



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 175/2021

Processo n.º 1204/2019

1.ª Secção

Relator: Cons. José António Teles Pereira

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (a ora recorrente) pretendeu reagir (através de peça processual que qualificou como recurso, dirigida ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão) a atos praticados pela Autoridade da Concorrência no âmbito do processo de contraordenação número PRC/2018/05, atos esses que consistiram na análise, exame e visualização de correio eletrónico, elementos protegidos por sigilo profissional (no entender da recorrente) e elementos fora do âmbito da autorização e mandado do Ministério Público (também no entender da recorrente). O processo correu termos naquele tribunal com o número 18/19.0YUSTR-B.

1.1. Pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão foi proferido despacho, datado de 03/04/2019, no sentido da rejeição do recurso, por irrecorribilidade daqueles atos. Assentou tal decisão nos fundamentos seguintes:

“[...]”

Da admissibilidade do presente recurso interlocutório

1. A visada, aqui recorrente, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A., veio apresentar recurso de medidas de análise, exame e visualização ilegal de correio eletrónico, de análise, exame e visualização de elementos protegidos por sigilo profissional e de análise, exame e visualização de elementos fora do âmbito da autorização e mandado do Ministério Público, tomadas pela Autoridade da Concorrência – AdC e na sequência de diligência de busca e apreensão no PRC/2018/05.

[...]”

6. Efetivamente, a visada/recorrente pretende sindicat a validade, legalidade e regularidade de medidas de análise, exame e visualização ilegal de correio eletrónico, de análise, exame e visualização de elementos protegidos por sigilo profissional e de análise, exame e visualização de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

elementos fora do âmbito da autorização e mandado do Ministério Público, tomadas pela AdC e na sequência de diligência de busca e apreensão realizada entre os dias 28 de novembro e 21 de dezembro de 2018.

7. Durante tais diligências os funcionários da AdC, devidamente credenciados, efetuaram ações de pesquisa e análise de documentos potencialmente relevantes para a investigação, incluindo mensagens de correio eletrónico.

8. Mercê dessas ações foi determinada a apreensão de um conjunto de documentos em 21 de dezembro de 2018, sendo que o presente recurso não visa qualquer sindicância sobre essa apreensão.

9. Incontroverso também se afigura a pendência de recurso interlocutório dessa decisão de apreensão interposto pela visada/recorrente, que corre termos nos autos principais, e a interposição de requerimento junto da AdC e para arguição de nulidades da diligência.

10. Enquanto elemento de contexto das pronúncias que este Tribunal tem vindo a proferir no âmbito do controlo judicial da admissibilidade de recursos previstos no NRJC, cumprirá notar que, desde 2017 até hoje, deram entrada no Tribunal 3 recursos de decisões finais condenatórias da AdC, enquanto que, no mesmo período, deram entrada cerca de 56 recursos interlocutórios de medidas da mesma autoridade.

11. A legítima litigância desses cerca de 56 recursos interlocutórios visou, numa primeira fase, sindicatar tendencialmente o acesso à prova eletrónica, digital e documental recolhida pela AdC no âmbito das diligências de busca e apreensão previstas no art.º 18.º do NRJC, e, numa segunda fase, passou a sindicatar tendencialmente, mediante a arguição de nulidades junto da AdC, a legalidade, validade e regularidade da recolha dessa prova.

12. O objeto processual dos recursos mais recentes parece inaugurar uma terceira fase desta litigância pela qual se sindicam diretamente os atos de apreensão ou, como está em causa nos presentes autos, se sindicam os atos preparatórios e/ou de execução que antecedem essa mesma decisão de apreensão.

13. Acréscce que, como é de conhecimento público e amplamente divulgado, a AdC tem incrementado as suas ações de obtenção de prova junto de visadas através de downraids e ao abrigo de mandados de busca e apreensão.

14. Daí que o controlo da admissibilidade recursiva pelo Tribunal neste tipo de processos se imponha como um momento decisivo e que reclama ponderação rigorosa e criteriosa.

*

15. Postos estes termos de circunstanciação procedimental, somos a avançar que o regime recursivo do NRJC em confronto com o objeto do recurso obsta à admissibilidade e prossecução do presente recurso de impugnação judicial interlocutória.

16. Para tanto, por referência ao argumentário dos intervenientes, veiculamos as razões, preposições e juízos interpretativos do regime legal aplicável a seguir expostas.

17. Em primeiro lugar, como temos vindo a reiterar constantemente nos despachos de admissibilidade deste tipo de recursos interlocutórios 'o novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO' – Maria José Costeira e Fátima Reis Silva, Lei Da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

18. O que vale por dizer que o NRJC há de configurar lei especial que afasta a necessidade de aplicação subsidiária para o processo contraordenacional da concorrência, não só do art.º 55.º do R.G.CO., mas também do demais regime jurídico que enquadrara aquele normativo, visto que o NRJC consagra, de modo pleno, um regime próprio, autónomo e tendencialmente autossuficiente no que respeita aos meios de aquisição de prova, à intervenção das autoridades judiciais, à competência instrutória da autoridade administrativa, aos meios de reação interlocutórios e ao direito de defesa durante a fase organicamente administrativa do procedimento.

19. Neste sentido, o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC encerra uma afirmação derogativa da amplitude recursiva do art.º 55.º do R.G.CO., enquadrada por um regime processual e autónomo, o qual, entre o mais, faz depender o interesse e a legitimidade recursiva da preexistência de um ato decisório ou de uma atuação de conteúdo decisório por parte da AdC.

20. Por consequência, a visada/recorrente, ao recorrer de atos preparatórios e de execução, antecedentes de uma eventual decisão de apreensão faz retroagir, 'contra legem', a tutela recursiva interlocutória, preterindo o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC e, como tal, violando norma processual expressa sobre a admissibilidade de tal objeto de recurso.

21. Em segundo lugar, ainda que assim não fora e se admitisse a existência de uma lacuna do NRJC perante tais atos preparatórios e/ou de execução de atos decisórios e que legitimasse o chamamento subsidiário do art.º 55.º, n.º 1 do R.G.CO., a inegável amplitude literal do artigo não pode obscurecer a necessidade de verificar criticamente a aplicação casuística desse normativo.

22. Assim, apesar da doutrina de referência consignar, em anotação do elemento literal decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo e sem ulterior casuismo relevante para o caso, a possibilidade recursiva de tais atos, impõe-se sublinhar que tais qualificadas opiniões não deixam de fazer menção ao critério de lesão imediata de direitos e interesses.

23. Ora, certamente que não se pode treslar tal critério operacional à luz de um entendimento de que a mera afetação de direitos no âmbito de uma diligência particularmente invasiva, como é o caso de buscas e apreensão, confere, ipso facto, o direito de recorrer direta e autonomamente de tais medidas.

24. Na verdade, os direitos fundamentais que a visada invoca são necessariamente direitos fundamentais postos em crise com qualquer diligência de busca e apreensão coativamente efetuada em ambiente de prova digital e/ou eletrónica, pelo que o reconhecimento desta legitimidade recursiva deve exigir uma grau mais profundo de análise hermenêutica, sob pena de defendermos que qualquer ato de colaboradores da autoridade administrativa durante tais diligências poder encerrar tal lesão processualmente relevante.

25. Neste particular, a exemplificação de possíveis atos recorríveis que a interpretação proposta pela visada/recorrente envolve pode conduzir, até, ao esvaziamento material da tutela jurisdicional interlocutória e na medida que bastará ocorrer compressão de um direito ou interesse para garantir uma via processual autónoma.

26. O critério de lesão imediata de direitos e interesses deve subentender, em nosso parecer, a existência de ofensa potencial desses direitos e interesses que configure um ato cuja proteção do alcance lesivo não se encontre processualmente acautelado e que, por isso mesmo, mereça uma tutela antecipada, direta e imediata.

27. Neste conspecto, como temos vindo a assinalar em várias decisões, os poderes de busca,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

exame, recolha e apreensão previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC traduzem-se numa "das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coativos", tanto nos locais onde as diligências podem ser efetuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte – Lobo Moutinho e Pedro Duro, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 209.*

28. Todavia, por uma opção expressa e inequívoca do legislador, tais diligências estão sujeitas a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária, integrando a proteção qualificada de espaços domiciliários ou equiparados (dependência fechadas, escritórios de advogados ou consultórios) e de apreensão de documentos – cfr. artigos 19.º, 20.º e 21.º do NRJC – em linha com os poderes de investigação criminal.

29. Por via da tutela e da dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexas com a proteção da vida privada, do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações, o legislador foi clarividente ao atribuir competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma às autoridades judiciárias com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contraordenacional e no âmbito do NRJC.

30. Esta definição do foro de competência, por um lado, delimita o exercício dos poderes de investigação e aquisição probatória atribuídos à AdC, e, por outro, garante um nível de proteção dos direitos e interesses das visadas acrescido pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal.

31. O que vale por dizer que a proteção do sigilo de correspondência da visada e dos seus colaboradores, do sigilo profissional de advogado e do direito à intimidade da vida privada já se encontra abrangida pela atribuição da competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma àquelas autoridades judiciárias com competência em matéria criminal, devendo ser necessariamente sindicado aquando da emissão do mandado e da respetiva autorização judicial, sem prejuízo da sindicância da sua validade, legalidade e regularidade.

32. Por outro lado, o exame de prova com potencial relevância em ambiente digital e/ou eletrónico nada tange com o direito de defesa das visadas em processo contraordenacional, posto que esse ato preparatório não conforma qualquer posição processualmente relevante nem sequer tange sequer com o objeto da imputação contraordenacional.

33. Na verdade o mero visionamento de correio eletrónico e a realização de operações técnicas de pesquisa, seleção e consulta pelos funcionários credenciados da AdC, previamente à apreensão dessa prova e a qualquer ato de conteúdo decisório, nada significam para o objeto processual da imputação, dispondo a visada sempre da possibilidade de instruir o processo com os elementos não apreendidos que considere úteis à sua defesa.

