam em causa comunicações de advogado com cliente no exercício do respetivo manda[ti]o - e que [a] apreciação da validade e pertinência dessa prova cabe à Autoridade, é óbvio que essa visualização e apreensão, nos **moldes descritos, não é inconstitucional**"* (destaque nosso).

7.º O Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator do TRL vem, essencialmente, manter o entendimento que havia sido propugnado no Acórdão do TRL,

8.º mas, vem também confirmar, **de forma expressa e cristalina**, que os critérios normativos subjacentes ao Acórdão do TRL são, precisamente, as interpretações normativas cuja conformidade à Constituição foi questionada pela MEO no Recurso (e que acima se indicaram) e agora que se pretendem ver apreciadas por este Tribunal Constitucional.

9.º Dissipadas ficam, pois, quaisquer dúvidas que pudessem existir em virtude da aplicação implícita, plasmada no Acórdão do TRL, das interpretações normativas cuja conformidade à Constituição se pretende ver apreciada, porquanto resulta expressamente do Despacho que as mesmas constituíram *ratio decidendi* do Acórdão do TRL.

10.º Destarte, a MEO pretende interpor recurso do Acórdão do TRL, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, reiterando agora, à cautela, e na presente data, o recurso interposto pela Recorrente em 11.12.2019 para o Tribunal Constitucional quanto ao referido Acórdão,

11.º Como é sabido, decorre da jurisprudência assente do Tribunal Constitucional que as questões de inconstitucionalidade, para serem conhecidas pelo referido Tribunal, devem obedecer aos seguintes requisitos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(i) a questão ter sido suscitada pelo recorrente perante o Tribunal recorrido, admitindo-se, no entanto, limitações a esta regra em determinadas situações processuais excepcionais (cfr. artigos 70.º, n.º 1, alínea b), e 72.º, n.º 2, da LTC);

(ii) a questão respeitar a norma ou interpretação normativa que foi efetivamente aplicada, constituindo *ratio decidendi* da decisão jurisdicional proferida;

(iii) os normais meios impugnatórios existentes no ordenamento adjetivo que rege o processo no âmbito do qual a decisão recorrida foi proferida estarem já esgotados (cfr. artigo 70.º, n.º 2, da LTC); e

(iv) a questão revelar-se de utilidade para a decisão da causa, atenta a configuração do caso concreto.

12.º No presente recurso, conforme se explicará em seguida, os requisitos de admissibilidade acima descritos encontram-se todos preenchidos.

Senão vejamos.

13.º Por via do presente recurso pretende a MEO, como adiantado, ver apreciada a conformidade à Constituição:

(i) da norma que resulta dos artigos 18.º e 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode visualizar mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado; e

(ii) da norma que resulta dos artigos 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode apreender mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado, sem as selar e colocar à apreciação do juiz de instrução.

14.º No Recurso para o TRL, a MEO suscitou expressamente as questões referidas em (i) e (ii) do artigo anterior, respetivamente, nos artigos 245.º e 246.º das suas motivações, tendo igualmente feito constar as mesmas dos pontos 38. e 39. das suas conclusões.

15.º O Tribunal Constitucional tem reconhecido e admitido na sua jurisprudência que a questão cuja conformidade à Constituição é questionada tanto pode ter por objeto uma norma (ou apenas a uma parte dela considerada de forma autónoma), como, de igual modo, os moldes em que uma dada interpretação normativa foi aplicada ou desaplicada na decisão recorrida.

16.º Contudo, atenta a função de controlo normativo do recurso de constitucionalidade, a interpretação normativa cuja conformidade à Constituição se questiona deve revestir-se de carácter geral e abstrato, permitindo que surja com autonomia em relação à mera atividade subsuntiva necessariamente associada às especificidades do caso concreto.

17.º ora, foi precisamente isso que ocorreu no caso *sub judice*: as interpretações normativas cuja inconstitucionalidade foi suscitada foram-no através de enunciação genérica e abstrata do critério normativo em que se ancorou a decisão recorrida - facto que decorre do Recurso para o TRL e da formulação transposta para o artigo 13.º *supra*.

18.º Acresce que a questão (neste caso, as questões) de inconstitucionalidade, conforme tem vindo a sustentar de forma incontroversa a jurisprudência do Tribunal Constitucional, tem de ter por objeto uma norma ou interpretação normativa que tenha constituído *ratio decidendi* da decisão recorrida.

19.º No entanto, conforme tem sido igualmente defendido por este Tribunal, não quer isto dizer que a aplicação ou desaplicação da norma ou da interpretação normativa tenha de ser expressa, bastando que a mesma seja implícita.

20.º Terá sido o que sucedeu neste caso no Acórdão do TRL.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

21.º No entanto, como já se antecipou *supra*, apesar dessa natureza implícita ainda se verificar em relação ao Acórdão do TRL - cuja redação não foi alterada em consequência da prolação do Despacho -,

22.º ficou agora expressamente assente que as interpretações normativas cuja inconstitucionalidade foi suscitada pela MEO constituem *ratio decidendi* da decisão recorrida (i.e., do Acórdão do TRL), atento o teor e decisão constantes do Despacho, que esclarece a decisão quanto às inconstitucionalidades invocadas.

23.º Destarte, ao atentar (i) no dispositivo do Acórdão do TRL, (ii) nas poucas palavras que o mesmo dedica ao erro na aplicação do Direito por parte do TCRS no que à matéria do segredo profissional de advogado diz respeito; e, bem assim, (iii) no teor do Despacho,

não restam quaisquer dúvidas de que o TRL decidiu pela improcedência daquelas questões - afirmando-se mesmo no Despacho que "*é óbvio que essa visualização e apreensão, nos moldes descritos, não é inconstitucional*" e que "[o] Tribunal não tinha que o referir pois que a questão [de conformidade à Constituição] fica prejudicada quando se afirma a competência da AdC para seriar a matéria" (destaques nossos).

24.º Não subsistem também dúvidas de que TRL decidiu com base nas interpretações normativas cuja inconstitucionalidade foi suscitada pela MEO no Recurso para o TRL e que se pretende que sejam agora apreciadas por este Tribunal Constitucional - facto que o Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator do TRL reconhece expressamente no Despacho quando afirma que se mostra "*corretíssimo o ponto 35 da arguição de nulidade*" da Recorrente.

25.º Além do exposto, como se sabe, nos termos do disposto no artigo 89.º, n.º 1, da LdC, em processo sancionatório jusconcorrencial não cabe recurso ordinário dos acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação.