34. Por conseguinte, a alusão à compressão dos direitos de defesa da visada e à violação do art.º 32.º, n.º 10 da CRP como direito preterido pelas operações de exame e visionamento é, para nós, argumento espúrio e desgarrado de qualquer atendibilidade racional.

35. Em terceiro lugar, considerando que qualquer visada que seja objeto de diligências de busca e apreensão dispõe de meios idóneos, próprios e autónomos para sindicarem a validade, legalidade e regularidade do mandado da autoridade judiciária competente, para sindicarem a sequente decisão da apreensão da AdC como ato decisório ou para arguir nulidades de execução do mandado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

perante a autoridade competente, parece-nos claro a eventual procedência destas diferentes vias recursivas esgota a necessidade de qualquer tutela jurisdicional de potencial lesão, afetação ou compressão dos direitos fundamentais invocados pela aqui visada/ recorrente, sendo que a tutela insita a cada um desses meios denota uma proteção garantística efetiva, proficiente e adequada à afirmação processual desses mesmos direitos.

36. Se o que a visada pretende é atingir a validade da prova colhida no âmbito da consulta/pesquisa aos computadores dos seus trabalhadores e colaboradores, julgamos preclaramente que a questão apenas se pode colocar em função do objeto, limites e extensão do cumprimento do respetivo mandado de buscas e apreensão, visto que, para o que importa, tal prova foi obtida no âmbito do art.º 18.º, n.º 1 do NRJC e do insito dever de não obstrução do exercício dos poderes de inquirição, busca e apreensão previsto no art.º 68.º, n.º 1 al. j) do NRJC.

37. Quando muito, o problema do aproveitamento dessa prova poderia envolver considerações inerentes ao direito da visada/ recorrente à não autoincriminação pois que a aquisição probatória decorreu da sua sujeição legal a diligências probatórias determinadas por autoridade judiciária.

38. De resto, o recurso interlocutório contraordenacional não configura, nem pode configurar, uma tutela jurisdicional de apreciação positiva de direitos fundamentais das visadas em processo contraordenacional, cujo escopo sirva apenas um intuito declarativo desses direitos perante uma outra parte, como a visada parece defender quando é chamada a pronunciar-se sobre a utilidade e efeito útil deste recurso por confronto com as vias recursivas e de sindicância já acionadas.

39. Com o presente objeto recursivo a visada pretende sindicat apenas a ingerência de um aparente terceiro nas suas comunicações eletrónicas, desmerecendo a circunstância dessa ingerência ocorrer por habilitação legal, no âmbito de um mandado de autoridade judiciária para investigação de práticas restritivas da concorrência e com vista à recolha de prova para demonstração dessa infração.

40. Tal interpretação bule, apodictamente, com a natureza do processo contraordenacional enquanto ação sancionatória de Direito Público.

41. Em suma, não subsiste com a interpretação proposta por nós do art.º 85.º do NRJC qualquer violação dos artigos 20.º, n.º 1 e 5, 32.º, n.º 10; 29.º, n.º 1, 3 e 4 e 268.º, n.º 4 da CRP 10 e muito menos violação do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem por não estar limitado qualquer recurso de plena jurisdição de decisões condenatórias.

*

42. Por fim, afigura-se-nos que os argumentos inerentes à sobreposição de objetos processuais com outras instâncias recursivas ou de sindicância dos atos decisórios da AdC – já acionados pela própria visada – se encontram abrangidos pela posição que acima veiculamos sobre a admissibilidade de recurso interlocutório de medidas de análise, exame e visualização efetuadas durante a execução de mandado de busca e apreensão, sendo que, portanto, a consideração do efeito útil, da inutilidade superveniente ou da identidade de objetos processuais perde atendibilidade por configurarem critérios de decisão despiciendo para a questão prévia da admissibilidade.

43. Todavia, a pedra de toque apresentada pela visada/ recorrente para sustentar a autonomia recursiva desta impugnação interlocutória – tais medidas extravasam o objeto do mandado – representa, para nós e com toda a parcimónia, um argumento notoriamente tautológico visto que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

essas medidas estão necessariamente a executar essa autorização judiciária quanto à prova digital ou eletrónica.

44. *A AdC quando procede à análise, exame e visualização de correio eletrónico, ou à análise, exame e visualização de elementos protegidos por sigilo profissional encontra-se a atuar em execução da autorização judiciária conferida pelo art.º 18.º, n.º 3 al. c) do NRJC, sendo que a visada deve colaborar com essa execução.*

45. *A discussão sobre se essa atuação se apresenta ilegal perante o objeto do mandado, nomeadamente por falta de cobertura, ou a discussão sobre o aproveitamento da prova assim recolhida aquando da apreensão, nomeadamente por utilização de meio proibido de prova, configuram interesses recursivos absolutamente abrangidos pelas mencionadas vias recursivas e de sindicância, carecendo a tutela jurisdicional direta e autónoma da análise, exame e visualização de elementos de utilidade.*

46. *Assim, o mandado judiciário permite ou não permite tais atos de execução e recolha de prova, resultando a conclusão da validade, legalidade e regularidade da prova recolhida dessa análise de subsunção entre ato executório e ato habilitante, análise essa que integra o objeto da tutela jurisdicional acionada pela visada.*

47. *Com o devido respeito e consideração sempre merecida, a alegação de que a procedência do presente recurso ainda assegura o efeito útil de impedir a AdC de utilizar o conhecimento obtido com o exame indevido da informação mais não será que uma paráfrase do que acabámos de enunciar.*

48. *A AdC, enquanto autoridade administrativa competente para a prossecução da ação contraordenacional prevista no NRJC só pode utilizar tal conhecimento através da aquisição dessa prova por meio de apreensão e com vista à instrução da mesma no respetivo processo.*

49. *No mais, esse conhecimento obtido afigura-se inócuo, irrelevante e vazio de consequência processual que demande tutela jurisdicional autónoma e direta.*

*

50. *Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e disposições legais enunciadas, por manifesta irrecurribilidade, decido não admitir o presente recurso interlocutório de medidas de autoridade administrativa interposto pela visada/recorrente MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.*

[...]" (sublinhados acrescentados).

1.1.1. Desta decisão recorreu a visada para o Tribunal da Relação de Lisboa. Das alegações de recurso consta, designadamente, o seguinte:

"[...]"

67.º

Em face do exposto, a interpretação e aplicação do artigo 85.º, n.º 1, da LdC feita pelo Tribunal a quo, no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo são suscetíveis de recurso, não se admitindo a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, por via do artigo 13.º da LdC, não está correta,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

68.º

e viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito do recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP, para além de violar o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo, nessa medida, inconstitucional.

[...]

1.1.2. No Tribunal da Relação de Lisboa, o recurso foi objeto de um despacho de convoção em reclamação, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 405.º do Código de Processo Penal (CPP). Desta decisão reclamou a recorrente para a conferência, que, por acórdão de 25/09/2019, revogou o despacho reclamado e admitiu o recurso.

1.1.3. Por acórdão de 13/11/2019, o Tribunal da Relação de Lisboa negou provimento ao recurso. Dos fundamentos desta decisão consta, designadamente, o seguinte:

“[...]

No caso dos autos, face às conclusões da motivação do recurso, a questão submetida à nossa apreciação é de saber se o recurso interposto pela MEO para o TRCS é admissível.

Recorde-se que o recurso se refere ao modo, como em 12 de dezembro de 2018, no cumprimento das diligências e de um mandado de busca as suas instalações, ordenado pelo Ministério Público, a AdC efetuou a análise, exame e visualização de correio eletrónico, contestando-se a possibilidade de a AdC poder examinar documentos compostos por mensagens de correio eletrónico aberto e lido, sendo que teriam sido examinados documentos sujeitos a sigilo profissional e examinados documentos que estariam fora do objeto do mandado.

Apreciemos, sendo que de imediato poderemos adiantar que a recorrente carece de razão.

Com efeito, o princípio da recorribilidade das decisões da AdC vem estabelecido n.º 1 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, o qual estabelece que ‘cabe recurso das decisões proferidas pela AdC cuja irrecorribilidade não esteja expressamente prevista neste diploma’.

Acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que ‘não é admissível recurso das decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento’.

Por sua vez, os artigos 85.º, 86.º e 87.º vêm regular o recurso relativamente às decisões interlocutórias, das medidas cautelares e da decisão final.

Finalmente por força do artigo 83.º da LdC, subsidiariamente, aplica-se o RGCO à interposição, tramitação e julgamento dos recursos previstos na Lei da Concorrência.

Estando nós perante um caso de recurso de uma decisão interlocutória, o normativo a ter em conta será o artigo 85.º já citado.

E, relativamente a este, diga-se, desde já, que se subscreve por inteiro a posição do Tribunal ‘a quo’ e da requerida (AdC) que o artigo 85.º não deixa margem para a aplicação do artigo 55.º



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

do RGCO, conforme pretende a recorrente.

A anterior LdC estabelecia no n.º 2 do artigo 50.º a possibilidade de aplicação do artigo 55.º, n.º 2, remetendo expressamente para este preceito no que se refere às decisões interlocutórias.

Ora, a atual LdC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias no artigo 85.º, deixando de fazer referência à aplicação do RGCO, não deixando por isso possibilidade de aplicação do artigo 55.º deste último diploma.

E não se diga que existe a possibilidade de aplicação subsidiária do RGCO por força do disposto no artigo 83.º da LdC.

É que como é óbvio, a aplicação subsidiária do RGCO, no caso em apreço em matéria recursiva, encontra-se prevista expressamente para a interposição, tramitação e julgamento dos recursos previstos, expressamente, na Lei da Concorrência, e que não incluirá o recurso agora pretendido.

E não se pode aceitar o argumento da recorrente no sentido de que sendo as medidas em causa praticadas pela recorrida suscetíveis de lesar direitos fundamentais de particulares, e uma vez que os meios de reação previstos na LdC não se mostram adequados a contestar a realização de atos de busca e exame em extravasamento do mandado nem aptos a assegurar o respeito pelos direitos fundamentais preteridos com atos não decisórios, violando-se o artigo 20.º e o artigo 268.º, n.º 4, da CRP, só com a aplicação do artigo 55.º do RGCO é que se verificaria o meio de reação adequado, possibilitando a impugnação de atos preparatórios de que resulte uma imediata lesão de direitos ou interesses.

É que ao contrário do que a recorrente alega, existem meios de reação perante qualquer decisão ou ato da AdC que se considere ilegal.

No campo da reação à prática de atos ilegais, antes do mais haverá que averiguar se são atos próprios do Ministério Público ou atos próprios da Autoridade da Concorrência em execução daqueles.

Os primeiros atos são os praticados pelo Ministério Público, sendo o exemplo mais relevante o despacho de autorização.

A nosso ver durante a fase administrativa não existe controle jurisdicional das decisões proferidas pelo Ministério Público, já que o juiz não é o superior hierárquico do Ministério Público.

Mas, mesmo assim, tais atos a nosso ver estarão sempre sujeitos a mecanismos de controlo, podendo o interessado suscitar junto do Ministério Público as eventuais invalidades que se venha a verificar, com intervenção hierárquica caso se entenda que é legalmente admissível.

Note-se que decisão e os vícios existentes podem sempre posteriormente serem sujeitos a controlo judicial subsequente pelo TCRS, durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC, controlo este que é extensivo a todo o objeto do processo.

Por seu lado os atos próprios da AdC incluem todos os atos praticados por esta Autoridade durante a execução dos atos praticados pelo MP, categoria esta onde como é óbvio se inclui a matéria em apreço.

E aqui subscrevemos por inteiro as considerações tecidas no Ac. n.º 229/18.5YUSTR-L1-3:

'As razões que nos levaram a proferir tal decisão permanecem perfeitamente válidas e resumem-se no seguinte:

Se o que se contesta é o erro na definição do âmbito de uma busca ou mesmo a oportunidade da sua autorização então a questão apenas pode ser conhecida pelo Tribunal na fase jurisdicional dos autos;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se o que se contesta é a forma como se executou um mandado então a questão pode ser suscitada, quer na fase administrativa (mediante recurso de decisão intercalar), quer na fase jurisdicional (sendo certo que a decisão sobre a questão fará sempre caso julgado intraprocessual não podendo a questão ser suscitada duas vezes.)

Como tal, a conclusão a retirar é que ao contrário do que a recorrente alega, existem assim meios de controle que permitem assegurar plenamente direitos fundamentais de particulares, e o respeito pelos direitos fundamentais preteridos com atos não decisórios.

Acresce ainda que a nosso ver a não admissibilidade do recurso também estaria fundamentada atento o objeto que o mesmo visa.

É que conforme se afere do artigo 84.º da LdC. são recorríveis as decisões proferidas pela AdC e cuja irrecorribilidade não esteja prevista naquele diploma, dispondo o artigo 85.º do mesmo diploma que são recorríveis igualmente as decisões interlocutórias proferidas por aquela autoridade administrativa.

Ora no caso em apreço, não estamos perante decisões da AdC, mas sim de atos praticados por esta durante uma busca que a recorrente considerou lesivos dos seus interesses.

Com efeito, quando a AdC se apresentou nas instalações da recorrente e procedeu às diligências de busca e apreensão praticou atos próprios, não praticou atos de outrem ou atos delegados por outrem, mas sim, atos próprios autorizados por outrem, mediante a emissão do competente mandado, o qual a credencial que lhe permitiu agir as competências próprias de investigação impostas por lei (arts. 5.º, n.º 1, 7.º, n.ºs 1 e 2, 17.º, n.º 2, e 18.º da LdC).

Ora, assim sendo, querendo sindicar a forma de execução desses atos deveria a recorrente arguir a respetiva nulidade perante a AdC e então recorrer diretamente dessa decisão.

E desta forma que se pode sindicat na fase administrativa a forma como se executou um mandado.

Não o tendo feito no caso em apreço, não é de admitir o recurso sobre os atos de execução mencionados.

Quanto à nulidade das buscas, vícios e nulidade insanável do mandado, inadmissibilidade legal da busca e ilegalidade da apreensão, ilegalidade de visualização de correspondência eletrónica sujeita a sigilo profissional, já supra respondemos, ao abordar a questão ao apreciar os modos que a lei possibilita ao interessado, e da recorribilidade dos atos praticados pela AdC, matéria esta aliás que segundo se depreende dos autos teria sido já objeto de recurso por parte da recorrente.

Com efeito, verifica-se dos autos que a recorrente para além deste recurso, veio arguir em 12 de dezembro de 2018, junto do Ministério Público, a nulidade do mandado que ordenou à busca considerando o mesmo ilegal e, em 28 do mesmo mês, veio recorrer da apreensão de prova pela AdC considerando a mesma como ilegal.

Como tal, as questões referidas, bem como da admissibilidade do modo de impugnação utilizado, são questões que terão que ser analisadas e apreciadas nesses recursos.

Sobre esta matéria subscreveríamos para terminar as considerações tecidas pelo Tribunal 'a quo' sobre tal matéria:

Por fim, afigura-se-nos que os argumentos inerentes à sobreposição de objetos processuais com outras instâncias recursivas ou de sindicância dos atos decisórios da AdC – já acionados pela própria visada – se encontram abrangidos pela posição que acima veiculamos sobre a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

admissibilidade de recurso interlocutório de medidas de análise, exame e visualização efetuadas durante a execução de mandado de busca e apreensão, sendo que, portanto, a consideração do efeito útil, da inutilidade superveniente ou da identidade de objetos processuais perde atendibilidade por configurarem critérios de decisão despiciendo para a questão prévia da admissibilidade.'

'A discussão sobre se essa atuação se apresenta ilegal perante o objeto do mandado, nomeadamente por falta de cobertura, ou a discussão sobre o aproveitamento da prova assim recolhida aquando da apreensão, nomeadamente por utilização de meio proibido de prova, configuram interesses recursivos absolutamente abrangidos pelas mencionadas vias recursivas e de sindicância, carecendo a tutela jurisdicional direta e autónoma da análise, exame e visualização de elementos de utilidade.'

Finalmente quanto ao efeito útil do recurso ainda de assegurar o efeito útil que se impeça a AdC de utilizar o conhecimento obtido com o exame indevido da informação é argumento que de modo algum se pode aceitar.

Conforme se refere no supracitado Ac. desta Relação e que tem perfeito cabimento a recorrente parece 'esquecer que a AdC não é uma entidade privada, que opera no mercado e que ganha com o conhecimento de informação que as recorrentes reputam de confidencial ou do seu interesse comercial. A AdC define o seu comportamento por padrões de legalidade e quando age em sede de buscas solicita autorização prévia a uma outra entidade que rege o seu comportamento por padrões de legalidade'.

Como tal deverá improceder a pretensão da recorrente [...]' (sublinhados acrescentados).

1.2. A MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. interpôs, então, recurso do acórdão de 13/11/2019 para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC – recurso que deu origem aos presentes autos –, nos termos seguintes:

“[...]”

I. Introdução e admissibilidade do presente recurso

1.º No presente processo de contraordenação, a MEO interpôs recurso para o TCRS de medida adotada pela AdC, recurso esse que foi rejeitado por aquele Tribunal com fundamento no artigo 85.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“LdC”), interpretado no sentido de que apenas seria admissível recurso para o TCRS de atos decisórios da AdC e não de medidas administrativas dessa autoridade.

2.º A MEO interpôs recurso para o tribunal da relação deste despacho do TCRS, o qual foi negado pelo Acórdão do TRL de que ora se recorre, com base na mesma interpretação da norma contida no artigo 85.º da LdC.

3.º Por via do presente recurso, a MEO pretende que seja apreciada a inconstitucionalidade dessa norma, tal como foi interpretada e aplicada, em última instância, pelo Tribunal da Relação de Lisboa para fundamentar a sua decisão.

[...]”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.º Por via do presente recurso pretende a Recorrente ver apreciada a constitucionalidade da norma prevista no artigo 85.º n.º 1 da LdC, tal como foi interpretada e aplicada no Acórdão do TRL no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo em circunstância alguma a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO.

7.º Por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, do direito de defesa, do direito ao recurso e do direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP, para além de violar o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo, nessa medida, inconstitucional.

8.º A inconstitucionalidade desta norma, com o sentido acima referido, foi suscitada pela MEO no seu recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (vide pontos 67.º a 69.º das alegações e pontos 3 e 4 das conclusões).

9.º Esta norma foi aplicada como ratio decidendi do Acórdão TRL, uma vez que foi a respetiva interpretação que determinou a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa de negar provimento ao recurso e manter a decisão do TCRS de não admitir o recurso interposto pela MEO.

10.º Dúvidas não existem quanto a este ponto, tendo presente os seguintes excertos do Acórdão do TRL:

(i) 'estando nós perante um caso de recurso de uma decisão interlocutória, o normativo a ter em conta será o art.º 85.º já citado';

(ii) 'e relativamente a este diga-se desde já que se subscreeve por inteiro a posição do Tribunal "a quo" e da requerida (AdC) que o art.º 85.º não deixa margem para a aplicação do art.º 55.º do RGCO (...)';

(iii) 'a atual LdC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias no art.º 85.º, deixando de fazer referência à aplicação do RGCO, não deixando por isso possibilidade de aplicação do art.º 55.º deste último diploma'.

[...]

12.º Por fim, o presente recurso tem efeito útil para a decisão da causa, uma vez que o respetivo conhecimento e procedência determinarão que o processo baixe à 1.ª instância para conhecimento do recurso das medidas da AdC que a MEO reputa serem lesivas dos seus direitos.

13.º Para tanto, o presente recurso reporta-se de essencial e porque todos os requisitos estão preenchidos, deve ser admitido, o que se requer, para apreciação da questão de inconstitucionalidade acima enunciada.

Vejamos em que termos.