26.º Consequentemente, no que ao requisito do prévio esgotamento dos recursos ordinários disponíveis diz respeito, vindo o presente recurso interposto do Acórdão do TRL e tendo o mesmo sido proferido em processo de contraordenação cujo direito adjetivo aplicável é o previsto na LdC, já não se encontram ao dispor da MEO quaisquer recursos ordinários.

27.º Por outro lado, é ainda necessário que o recurso se revista de utilidade para a decisão da causa, isto é, que possa influir na decisão da questão de mérito em termos de o tribunal recorrido poder ser confrontado com a obrigatoriedade de reformar o sentido do seu julgamento, não podendo a questão de inconstitucionalidade reconduzir-se à resolução de uma simples questão académica.

28.º Ora, o objeto do presente recurso materializa-se em duas interpretações normativas que acarretam um atropelo de um dos mais basilares pilares da advocacia (e, concomitantemente, dos direitos fundamentais dos seus clientes e patrocinados), procurando, através daquele atropelo, legitimar a obtenção de prova nula em processos sancionatórios de Direito da Concorrência.

29.º Como é evidente, a declaração de inconstitucionalidade daquelas interpretações normativas e consequente reconhecimento da nulidade das diligências probatórias em causa, em momento prévio ao *terminus* do processo e posterior à consumação do atropelo e obtenção da respetiva prova, determina o confronto do tribunal *a quo* com a obrigação de reformular a decisão recorrida por forma a determinar a anulação daquela prova, bem como de toda a prova dela dependente ou que apenas tenha sido possível obter à custa da prova nula ou do seu teor.

30.º É, pois, inconcebível negar a utilidade do presente recurso e dos seus possíveis efeitos para a decisão da questão de mérito, encontrando-se demonstrada a sua natureza



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

instrumental, porquanto a decisão pela desconformidade das interpretações normativas em causa projetar-se-á necessariamente na decisão do tribunal *a quo*.

31.º Nestes termos, o presente recurso reporta-se da maior essencialidade para a defesa dos direitos fundamentais da MEO e, porque todos os requisitos de admissibilidade se encontram verificados, deve ser admitido e, conseqüentemente, devem as questões de inconstitucionalidade suscitadas ser apreciadas, o que, desde já, se requer,

Vejamos, então, em que termos.

II. INCONSTITUCIONALIDADE DAS INTERPRETAÇÕES NORMATIVAS DOS ARTIGOS 18.º E 20.º N.ºS 1 E 5 DA LDC OBJETO DO PRESENTE RECURSO

32.º Conforme já foi adiantado, a MEO pretende ver apreciada, por um lado, a conformidade à Constituição da norma que resulta dos artigos 18.º e 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode visualizar mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado a proteção decorrente do sigilo profissional de advogado.

33.º A MEO pretende também ver apreciada a (des)conformidade à CRP da norma que resulta dos artigos 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode apreender mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado, perante a AdC, a proteção decorrente do sigilo profissional de advogado, sem as selar para subseqüente apreciação do juiz de instrução.

34.º Conforme foi invocado, entende a MEO que as interpretações normativas descritas nos dois artigos anteriores violam o disposto nos artigos 20.º, 32.º, n.º 10, 34.º e 208.º, todos da CRP, e contendem frontalmente, quer uma, quer a outra, com os direitos fundamentais à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado nos termos da lei (em particular, com respeito pelo segredo profissional de advogado), com o direito de defesa e com o direito ao sigilo e à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e dos demais meios de comunicação em casos não previstos na lei em matéria de processo criminal (este último também com respaldo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu artigo 8.º),

35.º Nessa medida, são aquelas duas interpretações normativas, no entender da MEO, inconstitucionais.

36.º O segredo profissional "*é uma regra de ouro da advocacia e um dos mais sagrados princípios deontológicos*", sendo a "*conditio sine qua non*"⁶ para que o cliente possa confiar todos os elementos ao advogado.

37.º Todas as informações que o cliente fornece ao advogado encontram-se abrangidas pelo sigilo profissional, pelo que, a partir do momento em que o advogado toma conhecimento da informação, recai sobre ele uma obrigação de não divulgação (cfr. artigo 92.º, n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados - "EOA").

38.º Por outro lado, recai sobre os magistrados, os agentes da autoridade e trabalhadores da função pública, entre os quais os funcionários das autoridades públicas com competências sancionatórias, como sucede com a AdC, o especial dever de respeitar o segredo profissional dos advogados, como condição do adequado e cabal desempenho do mandato e do exercício dos direitos do constituinte.

39.º A relevância do sigilo profissional é de tal magnitude que constitui uma das imunidades necessárias ao exercício do mandato forense constitucionalmente e legalmente garantidas (cfr. artigos 12.º e 13.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, artigo 208.º da CRP e artigo 72.º, n.º 1 do EOA), sob pena de não poderem garantir-se as condições necessárias ao



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

exercício destes direitos por receio de que as comunicações entre o constituinte e o seu advogado venham a ser usadas, posteriormente, contra àquele.

40.º o segredo profissional constitui, por isso, pressuposto e condição necessária ao exercício de uma tutela jurisdicional efetiva e do direito de defesa e, nessa medida, não pode deixar de se reconhecer que o mesmo encontra, ele próprio, tutela constitucional enquanto garantia daqueles direitos fundamentais (cf. artigos 20.º e 32.º n.º 10 da CRP).

41.º Como facilmente se pode antecipar, interpretar e aplicar as normas previstas nos artigos 18.º e 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC no sentido de permitir que a AdC, sem prévia intervenção do juiz de instrução criminal, visualize, examine e aceda ao conteúdo de mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, de forma deliberada e não obstante advertência da visada quanto à natureza dos elementos em causa e à respetiva proteção por razões de sigilo profissional de advogado tem, como consequência, o completo desconsiderar do respeito pelo sigilo profissional de advogado em processos sancionatórios por infrações jusconcorrenciais.

42.º Na verdade, qualquer uma das interpretações normativas em apreço destrói a relação fiduciária entre advogado e cliente e desvirtua a função social da advocacia no contexto do desenvolvimento de atividades económicas em mercado concorrencial, acarretando, inevitavelmente, a afetação do interesse público daquela função.

43.º Além disso, ao comprometerem o sigilo profissional de advogado nos termos descritos, as interpretações normativas em causa restringem, sem justificação aceitável, os direitos fundamentais do cliente à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado nos termos da lei (os quais abrangem, naturalmente, a proteção constitucional do sigilo profissional de advogado) - com expressa consagração constitucional no artigo 20.º, n.º 2 da CRP.