II. Inconstitucionalidade da norma correspondente ao artigo 85.º da LdC

14.º A Recorrente pretende ver apreciada a inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 85.º da LdC no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo recurso de outros atos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos, nomeadamente por via da aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO.

15.º A MEO considera que a norma contida no artigo 85.º da LdC se interpretada e aplicada nesse sentido restringe de forma inadmissível o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito ao recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

protegidos, ínsitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP da CRP, para além de violar o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, constituindo, nessa medida, norma inconstitucional.

16.º Com efeito, interpretar e aplicar a norma contida no artigo 85.º da LdC no sentido de limitar o direito a impugnar imediatamente atos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos aos atos de conteúdo decisório tem como consequência a impossibilidade de reação, em particular por via de impugnação judicial, quanto a um conjunto de atos e medidas de autoridades administrativas que sejam adotadas em processo contraordenacionais e que contendam de modo irreparável com esses direitos e interesses legalmente protegidos.

17.º In casu, a dita interpretação, retira ao particular a possibilidade de impugnar e reagir imediatamente contra atos de uma autoridade administrativa que são lesivos de direitos fundamentais como é o caso do direito ao sigilo da correspondência, à reserva da vida privada e ao direito de defesa subjacente ao sigilo de correspondência trocada com advogado (direitos que, na perspetiva da MEO, foram violados nas medidas da AdC impugnadas nestes autos) com base nos quais a autoridade poderá abrir e instruir processos de contraordenação contra esse particular.

18.º O princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito ao recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, constitucionalmente consagrados, garantem aos particulares o direito de impugnar judicialmente atos de autoridade pública que lesem os seus direitos.

19.º E garantem o direito de os impugnar diretamente, reagindo contra os mesmos em tempo útil e em resposta imediata à sua prática, por forma a evitar a reiteração e perpetuação da conduta e/ou dos seus efeitos.

20.º O artigo 85.º da LdC interpretado e aplicado no sentido de dele resultar que está vedada a possibilidade de recurso a qualquer regime subsidiário em virtude da suposta suficiência daquela Lei tem como consequência que, em face de atos ou medidas não decisórios da AdC, estaria o lesado pelos mesmos impedido de reagir imediatamente, ainda que tais atos e medidas fossem, em si mesmos, lesivos de direitos, em especial de direitos fundamentais.

21.º É, pois, evidente que o ordenamento jurídico não aceita este resultado, e, em particular, que a Lei Fundamental não pode coexistir com semelhante interpretação da norma contida artigo 85.º da LdC.

Com efeito, nos termos do disposto no artigo 20.º n.º 1 da CRP, "a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos" e, com especial aplicação ao presente caso, impõe o n.º 5 do mesmo preceito constitucional que, "para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos" (sublinhado nosso).

22.º A Lei Fundamental impõe, assim, que todo e qualquer ato ou medida de uma autoridade administrativa em processo de contraordenação seja passível de recurso, se lesar imediatamente direitos e interesses dos particulares, o que é frontalmente negado pelos termos em que aplicação do artigo 85.º da LdC é defendida pelo Tribunal da Relação.

23.º A medida da Qual a MEO recorreu foi a de exame de correspondência eletrónica.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24.º Na perspectiva da MEO, o ato de visualizar e examinar — lendo o seu conteúdo, abrindo os respetivos anexos e tirando notas sobre os mesmos — elementos sujeitos ou protegidos por sigilo (de correspondência ou de advogado) — independentemente de depois vir a decidir-se (ou não) pela apreensão desses elementos — lesa, desde logo e imediatamente, esse mesmo sigilo, permitindo o conhecimento do conteúdo protegido pelo leitor que não é destinatário ou remetente dessa correspondência e alargando o círculo limitado de pessoas que tomaram conhecimento do seu teor.

25.º Do mesmo modo, o ato de visualizar e examinar — lendo o seu conteúdo, abrindo os respetivos anexos e tirando notas sobre os mesmos — elementos, no contexto de uma busca autorizada, mas cuja visualização não foi autorizada por não serem relevantes para os factos em investigação, é equivalente ao ato de visualizar e examinar elementos no âmbito de uma busca não autorizada pela autoridade judiciária competente. contendo, imediatamente, com o direito à vida privada, insito no artigo 26.º da CRP.

26.º Por último, o ato de visualizar, tomando conhecimento e anotando o respetivo conteúdo — mesmo não apreendendo — documentos e elementos de que não se podia tomar conhecimento (pelos motivos supra indicados), quando é adotado pela autoridade com poderes sancionatórios sobre a entidade detentora dos elementos em causa e sem que para tanto estivesse autorizada, viola o respetivo direito de defesa, decorrente do artigo 32.º, n.º 10, da CRP.

27.º Assim, a medida de que se recorre lesa imediatamente os seguintes direitos fundamentais da MEO, em concreto:

(i) o direito ao sigilo das comunicações, constitucionalmente consagrado no artigo 34.º n.º 4 da CRP, por considerar que tal direito não pode ser restringido em processo de natureza contraordenacional e que, mesmo que pudesse, apenas poderia ser restringido mediante autorização judicial (e não do Ministério Público);

(ii) o sigilo profissional de advogado, protegido pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva (insito no artigo 20.º da CRP), em particular de correspondência recebida e trocada com advogados internos e externos à MEO, depois de ter sido invocado o sigilo profissional por escrito, depois de a MEO ter fornecido uma lista com os endereços dos seus advogados e depois de a MEO ter, através dos seus representantes, salientado a impossibilidade de leitura e análise de mensagens protegidas sempre que as mesmas eram abertas pelos inspetores durante as buscas;

(iii) o direito de defesa (cf. artigo 32.º n.º 10 da CRP), porquanto a medida de exame de elementos sem conexão (material e temporal) com os factos que estavam em investigação nestes autos e que fundamentaram a decisão que autorizou a busca e o mandado subsequentemente emitido, por se tratar de uma ingerência nas suas instalações conduzida de forma arbitrária, não fundamentada e não autorizada por parte de uma autoridade administrativa (cf. artigo 18.º n.º 3 da LdC), deliberadamente realizada com o intuito de encontrar algum facto indiciador de uma qualquer possível infração às regras de concorrência e alguma prova remotamente válida para a sustentar, contende com as regras aplicáveis a este tipo de meio de recolha de prova;

(iv) o direito à vida privada (cf. artigo 26.º da CRP), porquanto a medida de exame de elementos sem conexão (material e temporal) com o mandado não foi sujeita a qualquer validação da sua necessidade, adequação e proporcionalidade com esse direito por autoridade judiciária competente.

28.º E, nessa perspectiva, a restrição da reação imediata e oportuna, inerente ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva, tendente a pôr termo a essa lesão e a evitar a sua perpetuação e efeitos,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

em especial o prosseguimento de um processo de contraordenação instruído sobre essa mesma violação e com base em prova que não pode ser utilizada, é inconstitucional, porque desproporcionada.

29.º Em face do exposto, o artigo 85.º n.º 1 da LdC interpretado e aplicado pelo Tribunal a quo no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo são suscetíveis de recurso, não se admitindo a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, por via do artigo 13.º da LdC, é inconstitucional.

30.º por violar o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito ao recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP, para além de violar o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

31.º O artigo 85.º n.º 1 da LdC pode e deve ser interpretado e aplicado em sentido conforme à Constituição, devendo ser, por via do disposto no artigo 13.º da LdC, interpretado e conjugado com o artigo 55.º do RGCO, no sentido de, em processo contraordenacional em matéria de direito da concorrência, serem recorríveis para o TCRS atos decisórios da AdC e também atos e medidas da autoridade que, não tendo conteúdo decisório, afetem direitos e interesses legalmente protegidos.

Nestes termos, pretende a Recorrente que V. Exas. apreciem a constitucionalidade da referida norma, insita no artigo 85.º da LdC, 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 admitido o recurso interposto pela MEO para o TCRS. [...]" (sublinhados acrescentados).

1.2.1. O recurso foi admitido no Tribunal da Relação de Lisboa, com efeito suspensivo.

1.2.2. Já no Tribunal Constitucional, o relator proferiu despacho de notificação das partes para alegarem, corrigindo o efeito do recurso para devolutivo.

1.2.3. A recorrente apresentou as suas alegações, que rematou com as seguintes conclusões:

“[...]