44.º De igual modo, as interpretações em causa contendem injustificadamente, não apenas com os princípios da boa administração da justiça e com o papel do advogado, mas também e sobretudo, com o direito fundamental de defesa porquanto, uma vez destruída a relação fiduciária em que assenta o patrocínio e a consulta jurídica, o cliente vê restringido o seu direito de assistência, conselho e orientação jurídicas, designadamente quando exercido com a finalidade de prevenir a violação da lei ou de se defender da sua indevida aplicação, direito que se encontra constitucionalmente garantido pela disposição ínsita no artigo 32.º da CRP.

45.º À assistência jurídica passaria a estar associado o risco de completa devassa da relação com o advogado com o objetivo de obter elementos com interesse para as investigações em curso, para o redireccionamento dos inquéritos ou para a abertura de novos inquéritos sem que seja sequer possível aos visados estabelecer que relevância tiveram as informações obtidas na formação da convicção da AdC nos processos em causa e nos demais processos a que deram origem,

46.º Naturalmente, estando em causa mensagens eletrónicas, sai também violado o direito ao sigilo e à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e dos demais meios de comunicação em casos não previstos na lei em matéria de processo criminal, que encontra a sua expressa consagração no artigo 34.º da CRP.

47.2 Razão pela qual os direitos fundamentais em apreço saem violados com qualquer visualização do conteúdo das comunicações entre advogado e cliente, relativamente às quais tenha sido requerida a proteção do sigilo profissional, mais aviltante sendo a sua ilícita apreensão sem apertado controlo judicial.

48.º sendo a restrição dos direitos fundamentais operada pelas interpretações normativas objeto do presente recurso desnecessária e desproporcionada ante os direitos e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

interesse em presença, nos termos *supra* expostos, são as mesmas inconstitucionais (cfr. artigo 18.º da CRP).

49.º Em conclusão, a norma que resulta dos artigos 18.º e 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode visualizar o conteúdo de mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, após a visada ter invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado

50.º e a norma que resulta dos artigos 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode apreender mensagens de correio eletrónico ou outras comunicações entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado, sem as selar e colocará apreciação do juiz de instrução criminal

51.º são inconstitucionais por violarem o disposto nos artigos 20.º, 32.º, n.º 10, 34.º e 208.º, todos da CRP, e por restringirem desproporcionada e desnecessariamente os direitos fundamentais à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado nos termos da lei (em particular, com respeito pelo segredo profissional de advogado), o direito de defesa e o direito ao sigilo e à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e dos demais meios de comunicação em casos não previstos na lei em matéria de processo criminal (este último com expressa consagração no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Nestes termos, pretende a Recorrente que V. Exas. apreciem a conformidade à Constituição das interpretações normativas dos artigos 8.º e 20.º, n.ºs 1 e 5, da LdC aplicadas pelo Tribunal *a quo* no Acórdão do TRL, desse juízo retirando as devidas consequências para a decisão da causa, em particular, ordenando que tal norma seja aplicada em sentido conforme à Constituição e, nessa medida, que seja anulada a prova obtida em violação do segredo profissional de advogado, bem como toda a prova dela dependente ou que apenas tenha sido possível obter à custa da prova nula ou do seu teor.»

3. Através da Decisão Sumária n.º 265/2020, foi decidido não conhecer o objeto daquele recurso, com base na seguinte fundamentação:

«4. Compulsados os autos, constata-se, no entanto, que o presente recurso não se dirige a normas que tenham servido de base às decisões recorridas como *ratio decidendi* das mesmas. (...)

A recorrente – recorde-se – invoca a inconstitucionalidade das seguintes normas: (i) por um lado, «da norma que resulta dos artigos 18.º e 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode visualizar mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado»; (ii) por outro, «da norma que resulta dos artigos 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC quando interpretada no sentido de que a AdC pode apreender mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, ainda que internos, relativamente às quais a visada tenha invocado perante a AdC estarem protegidas por sigilo profissional de advogado, sem as selar e colocar à apreciação do juiz de instrução.»

No entanto, analisada a decisão recorrida, não pode dizer-se que tais normas tenham aí verdadeiro respaldo. Repare-se que as questões colocadas pela recorrente procuram dar ênfase à circunstância de *ter sido invocado* perante a Autoridade da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Concorrência que as mensagens de correio eletrónico estavam cobertas por sigilo profissional, ao invés de fazer constar das normas formuladas um elemento nos termos do qual tais mensagens estariam efetivamente cobertas por sigilo profissional. Simplesmente, em face do encadeamento processual e lógico emergente dos autos, as questões suscitadas pelo recorrente só teriam real sentido *normativo* caso pressupusessem esse elemento. As próprias questões conforme enunciadas pela recorrente referem-se a «*mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados*» (sublinhado nosso), o que pressupõe uma caracterização funcional da hipótese. O mais importante de tudo, para este efeito, é que foi nesse pressuposto que o tribunal recorrido se pronunciou, como se constata com clareza a partir da seguinte passagem da decisão recorrida (fl. 1636, verso, dos autos):

«(...) Afirmar que não existiu pesquisa indevida e que se apreenderam mensagens trocadas entre a MEO e os seus advogados não é contraditório.

Tal sustentação só ocorre porque a recorrente parte de um princípio (errado, diga-se) de que todas as comunicações trocadas entre si e os seus advogados estão cobertas por sigilo profissional e sujeitas a tal regime.

Como refere a AdC na sua resposta e nós respingamos “(...) o facto de ter[em] sido apreendido emails contendo advogados como destinatários ou em cc não significa por si só que estejam em causa emails com sigilo profissional (...), sendo necessário estar em causa um ato próprio de advogado, tal como definido no artigo 1.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto.

(...) Efetivamente o que o artigo 76.º do Estatuto da Ordem dos Advogados pretende proteger são as comunicações do advogado com o seu cliente no exercício do respetivo mandato.

(...) Se assim não fosse, bastaria que, por defeito, um advogado fosse sempre copiado em todos os e-mails da empresa (...) para que a AdC (ou outra entidade que promovesse diligências de busca) ficasse impedida de analisar as mensagens em causa.

Note-se que em nenhum caso foi apreendido um e-mail em que aconselhamento jurídico fosse solicitado pelo negócio à advogada, ou que esse aconselhamento fosse prestado (...).»

A decisão recorrida baseia-se, portanto, a título absolutamente principal, num elemento que não se encontra espelhado na pretensão da recorrente: o de que a comunicação do advogado com o cliente não ocorreu *no exercício do respetivo mandato*. Aliás, isso é visível no próprio acórdão de 21 de janeiro de 2020 – que a recorrente invoca no seu recurso de constitucionalidade em abono da sua tese de que o tribunal recorrido aplicou *ratio decidendi* as normas ali invocadas –, proferido pelo mesmo Tribunal na sequência de uma arguição de nulidade da recorrente em relação àquela que aqui constitui a decisão recorrida, que uma vez mais pressupôs que as comunicações não ocorreram no exercício do mandato do advogado (cf. a fl. 1685 dos autos).

Significa isto que uma eventual pronúncia do Tribunal Constitucional sobre as questões a si trazidas pela recorrente nunca poderia repercutir-se sobre a decisão recorrida de modo a impor a sua reforma – ou seja, que nunca poderia ter qualquer *utilidade* –, justificando-se sublinhar, dando novamente eco a um entendimento já claramente consignado na decisão recorrida, que, de todo o modo, a questão da *validade* da prova ainda nem se colocou nos presentes autos (cf. a fl. 1637 dos autos).»



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Inconformada, a recorrente vem reclamar dessa Decisão Sumária para a conferência, o que faz nos seguintes termos:

«(...)

I. A DECISÃO RECLAMADA

1. A presente reclamação tem por objeto a Decisão Sumária n.º 265/2020, de 07.05.2020, proferida pelo Exmo. Senhor Conselheiro Relator, nos termos da qual foi decidido não conhecer do objeto do recurso de constitucionalidade interposto pela MEO, em 10.12.2019, junto do Tribunal da Relação de Lisboa (doravante "Decisão Reclamada").

2. Na Decisão Reclamada, entendeu, em suma, o Exmo. Senhor Juiz Conselheiro Relator que as normas cuja conformidade à Constituição da República Portuguesa (de ora em diante apenas "CRP") a MEO pretendia ver apreciadas não teriam servido de *ratio decidendi* da decisão recorrida e que a pronúncia do Tribunal não poderia ter, por esse motivo, a virtualidade de impor a reforma da decisão recorrida.

3. Por essa razão, não teriam sido observados os pressupostos processuais de que depende a admissão daquele recurso de constitucionalidade interposto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, decidindo, assim, não se conhecer do objeto do mesmo.

4. Esclarece a Decisão Reclamada que, *"analisada a decisão recorrida, não pode dizer-se que tais normas [entenda-se: as normas cuja inconstitucionalidade foi invocada pela Recorrente] tenham aí verdadeiro respaldo"* porquanto *"as questões colocadas pela recorrente procuram dar ênfase à circunstância de ter sido invocado perante a Autoridade da Concorrência que as mensagens de correio eletrónico estavam cobertas por sigilo profissional, ao invés de fazer constar das normas formuladas um elemento nos termos do qual tais mensagens estariam efetivamente cobertas por sigilo profissional"*.

5. No entender do Exmo. Senhor Conselheiro Relator, *"em face do enquadramento processual e lógico emergente dos autos, as questões suscitadas pelo recorrente só teriam real sentido normativo caso pressupusessem esse elemento"*, já que assim as questões suscitadas pressuporiam *"uma caracterização funcional da hipótese"*.

6. Salienta a Decisão Reclamada que *"foi nesse pressuposto que o tribunal recorrido se pronunciou"*: o de que as mensagens de correio eletrónico examinadas e/ou apreendidas não foram trocadas entre a visada e os seus advogados no exercício do mandato destes últimos, citando, para o efeito, um excerto da decisão recorrida.

7. Por fim, conclui afirmando que, em face dessas circunstâncias, *"uma eventual pronúncia do Tribunal Constitucional sobre as questões a si trazidas pela recorrente nunca poderia repercutir-se sobre a decisão recorrida de modo a impor a sua reforma - ou seja, que nunca poderia ter qualquer utilidade"*.

8. Sucede, porém, que, conforme melhor se verá adiante, a Decisão Reclamada assenta num erro sobre as questões cuja conformidade à Constituição a MEO pretende ver apreciadas pelo Tribunal Constitucional.

9. Além disso, sufraga um pressuposto assumido pelo Tribunal da Relação de Lisboa na decisão recorrida que não deve prevalecer.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

II. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

10. Conforme referimos supra, na Decisão Reclamada considerou-se que as questões cuja conformidade à Constituição a MEO pretende ver apreciadas não constituem ratio decidendi da decisão recorrida.

11. Sucede que, com o devido respeito, o Exmo. Senhor Juiz Conselheiro Relator não parece ter compreendido as questões suscitadas pela Recorrente, tendo aparentemente sido induzido em erro pela formulação do Tribunal da Relação de Lisboa, o que comprometeu o correto exame preliminar do recurso.

12. Esse equívoco torna-se manifesto quando é afirmado que "as questões colocadas pela recorrente procuram dar ênfase à circunstância de ter sido invocado perante a Autoridade da Concorrência que as mensagens de correio eletrónico estavam cobertas por sigilo profissional, ao invés de fazer constar das normas formuladas um elemento nos termos do qual tais mensagens estariam efetivamente cobertas por sigilo profissional" [destaque nosso].

13. É que esse elemento não consta da formulação das questões suscitadas pela Recorrente de forma propositada. A inclusão desse elemento subverteria as questões suscitadas, tornando-as substancialmente distintas.

14. Para melhor compreensão das questões formuladas e sem prejuízo da enunciação constante do requerimento de interposição do recurso, esclareça-se, desde já, que o que a MEO pretende ver apreciado é:

15. por um lado, a possibilidade de a AdC proceder, ela própria, à visualização de mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados apesar de ter sido alertada pela visada para o facto de as mesmas estarem cobertas por segredo profissional de advogado - referimo-nos aqui à apreciação liminar apelidada de cursory look pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão ("TCRS") na decisão de 1.ª instância - e,

16. por outro lado, a possibilidade de a AdC, com base no resultado daquela sua apreciação liminar, apreender, ela própria, mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados em relação às quais a visada invocou a proteção por sigilo profissional de advogado, sem que as mesmas tenham sido seladas e colocadas à apreciação do juiz de instrução antes de a AdC aceder ao seu conteúdo.

17. Ou seja, ao contrário do que resulta daquele excerto da Decisão Reclamada, a MEO não pretende ver apreciada a conformidade à Constituição da (im)possibilidade de a AdC proceder à visualização ou à apreensão de mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados que se encontrem, efetiva e comprovada mente, cobertas por sigilo profissional de advogado.

18. O que a MEO sindica é a inconstitucionalidade do procedimento adotado pela AdC, no âmbito das diligências de busca e apreensão, quanto ao tratamento de elementos cuja proteção por segredo profissional de advogado foi expressamente invocada.

19. Suscita-se, pois, a inconstitucionalidade decorrente da ilegitimidade e da incompetência da AdC para, in loco, proceder à visualização e, bem assim, à subsequente apreensão das mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, depois de ter sido invocada pela visada a sujeição desses elementos a segredo profissional,

20. recusando proceder à prévia selagem das referidas comunicações e à sujeição da apreciação da sua efetiva cobertura por sigilo profissional de advogado à



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

autoridade judiciária competente para o efeito, como lhe competia em cumprimento do regime previsto pelo legislador ordinário.