1. O presente recurso vem interposto do Acórdão do TRL de 13.11.2019 que julgou legalmente inadmissível o recurso interposto pela MEO para o TCRS de medida administrativa da AdC (medida de autoridade administrativa) referente ao exame de correspondência eletrónica realizada no âmbito da diligência de busca efetuada nos autos, por entender que tal recurso não estaria contido no artigo 85.º da LdC, não havendo margem, atenta a suficiência do regime recursivo da LdC, para a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO ex vi do artigo 83.º da LdC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. Entende a MEO que o TRL efetuou uma errada interpretação e aplicação do artigo 85.º da LdC e que, na medida em que comporte essa interpretação, a referida disposição é inconstitucional.
3. O artigo 85.º n.º 1 da LdC foi interpretado e aplicado no Acórdão do TRL no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo em circunstância alguma a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO.
4. Com o referido sentido o artigo 85.º n.º 1 da LdC é inconstitucional por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, do direito de defesa, do direito ao recurso e do direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP e o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da CEDH.
5. A leitura da norma nos termos referidos impõe uma limitação inconstitucional, ilegal e desproporcionada do direito à impugnação imediata de atos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos que, apesar de não terem caráter decisório, lesem direitos fundamentais.
6. Desde logo, a leitura da norma nos termos referidos é incorreta uma vez que (i) o regime recursivo constante da LdC não regula o recurso interlocutório de ato/medida adotado pela AdC na fase administrativa do processo; (ii) o regime recursivo constante da LdC não é derogativo da aplicação do artigo 55.º do RGCO, como resulta claramente do disposto nos artigos 83.º e 13.º da LdC; (iii) a CRP impõe a salvaguarda do direito de sindicalar, de forma imediata, um ato/medida lesiva de direitos e interesses legalmente protegidos, o que ficaria por acautelar se o preceito fosse lido nos termos invocados no ponto 3.
7. A LdC não é autossuficiente no que respeita aos meios de aquisição de prova, à intervenção das autoridades judiciais, à competência instrutória da autoridade administrativa, aos meios de reação interlocutórios e ao direito de defesa durante a fase organicamente administrativa do procedimento, nomeadamente, com relevância para estes autos:
- (i) não regula os termos em que as diligências de busca, exame, recolha, apreensão e selagem das instalações das empresas devem ser realizadas, tendo de recorrer-se, necessariamente, aos regimes subsidiários aplicáveis, em particular ao CPP e à Lei do Cibercrime, por via das remissões contidas nos artigos 13.º da LdC e 41.º n.º 1 do RGCO;
- (ii) não regula o regime das decisões interlocutórias (regime, modo de subida, prazo, modo de contagem, etc.), resultando tal insuficiência, de forma expressa, da remissão para o RGCO que é feita pelo artigo 83.º da LdC – contrariando, por conseguinte, o argumento de autossuficiência do regime contido na LdC defendido pelo TRL.
8. A medida administrativa em causa, levada a cabo pela AdC, e concretizada num exame de correspondência eletrónica indiscriminado e detalhado (onde se inclui a leitura e análise de mensagens de correio eletrónico, designadamente enviadas por e recebidas de advogados da empresa, e mensagens de correio eletrónico cujo teor não tinha qualquer conexão com a matéria objeto do mandado), violou direitos e interesses legalmente protegidos, sem cobertura legal e em extravasamento do mandado do Ministério Público que o autorizava, achando-se, em consequência, violados, de forma grave e deliberada o direito ao sigilo da correspondência (artigo 34.º, n.º 4, da CRP), o direito à reserva da vida privada (artigo 26.º da CRP), e o direito de defesa subjacente ao sigilo profissional e à relação entre advogado e cliente (artigos 20.º e 32.º, n.º 10, ambos da CRP).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9. A Decisão Recorrida, ao conformar-se com uma interpretação do artigo 85.º, n.º 1, da LdC, no sentido de que não contempla qualquer possibilidade de reação contra determinados atos que lesam direitos, em especial o recurso a meios de reação previstos em direito subsidiário, traduz uma violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP e 6.º da CEDH).

10. De facto, existem atos que, não tendo conteúdo decisório, ofendem direitos fundamentais dos particulares, cabendo ao ordenamento jurídico assegurar um meio de reação, como sucede com o recurso de medidas das autoridades administrativas em processo de contraordenação previsto no artigo 55.º do RGCO, ex vi dos artigos 13.º e 83.º da LdC.

11. Todo e qualquer ato ou medida de uma autoridade administrativa em processo de contraordenação, tenha ou não conteúdo decisório, deve ser passível de recurso imediato para o TCRS (no caso), conquanto lese imediatamente direitos e interesses do particular.

12. Outra leitura que não essa, faria com que o visado por atos lesivos de direitos fundamentais não tivesse forma de a eles reagir, sendo posto em causa, de um modo incompatível com um Estado de Direito, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, em clara violação das normas constantes do artigo 20.º n.ºs 1 e 5 da CRP e 6.º da CEDH.

13. O artigo 85.º, n.º 1, da LdC deve, em virtude do disposto nos artigos 13.º e 83.º da LdC, ser conjugado com o artigo 55.º do RGCO, no sentido de admitir, em processo contraordenacional em matéria de direito da concorrência, o recurso para o TCRS de atos decisórios da AdC e também atos e medidas da referida Autoridade que, não tendo conteúdo decisório, afetem direitos e interesses legalmente protegidos – sendo esta a única leitura consonante com o espírito da lei e, sobretudo, com a Constituição.

14. No caso vertente, a circunstância de, no âmbito de uma diligência de busca realizada pela AdC, ser examinada, de forma detalhada e indiscriminada, correspondência eletrónica, traduz:

(i) violação do sigilo de correspondência (artigo 34.º, n.º 4, da CRP) e violação do segredo profissional de advogado (artigo 20.º da CRP), materializadas no ato de visualização e exame de correspondência eletrónica de forma não autorizada, entendendo a Recorrente que tais direitos não podem ser restringidos em processo de natureza contraordenacional ou, no limite, para que o possam ser, careceria a AdC de ter obtido autorização judicial (e não do Ministério Público) para o efeito;

(ii) violação do direito de reserva à vida privada (artigo 26.º da CRP), concretizada na visualização, de forma indistinta, documentos e informações protegidas por segredo comercial e industrial, tratando-se de ingerência não fundamentada e não autorizada por parte de uma autoridade administrativa (cf. artigo 18.º, n.º 3, da CRP);

(iii) violação do direito de defesa da visada (artigo 32.º, n.º 10, da CRP), corporizada na visualização indiscriminada por uma autoridade com poderes de investigação e punição, podendo a autoridade usar do conhecimento aí obtido para evidenciar indícios de práticas putativamente ilegais, sob investigação ou não, definir novas linhas de investigação, instaurar diferentes processos contraordenacionais, etc., em manifesta violação do mandado.

15. Assim, (i) estando em causa uma medida lesiva de direitos e interesses legalmente protegidos da visada pela busca/apreensão; (ii) medida essa que extravasa o mero controlo de legalidade do mandado em si – sindicado autonomamente; e (iii) não existindo norma expressa na LdC que admita a recorribilidade de tal medida, é indiscutível a aplicação subsidiária do disposto no artigo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

55.º do RGCO ex vi do artigo 83.º da LdC, por imposição constitucional do princípio da tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP), do direito à defesa (artigo 32.º, n.º 10, da CRP), do direito ao recurso (artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da CRP), do direito à impugnação de atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.º 4, da CRP) e do direito a um processo equitativo (artigo 6.º da CEDH).

16. Requer, assim, a MEO a V. Exas. se dignem apreciar a constitucionalidade da norma contida no artigo 85.º, n.º 1, da LdC, tal como foi interpretada e aplicada no Acórdão do TRL no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo em circunstância alguma a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, declarando a sua inconstitucionalidade, por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, do direito de defesa, do direito ao recurso e do direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, ínsitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP, e o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da CEDH.

Nestes termos e nos melhores de Direito, requer-se a V.ªs Ex.ªs se dignem julgar o presente recurso de constitucionalidade, com os fundamentos invocados, procedente com as devidas e legais consequências.

[...]" (sublinhados acrescentados).

1.2.4. A Autoridade da Concorrência apresentou, por sua vez, contra-alegações, assim concluindo:

"[...]

A. No decurso de diligências de busca e apreensão de que a Recorrente foi alvo, entre os dias 28.11.2018 e 21.12.2018, a AdC, em cumprimento do mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DLAP – Juízo de Turno), executou os atos de busca, exame, recolha e apreensão previstos e necessários à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência (cf. n.º 2 do artigo 17.º e alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC).

B. Nessa sequência, a Recorrente interpôs recurso junto do TCRS, circunscrito às medidas de análise, exame e visualização de informação pela AdC durante essas diligências – recurso este indeferido, porquanto a regra da recorribilidade prevista na LdC limita o recurso aos atos decisórios da AdC, ou seja, excluindo meras medidas administrativas ou de execução do mandado (cf. n.º 1 do artigo 84.º) – entendimento perfilhado pelo TCRS e, depois, corroborado pelo TRL.

C. É precisamente esta limitação legal que a Recorrente contesta, procurando ampliar, contra legem, a tutela recursiva prevista no artigo 85.º da LdC e suscitando a inconstitucionalidade da norma quando "interpretada e aplicada no Acórdão do TRL no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo em circunstância alguma a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, do direito de defesa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(...)"

Da inadmissibilidade do recurso junto do Tribunal Constitucional

D. Decorre da leitura do recurso sob juízo que a Recorrente não enquadróu o seu objeto em nenhuma das situações previstas no artigo 70.º da LTC, incumprindo um pressuposto geral do recurso de constitucionalidade. Mesmo equacionando estar em causa decisão que tenha aplicado "norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo" (cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC), não foi cumprido o ónus processual de suscitação prévia – que importa a rejeição do recurso – porquanto (i) junto do TCRS, a Recorrente arguiu a inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 55.º do RGCO, não do artigo 85.º da LdC; (ii) junto do TRL, alegou a inconstitucionalidade do artigo 85.º fundada na ausência de meios de reação previstos pela LdC e na inconstitucionalidade da decisão recorrida e (iii) junto deste Tribunal, restringiu a questão constitucional aos limites do artigo 85.º da LdC.

Da constitucionalidade do artigo 85.º da Lei da Concorrência

E. De modo a defender a inconstitucionalidade do artigo 85.º da LdC por não admitir a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, a Recorrente começa por alegar que a LdC padece de insuficiências, apenas superadas com a importação de regimes jurídicos subsidiários. Em nenhuma das insuficiências apontadas a Recorrente tem razão.

F. Começando pela falta de previsão taxativa dos fundamentos e demais formalidades subjacentes às diligências de busca e apreensão, é claro que os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º e os artigos 20.º e 21.º conjugados com o n.º 2 do artigo 17.º da LdC disciplinam os antecedentes processuais que precedem a realização dessas diligências: (i) mandado pela autoridade judiciária competente, e (ii) a necessidade de recolha de prova perante indícios sérios da existência de práticas violadoras da concorrência.

G. Acresce o seguinte: sendo a AdC uma autoridade administrativa independente, dotada do comando constitucional de promoção e defesa da concorrência (cf. alínea h) do n.º 1 do artigo 81.º CRP) e consequente poder sancionatório, a forma como executa o mandado e conduz as diligências de busca e apreensão não é permeável a critérios de oportunidade ou conveniência dos visados, sob pena de inverter a dinâmica hierárquica entre a Autoridade e os visados e abrir espaço à denegação do dever de colaboração e à obstrução do exercício dos poderes da Autoridade – cf. alínea a) do artigo 5.º, alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º e artigo 8.º do Decreto-lei n.º 125/2014 de 18 de agosto e alínea j) do n.º 1 do artigo 68 da LdC.