21. Posto isto, são várias as passagens da decisão recorrida que evidenciam, explícita ou implicitamente, que as questões de inconstitucionalidade suscitadas pela MEO constituem, efetivamente, *ratio decidendi* da mesma.

22. Não obstante, procurando evidenciar o seu respaldo na decisão recorrida, salientamos, desde logo, que, se atentarmos no histórico da questão em apreço, verificamos que o TCRS, já havia reconhecido na 1.ª instância que o que está em discussão é "*a relevância do cursory look - visionamento liminar - de mensagens de correio eletrónico com eventual conteúdo de sigilo profissional pela autoridade de concorrência que executa o mandado*", consideração que havia sido tecida no ponto 225. da fundamentação de Direito do acórdão proferido por aquele Tribunal e que o Tribunal da Relação de Lisboa transcreve na decisão recorrida', aderindo integralmente ao ali descrito.

23. A este propósito, ainda que sem qualquer correspondência com o sufragado pela MEO, o TCRS procurou legitimar aquele "*visionamento liminar*", argumentando que "*a exclusão prévia, total, imediata e acrítica de qualquer corrente de e-mails que em determinado momento foi remetida a um dos advogados da visada, poderia resultar na redução inadmissível do objeto da busca, frustrando a própria utilidade do meio probatório*".

24. Nos mesmos termos, afirma ainda, no ponto 229., que, supostamente, "[a] vencer o entendimento da visada, (...) bastaria endereçar e-mails comprometedores dessas práticas a um dos advogados para subtrair tais elementos aos poderes de busca e apreensão das autoridades competentes"

25. Mas de forma mais expressiva ainda, o TCRS adianta que "[se lhe afigura] que as operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante não podem dispensar, evitar ou excluir a possibilidade de visionamento liminar de comunicações eletrónicas to ou from para e-mail de algum advogado interno da visada, atendendo a que o regime jurídico da concorrência não interdita esse visionamento liminar nem o submete a validação judiciária" destaques nossos].

26. E, com base nesse entendimento, o TCRS defendeu que "**O cursory look ou o visionamento liminar de correspondência com eventual segredo profissional corresponde a um ato procedimental da diligência de busca e apreensão, adequado, proporcional e necessário para a execução das operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante, portanto, legítimo, lícito e permitido pelo mandada**" [destaques nossos].

27. Ora, o Tribunal da Relação de Lisboa, além de transcrever todas estas passagens para a decisão recorrida e de salientar a decisão do TCRS quanto a esta matéria, não se exime de sufragar esta posição da 1.ª instância afirmando expressamente que "**não se pode admitir que a mera visualização para efeitos de se saber se se deve apreender seja uma violação inadmissível da reserva do segredo**"

28. Mais, reportando-se à diferença entre "*a comunicação com um advogado*" e "*uma conversa sigilosa a coberto de segredo*", na decisão recorrida avança-se mesmo que "[p]ara distinguir uma da outra é necessário que a mensagem seja lida e quem tem de, em primeira linha, ser as mensagens é a AdC e o seu corpo de funcionário".

29. É precisamente este entendimento que o Tribunal da Relação de Lisboa agora vem sufragar, na esteira do decidido pelo TCRS, que evidencia cristalina mente a aplicação das interpretações normativas cuja conformidade à Lei Fundamental a Recorrente pretende ver apreciadas por este Tribunal Constitucional.

30. Assim, dos excertos transcritos resulta cristalino que as questões de inconstitucionalidade suscitadas constituem *ratio decidendi* da decisão recorrida, não



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

devido conseqüentemente proceder o exame preliminar realizado na Decisão Reclamada pelo Exmo. Senhor Conselheiro Relator.

31. Ultrapassado o equívoco quanto às questões de inconstitucionalidade efetivamente suscitadas pela Recorrente, cumpre também esclarecer que as considerações tecidas pelo TCRS, em 1.ª instância, e sufragadas pelo Tribunal da Relação de Lisboa na decisão recorrida a propósito da potencial inutilização das diligências de busca e apreensão em caso de vencimento da tese da MEO não correspondem à verdade.

32. A MEO nunca sugeriu o argumento *ad terrorem* de que bastaria "*endereçar e-mails comprometedores de práticas restritivas da concorrência a um dos advogados para se subtrair tais elementos aos poderes de busca e apreensão das autoridades competentes*", nem se mostrou indiferente a semelhante razão, ao contrário do que vem expressamente plasmado no excerto da decisão recorrida transcrito para a Decisão Reclamada.

33. O que a MEO defendeu foi, pura e simplesmente, que tendo sido invocado que determinados documentos contêm elementos protegidos por segredo profissional de advogado, e tendo conseqüentemente sido suscitada dúvida legítima na autoridade administrativa relativamente à efetiva sujeição dos ditos documentos ao regime de segredo em apreço, a AdC deveria ter procedido à sua selagem (sem visualizar o seu teor) e à apresentação dos mesmos ao juiz de instrução criminal para análise da sua eventual cobertura por segredo profissional - de resto, em conformidade com as Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 de 8 de maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, a que a AdC se vinculou.

34. Note-se que semelhante exigência é compatível com a aplicação do regime especificamente previsto pelo legislador ordinário nos artigos 18.º e 20.º da própria LdC.

35. Além disso, trata-se, sem diferenças quanto a este aspeto, do procedimento previsto no âmbito do processo penal quanto à matéria do exame e apreensão de elementos cobertos por sigilo profissional de advogado no regime que regula a realização de buscas e apreensões no foro penal - procedimento esse que resulta do disposto no artigo 182.º do Código de Processo Penal, ao remeter para o previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 135.º do mesmo diploma.

36. Esclareça-se, porém, que o procedimento em causa não tem a virtualidade de impedir (nem no processo penal, nem em processos sancionatórios da concorrência) que os elementos selados e enviados à apreciação da autoridade judiciária competente para o efeito possam vir a ser adquiridos pela AdC no inquérito ou que venham a ser utilizados pela mesma no processo, nomeadamente para sustentar a emissão de uma nota de ilicitude contra a visada buscada - ao contrário do que foi sustentado, por exemplo, pelo TCRS na 1.ª instância naquelas passagens acima referidas e que foram transcritas para a decisão recorrida.

37. De resto, no recurso que interpôs para o Tribunal da Relação de Lisboa e que deu origem à decisão recorrida, a MEO fez questão refutar perentoriamente a análise falaciosa da sua posição pelo TCRS, tendo defendido, que "*o cursory look*" tem sido, infelizmente, pretexto para um visionamento desproporcionado, não liminar e praticamente insindicável de elementos merecedores de proteção decorrente do segredo profissional, que compromete de forma irremediável a finalidade e a natureza do segredo, não devendo o aviltamento desse direito estar circunscrito à apreensão dos elementos.