H. E quanto ao regime recursivo, também neste caso a LdC prevê um regime taxativo, completo e autossuficiente limitado à regra da recorribilidade "das decisões proferidas pela Autoridade" (cf. n.º 1 do artigo 84) – i.e. decisões interlocutórias (cf. artigo 85.º), medidas cautelares (cf. artigo 86.º) e decisões finais (cf. artigo 87.º). É este o entendimento expresso pela doutrina e jurisprudência (cf. acórdão do TRL de 11.10.2016, no âmbito do processo n.º 20/16.3YUSTR-D.L1-5).

I. Contudo, o facto de o artigo 85.º da LdC não admitir a interposição de recurso de medidas administrativas como as de pesquisa, seleção e visualização de informação, não significa uma ausência de escrutínio, porquanto os visados dispõem de meios de reação idóneos, adequados e não menos onerosos para fazerem valer os seus direitos.

J. Assim: (i) se no decurso das diligências forem praticados atos que, no seu entender, configuram nulidades e/ou irregularidades, podem sempre arguir os vícios "no prazo de 10 dias úteis. A



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

decisão da Autoridade que indeferir a arguição do vício é suscetível de impugnação judicial perante o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”; (ii) se entenderem que o mandado de busca é ilegal, devem arguir a nulidade diante da autoridade judiciária que o emitiu; (iii) se considerarem que a apreensão de prova feita a final é ilegal, devem arguir diretamente essa ilegalidade perante a AdC ou recorrer diretamente dessa decisão junto do TCRS e (iv) se discordarem da forma como a AdC deu cumprimento ao mandado do MP, devem arguir as respetivas nulidades junto do MP, no princípio de que cabe autoridade judiciária competente para a emissão do mandado que cabe controlar a respetiva execução (o que foi feito).

K. Resulta do exposto que a interpretação do artigo 85.º da LdC no sentido de apenas os atos decisórios da AdC, na fase administrativa do processo, serem suscetíveis de recurso não constitui uma negação, limitação ou obstrução dos direitos de defesa.

L. Por outro lado, a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO na fase administrativa do processo contraordenacional da concorrência é inviável e não tem respaldo legal, não se encontrando preenchido o critério de recorribilidade previsto no n.º 2 do artigo.

M. Vejamos: (i) as medidas de visualização e seleção de informação encetadas pela AdC estão legalmente previstas (cf. n.º 1 do artigo 18.º da LdC) e autorizadas pelo mandado de busca (cf. artigos 20.º e 21.º da LdC) e (ii) os atos de execução do mandado pela AdC inscrevem-se na própria natureza coerciva destas diligências, não permeável à indicação, oposição ou conveniência dos visados, que têm um dever de colaboração. E, da mesma forma que a execução coerciva do mandado do MP pela AdC pode atingir “necessariamente direitos fundamentais postos em crise com qualquer diligência de busca e apreensão coativamente efetuada em ambiente de prova digital e/ou eletrónica”, também esta coercitividade acaba por ser mitigada atendendo aos meios de defesa ao dispor da Recorrente, já referidos.

N. Acresce o seguinte: a mera visualização e seleção de informação não tem qualquer significado autónomo, ou enforma qualquer ato decisório, porquanto só após as buscas é que a AdC fará um juízo de oportunidade processual quanto à sua relevância probatória, podendo desentranhá-la, e utilizá-la, ou não, para efeitos de imputação da infração.

O. A doutrina e jurisprudência do TRL já esclareceram que é o n.º 2 do artigo 55.º do RGCO que fornece o “critério geral de recorribilidade” à aparente recorribilidade genérica das decisões, despachos e medidas administrativas prevista no seu n.º 1: se o ato colidir com direitos ou interesses das pessoas é recorrível; caso contrário, não o será”.

P. Ora, não estão em causa atos que colidam com direitos autónomos da Recorrente a ponto de configurarem uma lesão irremediável ou cuja tutela não se possa antecipar.

Q. Não só a lei prevê formas de tutela efetiva, como as medidas de visualização e exame são meras medidas instrumentais que apenas servem para preparar uma decisão (seja de apreensão, de desentranhamento, de imputação de infração, de arquivamento...). A este respeito, e fazendo um paralelismo com o caso sub judice, veja-se que “Não é recorrível a decisão interlocutória sobre medidas que sirvam para preparar a decisão final de arquivamento ou de aplicação de uma coima e que não tenham um significado autónomo”.

R. Isto posto, sufragando o entendimento espelhado no acórdão do TRL no âmbito do processo n.º 18/19.OYUSTR-D.L1-PICRS de 26.11.2019: “o NRJC há de configurar lei especial que afasta a necessidade de aplicação subsidiária para o processo contraordenacional da concorrência, não só do art.º 55.º (...) o NRJC consagra, de modo pleno, um regime próprio,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

autónomo e tendencialmente autossuficiente no que respeita aos meios de aquisição de prova, à intervenção das autoridades judiciárias, à competência instrutória da autoridade administrativa, aos meios de reação interlocutórios e ao direito de defesa durante a fase organicamente administrativa do procedimento”.

S. Finalmente, a interpretação do artigo 85.º da LdC tal como interpretada pelo TRL não é inconstitucional nem provoca uma restrição infundada do direito ao recurso, porquanto, desde já, uma violação inconstitucional do direito ao recurso, enquanto expoente do direito de defesa, implicaria uma ausência de conformação legislativa e processual em termos tais que impossibilitaria a tutela judicial efetiva, fosse de que maneira fosse – o que não é o que sucede!

T. Discordando-se ou não da bondade das formas de tutela previstas para reagir contra medidas administrativas, a verdade é que nem estas, nem o direito ao recurso nas suas várias dimensões, resultam entorpecidos pelo facto de as medidas de visualização e análise não poderem ser impugnadas ao abrigo do artigo 85.º da LdC.

U. Concretizando: (i) Se a pretensão da MEO sujeitar os atos de execução do mandado, adotados pela AdC, a escrutínio judicial, a arguição de invalidades junto da autoridade judiciária que emitiu o mandado salvaguarda esse efeito útil; (ii) se a pretensão da MEO é obter uma apreciação judicial, por parte do TCRS, pode sempre recorrer do ato de apreensão da AdC, findas as diligências ou (iii) recorrer da decisão que vier a ser proferida pela AdC quanto à validade das medidas de visualização postas em prática e (iv) se a MEO quer pôr em crise a violação de sigilo profissional, poderá impugnar o eventual ato decisório através do qual a AdC imputará infração, aproveitará a prova recolhida ou dará qualquer utilidade à mesma.

V. Perguntar-nos-emos se estes meios exprimem uma “tutela adequada”, e a resposta é afirmativa. Aderindo ao entendimento expresso pelo TRL no acórdão proferido no processo n.º 229/18.5YUSTR-L1-3: “a conclusão a retirar é que ao contrário do que a recorrente alega, existem assim meios de controle que permitem assegurar plenamente direitos fundamentais de particulares, e o respeito pelos direitos fundamentais preteridos com atos não decisórios.” (destaque da Autoridade).

W. Na medida em que a Recorrente dispõe de meios próprios, igualmente idóneos e autónomos para fazer valer os seus direitos, que transparecem uma proteção garantística efetiva do direito à tutela jurisdicional efetiva e do direito de defesa, e que qualquer um desses meios esgota a necessidade de uma outra tutela jurisdicional, impõe-se concluir que o facto de o recurso interlocutório previsto no artigo 85.º da LdC não admitir o recurso de medidas administrativas da AdC por aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO não enferma de qualquer inconstitucionalidade, sob pena de uma ampliação inadmissível e contra legem do objeto do recurso, e não viola os n.ºs 1 e 5 do artigo 20.º, n.º 10 do artigo 32.º; n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 29.º e n.º 4 do artigo 268.º da CRP, nem o n.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

[..]” (sublinhados acrescentados).

1.2.5. Também o Ministério Público ofereceu contra-alegações, que rematou com as seguintes conclusões:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“[...]”

79. No presente recurso, interposto por MEO – Comunicações e Multimédia, S.A., em 4 de dezembro de 2019, a fls. 524 a 531 dos autos supraepigrafados, pretende a recorrente que o Tribunal Constitucional aprecie ‘a constitucionalidade da norma prevista no artigo 85.º, n.º 1, da LdC, tal como foi interpretada e aplicada no Acórdão do TRL no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo em circunstância alguma a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO (...)’.

80. Tal recurso foi interposto do douto acórdão datado de 13 de novembro de 2019, proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, a fls. 501 a 512 v.º e foram admitidos pela douta decisão de fls. 536 dos presentes autos.

81. Este recurso foi interposto ‘(...) nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 70.º n.º 1 alínea b), 72.º n.º 1 alínea b) e n.º 2 e 75.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (...)’.

82. Os parâmetros de constitucionalidade cuja violação é imputada à interpretação normativa identificada são o ‘(...) princípio da tutela jurisdicional efetiva, [o] direito de defesa, [o] direito ao recurso e [o] direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), e o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)’.

83. Aquela que se nos afigura a mais adequada abordagem da presente controvérsia, aconselhamos a examiná-la, em primeira linha, numa ótica jurídico-formal, que nos conduzirá a concluir – adiantamo-lo já – que o objeto do presente recurso não deverá ser conhecido pelo Tribunal Constitucional e, seguidamente, só por mera prudência e a título subsidiário, a apreciá-la nas suas possíveis dimensões substantivas.

84. Em primeiro lugar, sustentaremos e procuraremos demonstrar que o objeto do presente recurso, na formulação produzida pela recorrente, não constituiu “ratio decidendi” da decisão impugnada, a prolatada pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

85. Efetivamente, a recorrente definiu a norma objeto do recurso interposto para o Tribunal Constitucional, no requerimento de fls. 524 a 531, cuja inconstitucionalidade pretende ver fiscalizada, como a ‘prevista no artigo 85.º n.º 1 da LdC, tal como foi interpretada e aplicada no Acórdão do TRL no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo em circunstância alguma a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO’, formulação esta, ainda assim, recordemo-lo, distinta da invocada, nas alegações do recurso interposto junto do Tribunal da Relação de Lisboa, da decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nas quais delimitou tal objeto recursivo em termos distintos, a saber, imputando à própria decisão recorrida a violação do disposto nos artigos 13.º; 20.º, n.ºs 1 e 5; 32.º, n.º 10; 29.º, n.ºs 1, 3 e 4; e 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, ‘ao afirmar que, não se encontrando previstos meios de reação na LdC contra determinados atos que lesam direitos não poderia apelar-se aos meios de reação previstos em direito subsidiário’.

86. Acontece, isso sim, que a douta decisão impugnada, a prolatada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, não considerou, nem adotou como critério normativo da sua decisão, a interpretação



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

normativa configurada pela recorrente e que constitui o objeto do presente recurso.

87. Na verdade, o Tribunal da Relação de Lisboa não foi confrontado pela recorrente com a invocada interpretação normativa cuja inconstitucionalidade é suscitada nem a acolheu como critério normativo da sua decisão, tendo-se limitado, corretamente, a pronunciar-se sobre a concreta aplicação da lei ao caso 'sub judicio', cuja conformidade constitucional atestou.

88. Com efeito, o Tribunal da Relação de Lisboa apenas ponderou a admissibilidade legal de recurso incidente sobre decisões da Autoridade da Concorrência proferidas na fase administrativa do processo de contraordenação, não se tendo, obviamente, debruçado, genericamente, sobre quaisquer outras decisões ou atos suscetíveis de serem praticados no domínio daquela fase administrativa, pela Autoridade da Concorrência, pelo Ministério Público ou, inclusivamente, pelo juiz de instrução, sobre os quais os decisores 'a quo' não se pronunciaram.

89. Revela-se, conseqüentemente, incontestável que a interpretação normativa formulada pela recorrente e que constitui o objeto do presente recurso, não mereceu do douto tribunal 'a quo' – o Tribunal da Relação de Lisboa – qualquer consideração, não tendo consubstanciado "ratio decidendi" da dita decisão impugnada.

90. A aditar a esta constatação, não poderemos deixar de sublinhar a omissão de um outro pressuposto deste recurso, a saber, o da suscitação da questão em termos processualmente adequados, ao abrigo do prescrito no n.º 2, do artigo 72.º, da Lei do Tribunal Constitucional.

91. Ora, no caso vertente, conforme já tivemos ocasião de adiantar previamente, nunca a recorrente enunciou perante o tribunal "a quo", o Tribunal da Relação de Lisboa – como, aliás não formulara perante o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – a norma cuja constitucionalidade agora contesta, nunca o tendo confrontado com uma formulação normativa 'expressa, direta, clara e perceptível' (que, aliás, só foi explicitada no requerimento de interposição do recurso para o Tribunal Constitucional) que o obrigasse a pronunciar-se sobre a sua conformidade com a Constituição.

92. Nestes termos, e com base na, igualmente verificada, falta de suscitação da questão de constitucionalidade em termos processualmente adequados, também não deverá o Tribunal Constitucional conhecer do objeto do presente recurso.

93. Sintetizando, quer por se verificar que o objeto do presente recurso não coincide com a 'ratio decidendi' da decisão recorrida, quer por se apurar a falta de suscitação da questão de constitucionalidade em termos processualmente adequados perante a instância recorrida, não deverá o Tribunal Constitucional conhecer do objeto do presente recurso.

94. Sem prejuízo do acabado de explanar e inferir, não deixaremos de adicionar, apesar de desnecessárias, algumas breves considerações sobre a dimensão substantiva da temática aportada pela recorrente.

95. Conforme pudemos observar anteriormente, a recorrente imputa à interpretação normativa impugnada, supostamente apropriada pelo tribunal "a quo", a desconformidade constitucional resultante da violação de distintos parâmetros, mais especificamente, "o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito ao recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos", para além do "direito a um processo equitativo", contidos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5; 32.º, n.º 10; 29.º, n.ºs 1, 3 e 4; e 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa.

96. Ora, de entre os parâmetros de constitucionalidade invocados, alguns não se revelam, em



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nosso entender, minimamente pertinentes e, conseqüentemente, deverão ser liminarmente afastados de qualquer abordagem congruente.

97. Assim, a consideração dos princípios insitos nos números 1, 3 e 4 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, subordinado à epígrafe 'Aplicação da lei criminal', afigura-se-nos totalmente desadequada, por inaplicável à boa decisão do litígio vertente.

98. Dito isto, também a violação do alegado 'direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos', invocado pela recorrente, acaba por se revelar incongruente com o teor da norma impugnada e, simultaneamente, com o conteúdo do efetivamente decidido pelo douto tribunal 'a quo'.

99. Isto é, pese embora o equívoco que foi estabelecido entre, por um lado, reações procedimentais e processuais a decisões ou a meros atos executórios ou materiais e, por outro lado, entre decisões tomadas pela Autoridade da Concorrência e decisões tomadas pelo Ministério Público no âmbito da fase administrativa do processo de contraordenação, revela-se incontestável que a decisão impugnada reconhece distintos meios de reação processual às decisões e aos atos suscetíveis de lesarem direitos ou interesses legalmente protegidos, admitindo o recurso, a reclamação hierárquica, a mera reclamação para o órgão autor do ato ou a via da ação, de acordo com a lei e com os princípios da concordância prática e da adequação formal.

100. Esta simples constatação remete-nos, contudo, de imediato, para a consideração da invocada violação do direito ao recurso que, em sede de processo contraordenacional, não pode deixar de ser conjugado com o direito de defesa, atento o teor do prescrito no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa.

101. Com efeito, conforme resulta, inequivocamente, do disposto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa, o Texto Fundamental, por contraposição às garantias concedidas aos arguidos em processo criminal, o legislador constitucional apenas reconhece aos arguidos em processos contraordenacionais, bem como em quaisquer outros processos sancionatórios, mais modestamente, 'os direitos de audiência e defesa'.

102. Face ao exposto, devemos concluir, sem mais, que o disposto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa, que consagra 'os direitos de audiência e defesa', não prevê nem garante, expressamente, o direito ao recurso, não se revelando aplicável, 'per se', ao caso 'sub iudicio', razão pela qual nos resta indagar sobre a relevância, enquanto parâmetros de constitucionalidade, do princípio do direito de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva, na sua dimensão de direito geral à impugnação consagrado no artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição, e, bem assim, na que, especificamente, respeita às decisões administrativas, plasmado no artigo 268.º, n.º 4, do Texto Fundamental.

103. Ora, no caso que ora nos ocupa, o tribunal 'a quo' — e por aqui nos apercebemos, uma vez mais, que o alvo da intervenção da recorrente não é uma interpretação normativa mas a própria decisão judicial em si mesma considerada — não inviabilizou o acesso da arguida ao processo nem à defesa jurisdicional dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, tendo-se limitado a proteger o interesse público na realização da justiça, na promoção de uma saudável vida económica e na defesa da concorrência, evitando que a impugnante fizesse incidir a sua intervenção sobre atos materiais sem autonomia adjetiva quando tinha à sua disposição instrumentos processuais adequados e suscetíveis de agirem eficazmente sobre as decisões autorizativas dos mencionados atos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

104. *A norma legal contida no n.º 1, do artigo 85.º, da Lei da Concorrência, não impede os arguidos de impugnarem decisões prolatadas ou atos praticados na fase administrativa do processo de contraordenação que não sejam da autoria da Autoridade da Concorrência.*

105. *Mais do que isto, adite-se, não são apenas as decisões da Autoridade da Concorrência, na fase administrativa do processo de contraordenação, que são suscetíveis de recurso, uma vez que, conforme já afirmámos, também as decisões judiciais prolatadas ao abrigo do disposto no artigo 19.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, entre outras, se mostram suscetíveis de, na fase administrativa, serem sujeitas a recurso.*

106. *Ou seja, nem a norma legal contestada nem a decisão judicial impugnada, violam o disposto nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5; e 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, não ofendendo, por qualquer forma o direito de acesso ao direito e a um processo equitativo, ainda que em sede de jurisdição administrativa.*

107. *Isto é, também no que toca aos princípios constitucionais do direito de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva, ainda que em sede de jurisdição administrativa, não se confirma que os mesmos sejam ofendidos pela interpretação normativa do disposto no n.º 1, do artigo 85.º, da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, acolhida pelo Tribunal da Relação de Lisboa como fundamento da douta decisão recorrida.*

108. *Em face do exposto, e nesta parte, deverá o Tribunal Constitucional decidir, em nossa opinião, não julgar inconstitucional a interpretação normativa do disposto no n.º 1, do artigo 85.º, da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, nos termos em que foi aplicada pelo Tribunal da Relação de Lisboa na douta decisão recorrida.*

109. *Por tudo o que ficou explanado, deverá o Tribunal Constitucional decidir não tomar conhecimento do objeto do presente recurso ou, caso assim não o entenda, não julgar inconstitucional a interpretação normativa do disposto no n.º 1, do artigo 85.º, da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, nos termos em que foi aplicada pelo Tribunal da Relação de Lisboa na douta decisão recorrida e, consequentemente, negar provimento ao presente recurso.*

Nestes termos, entende o Ministério Público, aqui recorrido, que, não conhecendo do objeto do recurso ou, caso assim não o entenda, negando provimento ao presente recurso, fará o Tribunal Constitucional a costumada Justiça.

[...]” (sublinhados acrescentados).

1.2.6. Notificada para, querendo, se pronunciar sobre a questão prévia da não admissibilidade do recurso, a recorrente veio dizer o seguinte:

“[...]

MEO – Comunicações e Multimédia, S. A. (‘MEO’), recorrente nos autos acima referendados, tendo sido notificada do despacho proferido pelo Venerando Juiz Conselheiro Relator de fls. 752 para, no prazo de 15 (quinze) dias, se pronunciar quanto à questão prévia de inadmissibilidade suscitada nas contra-alegações do Ministério Público, vem, em cumprimento e no uso do prazo que lhe foi concedido, exercer o seu contraditório, o que faz nos termos seguintes:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. A questão prévia suscitada nas contra-alegações do Ministério Público

1. A MEO interpôs recurso para o Tribunal Constitucional quanto ao Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de novembro de 2019 (“Acórdão Recorrido”).