38. A Recorrente observou, a título de exemplo, a circunstância de a mera visualização de elementos cobertos por sigilo ter a virtualidade de permitir à AdC obter



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ilegitimamente informações que possam interessar ao processo ou que permitam, até, redirecionar a investigação, sem que a visada tenha forma de controlar a que informações a AdC teve acesso e que relevância tiveram para formar a convicção no processo em causa, podendo ainda determinar a orientação a seguir no inquérito no mesmo processo ou, inclusiva mente, em processos a instaurar no futuro.

39. É esta discordância com o entendimento sufragado pelo Tribunal da Relação de Lisboa e pelo próprio TCRS quanto à interpretação das normas respeitantes ao procedimento a seguir pela AdC no âmbito das diligências de busca e apreensão que leve a cabo na investigação de práticas anticoncorrenciais relativamente ao tratamento a dar a elementos potencialmente cobertos por segredo profissional de advogado - entendimento este que, na opinião da Recorrente, é desconforme à CRP -, que fundamenta as questões suscitadas ao Tribunal Constitucional.

40. É que, ao contrário do defendido na decisão recorrida, considera a MEO que não pode ser a autoridade administrativa (neste caso, a AdC), sob pena de inconstitucionalidade, a visualizar (e, nas palavras empregues na decisão recorrida, a seriar) mensagens trocadas entre a visada e os seus advogados em relação às quais lhe foi comunicado que as mesmas estariam protegidas por segredo profissional de advogado, ainda que a visualização em causa seja liminar e sirva apenas o propósito de apreciar se aquelas mensagens estão ou não efetivamente cobertas por sigilo profissional, ao contrário do que foi expressamente defendido na decisão recorrida.

41. Em que consiste uma "*visualização liminar*"? Na prática tem sistematicamente ido sempre muito além do que é anódino sob o ponto de vista dos interesses tutelados, ou seja, da mera identificação do remetente e do destinatário.

42. A AdC também não deve, sob pena de violar a Constituição, visualizar e/ou apreender mensagens trocadas entre a visada e os seus advogados em relação às quais foi invocada a proteção do sigilo profissional de advogado sem que tenham sido previamente seladas (entenda-se: antes sequer da sua visualização) e enviadas à autoridade judiciária competente e sem que esta averigue e confirme se a sua natureza não é efetivamente sigilosa.

43. Assim, salvo melhor opinião, atentos os desideratos de tutela jusfundamental atribuídos às normas plasmadas nos artigos 18.º e 20.º da LdC e 182.º e 135.º do Código de Processo Penal, as interpretações normativas sufragadas na decisão recorrida enfermam das inconstitucionalidades invocadas pela Recorrente, entendimento para o qual se pretende obter o douto suprimento do Tribunal Constitucional.

44. Desta forma, apenas para facilidade de exposição sem embargo da melhor formulação constante do requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade apresentado pela Recorrente, as questões cuja apreciação se pretende obter deste Tribunal Constitucional são, em suma, as seguintes:

(i) pode a AdC, em conformidade com a Lei Fundamental, proceder, ela própria (em substituição da autoridade judiciária competente), ao visionamento e apreciação liminar de mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados depois de a visada a ter advertido de que as referidas mensagens se encontravam cobertas por sigilo profissional de advogado? e,

(ii) pode a AdC, em conformidade com a CRP, proceder à apreensão de mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados depois de ter sido alertada pela visada para o facto de as mesmas estarem protegidas por segredo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

profissional de advogado sem que as tenha previamente selado e submetido à apreciação da autoridade judiciária competente?

45. São estas as questões de constitucionalidade verdadeiramente suscitadas pela MEO e que, como vimos, encontram pleno respaldo na decisão recorrida, sendo manifesto que integram a *sua ratio decidendi*.

46. Destarte, em consequência do exposto e, em particular, do equívoco quanto às questões que se pretendem ver apreciadas, ficam também prejudicadas as considerações tecidas na Decisão Reclamada quanto à alegada inutilidade do recurso na perspetiva da sua instrumentalidade face à decisão recorrida.

47. Não obstante, tendo o mesmo servido de fundamento à Decisão Reclamada, cumpre reiterar, em face dos esclarecimentos supra avançados, que o recurso de constitucionalidade interposto pela Recorrente pode efetivamente influir na decisão da questão de mérito em termos de poder confrontar o Tribunal da Relação de Lisboa com a obrigatoriedade de reformar o sentido do julgamento contido na decisão recorrida, não redundando as questões de constitucionalidade suscitadas na mera resolução de uma simples questão académica.

48. De facto, conforme antecipado no requerimento de interposição do recurso em apreço, o objeto do mesmo materializa-se na apreciação de duas interpretações normativas que acarretam o atropelo de um dos mais basilares pilares da advocacia (e, concomitantemente, dos direitos fundamentais dos seus clientes e patrocinados), com o intuito de legitimar a obtenção de prova nula e criar um desnecessário e desproporcional ónus de prova dos vícios da prova sobre as visadas em processos sancionatórios de Direito da Concorrência.

49. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade das interpretações normativas em causa e o conseqüente reconhecimento da nulidade das diligências probatórias nas quais se sustentaram, em momento prévio ao terminus do processo e posterior à consumação do mencionado atropelo e da obtenção da respetiva prova, determina o confronto do tribunal a quo com a obrigação de reformular a decisão recorrida por forma a determinar a anulação daquela prova ilegal e inconstitucionalmente obtida, bem como de toda a prova dela dependente ou que apenas tenha sido possível obter à custa da prova nula ou do seu teor.

50. Parece-nos, pois, errado negar a utilidade do recurso em apreço e, bem assim, a inocuidade dos seus possíveis efeitos na decisão da questão de mérito, sendo inequívoca a sua natureza instrumental, já que o reconhecimento da desconformidade das interpretações normativas em causa projetar-se-á necessariamente na decisão do tribunal a quo.

51. Nestes termos, o recurso de constitucionalidade interposto deve ser considerado da maior essencialidade para a defesa dos direitos fundamentais da MEO e, porque todos os requisitos de admissibilidade se encontram, afinal, verificados, deve ser admitido e apreciado e, conseqüentemente, deve a Decisão Reclamada ser revogada e substituída por outra que determine o conhecimento do objeto do recurso e a apreciação da conformidade à CRP das questões de inconstitucionalidade suscitadas, o que, desde já, se requer.

Termos em que deve a presente reclamação proceder e, em consequência, deve a Decisão Reclamada ser revogada e substituída por outra que admita o recurso de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucionalidade interposto pela Recorrente, determinando o conhecimento do objeto do recurso e a apreciação das questões de inconstitucionalidade suscitadas.»

5. O Ministério Público pronunciou-se pelo indeferimento da reclamação, o que fez nos seguintes termos:

«1º A douta Decisão Sumária n.º 265/2020 decidiu não conhecer do recurso de constitucionalidade interposto pela MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de dia 26 de novembro 2019, que apreciou a sentença proferida, em 1/07/2019, pelo Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação, nos termos da qual foi julgado totalmente improcedente o recurso por si interposto quanto à decisão da Autoridade da Concorrência, de 24/01/2019.

2º Entendeu a Decisão Sumária reclamada que as normas, cuja conformidade à Constituição da República Portuguesa se pretende ver apreciada, não serviram de base às decisões recorridas como *ratio decidendi* das mesmas e que uma eventual pronúncia do Tribunal Constitucional sobre as questões a si trazias pela recorrente nunca poderia repercutir-se sobre a decisão recorrida de modo a impor a sua reforma, ou seja, que nunca poderia ter qualquer utilidade.

3º Pelo que, considerando não terem sido observados os pressupostos processuais de que depende a admissão daquele recurso de constitucionalidade interposto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), decidiu não conhecer o objeto do mesmo.

4º Funda-se a Decisão reclamada na consideração de que o acórdão recorrido se baseia “(...) *a título absolutamente principal, num elemento que não se encontra espelhado na pretensão da recorrente: o de que a comunicação do advogado com o cliente não ocorreu no exercício do respetivo mandato*”.

5º Entendendo que as questões de constitucionalidade suscitadas só teriam sentido se o acórdão recorrido se tivesse pronunciado sobre comunicações e atos ocorridos no âmbito do exercício do mandato de advogado, o que não aconteceu e não decorre dos elementos factuais do processo em apreciação.

6º Reclamando desta Decisão Sumária vem o recorrente, mais uma vez, reiterar a enunciação das questões de inconstitucionalidade já anteriormente explanadas, nada acrescentando de novo, contudo, ao teor do requerimento de interposição de recurso de constitucionalidade por si deduzido.

7º Da análise do acórdão recorrido, bem como da decisão que recaiu sobre a arguição de nulidade invocada e das alegações do recurso de constitucionalidade interposto, decorre, a nosso ver, a justeza da Decisão Sumária ora reclamada.

8º Permitindo-nos remeter, especificamente, para a clareza do teor da decisão do Mm.º Juiz relator do Tribunal da Relação de Lisboa, (fls.1684 a 1686), que recaiu sobre a arguição de nulidade invocada pela recorrente, relativamente ao Acórdão daquele Tribunal, ora em apreciação.

9º Pelo exposto, consideramos dever indeferir-se a reclamação.»

6. No sentido do indeferimento se pronunciou também a Autoridade da Concorrência:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

«1. Por Decisão Sumária n.º 265/2020 proferida em 7.05.2020, o Exmo. Senhor Juiz Conselheiro Relator decidiu não conhecer do objeto do recurso de constitucionalidade interposto pela MEO da decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa ("TRL") em 26.11.2019 ("Decisão Recorrida"). Foi dessa Decisão que a MEO apresentou a Reclamação a que ora se responde.

2. Decorre da Decisão Recorrida que (i) esse mesmo recurso não se dirige a "normas que tivessem servido de base às decisões recorridas como *ratio decidendi* das mesmas" e que (ii) uma "eventual pronúncia do Tribunal Constitucional sobre as questões a si trazidas (...) nunca poderia repercutir-se sobre a decisão recorrida de modo a impor a sua reforma - ou seja, que nunca poderia ter qualquer utilidade" - argumentos dos quais a Reclamante discorda, considerando que a Decisão Recorrida assenta num erro sobre as questões cuja conformidade constitucional pretende ver apreciada.

3. A Autoridade acompanha e adere, integralmente, ao teor da Decisão Recorrida, essencialmente pelas seguintes razões:

4. *Primeiro*, está em causa o *cursorly look* ou o mero visionamento liminar, pela AdC, de correspondência na qual se encontra o endereço eletrónico de advogado (interno ou externo, *inclusive* colocado em cc) no âmbito de diligências de busca e apreensão - o que não constitui, por si, qualquer violação do segredo profissional (nesse sentido, entre outros, veja-se a sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em 03.10.2019, no âmbito do processo n.º 159/19.3YUSTR-A, já corroborada por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03.02.2010 - embora ainda não transitado).

5. Tal ato procedimental de visualização de correspondência para efeitos posteriores de exame e seleção de informação potencialmente relevante, pela AdC, ocorreu no processo *sub judice*, não tendo a Reclamante tão pouco alegado concretamente ou feito prova de que a Autoridade havia apreendido, indevidamente, correspondência sujeita a segredo profissional ou com referência aos *emails* dos advogados por si indicados numa lista previamente apresentada aquando da realização das diligências de busca e apreensão.

6. Neste sentido, a apreciação da conformidade constitucional de uma atuação da Autoridade que não teve lugar no presente processo não tem (nem pode ter) a virtualidade de alterar o sentido da decisão do TRL, e não deixa de ser somente especulativa, ou, nas palavras da Decisão Recorrida, configurar a "*caracterização funcional da hipótese*".

7. *Segundo*, só em face de uma efetiva utilização, como meio de prova, dos elementos de correspondência visualizados pela Autoridade para demonstrar a existência de uma infração às regras da concorrência é que a questão da validade da prova se afiguraria pertinente, o que, como também refere a Decisão Recorrida, não se colocou nos autos.

8. Por fim, não pode deixar de se referir que, se se atentar a todo o conteúdo do Recurso interposto e agora na Reclamação apresentada, e por muitas roupagens novas que a MEO tente apresentar *ad nauseam*, a verdade é que a MEO não se conforma com o sentido decisório do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão renovado pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

9. Note-se que em sede de Reclamação, a MEO vem referir que o que vem sindicatado é a inconstitucionalidade do procedimento adotado pela AdC no âmbito das



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

diligências de busca e apreensão, quanto ao tratamento de elementos que potencialmente contenham segredo profissional de advogado, quando nas instâncias anteriores suscitava a ilegalidade desse mesmo procedimento, sem nunca, como se viu, indicar um caso concreto em que um email apreendido pela AdC e utilizado como meio de prova para imputar a infração violasse a proteção conferida à correspondência trocada entre cliente/advogado.

10. Aliás é de tal forma notória a falta de fundamento para a interposição de recurso para este Tribunal, e agora da presente Reclamação, que não pode haver outro entendimento que não a intenção manifestamente dilatória desta atuação processual.

11. Com efeito, a Reclamante não desconhece que o recurso a este expediente processual, impacta na marcha deste e de outro processo contraordenacional com conexão com este processo, pelo que tal atuação deverá ser apreciada nos termos e para os efeitos do n.º 8 do artigo 84.º da LTC e do artigo 670.º do Código de Processo Civil.

12. Em face das razões expostas, a Decisão Recorrida não merece qualquer reparo, não devendo ser dado provimento à presente Reclamação e, bem assim, ao recurso de constitucionalidade apresentado pela MEO, o qual, em certa medida mas já sem surpresa, contribui para entorpecer, de forma dilatória, a marcha do desenvolvimento do processo contraordenacional, a correr termos junto da AdC.

Nos termos e nos demais de Direito, deve a presente Decisão Sumária ser mantida na íntegra e, em consequência, ser negado provimento à reclamação apresentada.»

Cumprе apreciar e decidir.

II – Fundamentação

7. A recorrente reclama da Decisão Sumária n.º 265/2020, onde se decidiu não conhecer o objeto do seu recurso, por se ter considerado que o mesmo não se dirige a normas que tenham servido de base às decisões recorridas como *ratio decidendi* das mesmas. Naquela Decisão Sumária expôs-se que as questões colocadas pela recorrente procuraram dar ênfase à *invocação* perante a Autoridade da Concorrência de que as mensagens de correio eletrónico estavam cobertas por sigilo profissional, mas que as questões suscitadas pelo recorrente só teriam real sentido *normativo* caso pressupusessem um elemento nos termos do qual tais mensagens estivessem efetivamente cobertas por sigilo profissional. Mais se expôs que as questões de constitucionalidade aqui em causa, nos termos enunciados pela recorrente, se referem a mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os «seus advogado», o que exprime uma relação funcional, tendo sido neste pressuposto que o tribunal recorrido se pronunciou.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. A recorrente vem afirmar que este entendimento é «equivoco», formulando então a questão de constitucionalidade nos seguintes termos:

19. Suscita-se, pois, a inconstitucionalidade decorrente da ilegitimidade e da incompetência da AdC para, in loco, proceder à visualização e, bem assim, à subsequente apreensão das mensagens de correio eletrónico trocadas entre a visada e os seus advogados, depois de ter sido invocada pela visada a sujeição desses elementos a segredo profissional,

20. recusando proceder à prévia selagem das referidas comunicações e à sujeição da apreciação da sua efetiva cobertura por sigilo profissional de advogado à autoridade judiciária competente para o efeito, como lhe competia em cumprimento do regime previsto pelo legislador ordinário».

9. Antes de mais importa notar que não é líquido que as formulações agora apresentadas pela recorrente constituam meras especificações de normas por si indicadas no recurso interposto para o Tribunal Constitucional, e não normas *novas*. Note-se que, na peça agora apresentada, a recorrente continua a integrar nas normas formuladas a ligação funcional entre si enquanto cliente e «os seus advogados» (sublinhado nosso), o que convoca as considerações já a este respeito apresentadas na Decisão Sumária e acima brevemente repristinadas. Importa ainda recordar que é o requerimento de interposição de recurso a peça processual decisiva para efeitos da apreciação do preenchimento dos respetivos pressupostos de admissibilidade.

Mas admita-se que sim, que a reclamação aqui em apreço não acrescenta conteúdo novo ao que já constava do requerimento de recurso, mas antes se limita a clarificar o seu conteúdo; que não está inexoravelmente contida nas normas que a recorrente inicialmente formulou um elemento que pressuponha a violação do segredo profissional. Tais normas, nos termos agora especificados, continuam, em qualquer caso, a pressupor uma não «*sujeição da apreciação da sua efetiva cobertura [dos e-mails] por sigilo profissional de advogado à autoridade judiciária competente para o efeito*» (cf. os pontos 19 e 20 da reclamação, interpolação nossa). Ou seja, continua presente, ainda que de forma mais ténue, a ideia de que a interpretação normativa acolhida pelo tribunal *a quo* faz emergir um risco de lesão do sigilo profissional de advogado – e bem se compreende que esta ideia continue presente, pois de outro modo as próprias questões de constitucionalidade colocadas se mostrariam inteiramente inócuas, já que é a potencial violação do sigilo profissional que permite associar às normas em causa um parâmetro constitucional suscetível de violação.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sucedo que tal entendimento continua a não encontrar respaldo suficiente nos autos. Desde logo, não dá aí como provado que a Autoridade da Concorrência tenha iniciado o exame das mensagens «sem adotar os meios necessários para assegurar o sigilo profissional» (fl. 1615 dos autos). Depois, e especialmente, deve atentar-se no facto de que a decisão recorrida não pressupõe que a «apreciação da sua [da correspondência digital] efetiva cobertura por sigilo profissional de advogado» não seja realizada por uma «autoridade judiciária competente para o efeito». É apenas a prévia filtragem – a *cursory look* – que se admite poder ser empreendida pela própria Autoridade da Concorrência e isso é admitido porque não se traduz numa decisão a título algum definitiva sobre a «efetiva cobertura por sigilo profissional de advogado». É disto especialmente ilustrativo o Acórdão de 21 de janeiro de 2020 (fls. 1685 dos autos), onde se sublinha que o que esteve em causa foi uma «mera visualização». Já a questão de «saber se é admissível este ou aquele elemento de prova» – afirma-se na decisão recorrida (a fls. 1634 v.) – é «matéria que só poderá ser conhecida na fase judicial do processo», sendo esta a matéria que realmente pressupõe uma tomada de posição (que, aliás, ainda não pôde acontecer nos autos) sobre se os referidos elementos estão ou não sob a «efetiva cobertura por sigilo profissional de advogado» referida na reclamação, ponto 20. Daí que, voltando ao Acórdão de 21 de janeiro de 2020, o tribunal tenha afirmado que uma resposta às questões de constitucionalidade colocadas pela recorrente ficava «prejudicada».

III – Decisão

Pelo exposto, decide-se indeferir a presente reclamação.

Custas pela reclamante, sem prejuízo do apoio judiciário de que beneficie, fixando-se a taxa de justiça em 20 (vinte) unidades de conta.

Lisboa, 13 de Julho de 2020

Atesto o voto de conformidade do Vice Presidente, João Pedro Caupers e Conselheira Maria José Rangel Mesquita, nos termos do disposto no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 10-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A/2020, de 13 de março (aditado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio).

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several sweeping strokes that form a distinctive shape, likely representing the name Lino Rodrigues Ribeiro.

(Lino Rodrigues Ribeiro)