2. Esse Acórdão versou sobre recurso da MEO quanto ao despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”) que rejeitou o recurso interposto pela Recorrente, ao abrigo do artigo 55.º do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (“RGCO”), ex vi do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“LdC”), quanto a medida da autoridade administrativa – o exame levado a cabo pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) durante diligência de busca e apreensão realizada nas instalações da MEO – que, nos termos em que foi executada, colide com direitos e interesses legalmente protegidos da MEO.

3. No seu recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, a MEO sustentou que:

67.º

Em face do exposto, a interpretação e aplicação do artigo 85.º n.º 1 da LdC feita pelo Tribunal a quo no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo são suscetíveis de recurso, não se admitindo a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, por via do artigo 13.º da LdC, não está correta,

68.º

e viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito ao recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º n.ºs 1 e 5, 32.º n.º 10, 29.º n.ºs 1, 3 e 4 e 268.º n.º 4 da CRP, para além de violar o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo, nessa medida, inconstitucional.

69.º

O artigo 85.º n.º 1 da LdC deve ser, por via do disposto no artigo 13.º da LdC, interpretado e conjugado com o artigo 55.º do RGCO, no sentido de, em processo contraordenacional em matéria de direito da concorrência, serem recorríveis para o TCRS atos decisórios da AdC e também atos e medidas da autoridade que, não tendo conteúdo decisório, afetem direitos e interesses legalmente protegidos.

4. No Acórdão Recorrido, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu, quanto a esta matéria, que:

“Estando nós perante um caso de recurso de uma decisão interlocutória, o normativo a ter em conta será o art.º 85.º já citado.

E relativamente a este, diga-se, desde já, que se subscreve por inteiro a posição do Tribunal “a quo” e da requerida (AdC) que o art.º 85.º não deixa margem para a aplicação do art.º 55.º do RGCO, conforme pretende a recorrente.

A anterior LdC, estabelecia no n.º 2 do art.º 50.º a possibilidade de aplicação do art. 55.º, n.º 2, remetendo expressamente para este preceito no que se refere às decisões interlocutórias.

Ora, a atual LdC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias no art.º 85.º, deixando de fazer referência à aplicação do RGCO, não deixando por isso possibilidade de aplicação do art.º 55.º deste último diploma.

E não se diga que existe a possibilidade de aplicação subsidiária do RGCO por força do disposto no arts. 83.º da LdC.



· TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

É que como é óbvio, a aplicação subsidiária do RGCO, no caso em apreço em matéria recursiva encontra-se prevista expressamente para a interposição, tramitação e julgamento dos recursos previstos, expressamente, na Lei da Concorrência, e que não incluirá o recurso agora pretendido.

(...)

É que conforme se afere do art.º 84.º da LdC, são recorríveis as decisões proferidas pela AdC e cuja irrecorribilidade não esteja prevista naquele diploma, dispondo o arts 85º do mesmo diploma que são recorríveis igualmente as decisões interlocutórias proferidas por aquela autoridade administrativa.

Ora no caso em apreço, não estamos perante decisões da AdC, mas sim de atos praticados por esta durante uma busca que a recorrente considerou lesivos dos seus interesses".

5. Em face deste entendimento, e da interpretação do artigo 85.º da LdC, no sentido de que a norma nele contida "não deixa margem para a aplicação do artigo 55.º do RGCO", a MEO interpôs recurso para o Tribunal Constitucional quanto a este Acórdão, para que seja declarada a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 85.º, n.º 1, da LdC, nos termos em que a mesma foi aplicada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão Recorrido.

6. Para tanto, pediu a MEO a este Alto Tribunal que declare inconstitucional a "norma prevista no artigo 85.º da LdC no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo recurso de outros atos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos, nomeadamente por via da aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO".

7. Nas suas duntas contra-alegações, o Ministério Público vem suscitar a questão prévia da inadmissibilidade do presente recurso, já após a admissão do mesmo, nos termos do disposto no artigo 78.º-A, n.º 5, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (que aprova a Lei do Tribunal Constitucional, doravante "LTC"), invocando a preterição de dois pressupostos de admissibilidade do recurso interposto pela MEO:

(i) a circunstância de a norma cuja apreciação a MEO trouxe ao Tribunal Constitucional não constituir *ratio decidendi* do Acórdão Recorrido, em preterição do disposto no artigo 70.º n.º 1 alínea b) da LTC (cfr. ponto 31 das contra-alegações); e isto porque

(ii) a MEO não teria, oportuna e tempestivamente, suscitado a questão de inconstitucionalidade junto do Tribunal da Relação de Lisboa, em violação do disposto no artigo 72.º n.º 2 da LTC.

8. A MEO não pode concordar com a posição do Ministério Público nas suas contra-alegações, estando convicta de que o recurso interposto para esse Alto Tribunal, já admitido preliminarmente pelo Venerando Conselheiro Relator, cumpre todas as formalidades e todos os pressupostos processuais legais previstos na LTC.

Vejamos porquê.

II. A *ratio decidendi* do acórdão recorrido

9. Em primeiro lugar, a MEO pretende sublinhar que a questão suscitada pelo Ministério Público não é a de que a norma cuja inconstitucionalidade foi suscitada pela MEO falte natureza normativa. O preenchimento desse pressuposto é pacífico e aceite pelo Ministério Público (cf. Ponto 36 das suas contra-alegações).

10. O que questiona o Ministério Público é que tal norma tenha constituído o fundamento decisório do Acórdão Recorrido.

11. O preenchimento do pressuposto colocado em causa pelo Ministério Público prende-se com a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

necessidade de assegurar a utilidade do recurso para o Tribunal Constitucional.

12. De facto, o Tribunal Constitucional tem entendido que, para que o recurso de constitucionalidade tenha efeito útil, é necessário que se tenha verificado uma efetiva aplicação, pela decisão recorrida, da norma ou interpretação normativa cuja constitucionalidade é sindicada.

13. É necessário, pois, que esse critério normativo tenha suportado a ratio decidendi da decisão recorrida porquanto só assim se garante que um eventual juízo de inconstitucionalidade terá a virtualidade de se repercutir naquela, determinando a sua reformulação.

14. Ora, tal só deverá ocorrer quando se possa afirmar que a norma ou interpretação normativa objeto de recurso constitua, como escreve Carlos Lopes do Rego, "fundamento jurídico determinante da solução dada ao pleito pelo tribunal 'a quo'", independentemente de tal fundamento jurídico estar mais ou menos explícito na decisão.

15. Na verdade, como alerta o Autor, ao contrário do que parece vir defendido pelo Ministério Público (que também cita a obra do Autor), "O que importa decisivamente não são os termos literais ou verbais usados pela decisão recorrida – a expressa invocação, como fundamento jurídico decidido, dos preceitos legais que constituem 'fonte' da norma cuja inconstitucionalidade vinha questionada pelo recorrente – mas, numa 'visão substancial das coisas', que a solução de direito insita na decisão do pleito não possa, de um ponto de vista lógico-jurídico, ter deixado de passar pela consideração das normas ou sentidos normativos – isto é, dos regimes jurídicos – indicados pelo recorrente como padecendo da alegada inconstitucionalidade".

16. Deve, pois, na aferição da verificação deste pressuposto de recorribilidade, prevalecer uma apreciação da substância da ratio decidendi em que assenta a decisão recorrida em detrimento de uma verificação puramente formal do emprego (ou não) das exatas expressões literais ou verbais contidas na decisão do Tribunal a quo.

17. Ora, retomando, o objeto do recurso é apreciar a inconstitucionalidade da "norma prevista no artigo 85.º da LdC no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo recurso de outros atos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos, nomeadamente por via da aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO".

18. Esta norma foi, indubitavelmente, aplicada como ratio decidendi do Acórdão Recorrido, uma vez que foi esta interpretação que determinou a decisão do Tribunal a quo de negar provimento ao recurso, mantendo a decisão do TCRS de não admitir o recurso interposto pela MEO.

19. Desde logo, vem cristalinamente plasmada no Acórdão Recorrido a opção do Tribunal da Relação de Lisboa pela aplicação do disposto no artigo 85.º da LdC, e pela necessária desaplicação do disposto no artigo 55.º do RGCO, com a consequente rejeição do recurso da MEO para o TCRS, conforme, aliás, o excerto do Acórdão Recorrido transcrito acima evidente.

20. Se dúvidas restassem a este respeito, todas se dissipariam perante os seguintes excertos do Acórdão Recorrido:

(i) "estando nós perante um caso de recurso de uma decisão interlocutória, o normativo a ter em conta será o art.º 85.º já citado";

(ii) "e relativamente a este diga-se desde já que se subscreve por inteiro a posição do Tribunal "a quo" e da requerida (AdC) que o art.º 85.º não deixa margem para a aplicação do art.º 55.º do RGCO (...)";



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(iii) "a atual LdC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias no art.º 85.º, deixando de fazer referência à aplicação do RGCO, não deixando por isso possibilidade de aplicação do art.º 55.º deste último diploma".

21. É, pois, evidente que a questão de constitucionalidade cuja apreciação se pretende obter desse Alto Tribunal constituiu ratio decidendi do Acórdão Recorrido, servindo de fundamento jurídico determinante da solução nela plasmada.

22. E nessa medida, não tem razão o Ministério Público nas suas contra-alegações ao sustentar que o recurso da MEO não preencheria o pressuposto insito na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, devendo, consequentemente, manter-se a decisão, já tomada, de admissão do recurso e ser apreciado o seu mérito.

III. A suscitação prévia da inconstitucionalidade pela MEO

23. Adicionalmente, conforme avançado supra, vem o Ministério Público sustentar ainda que a Recorrente não teria, oportuna e tempestivamente, suscitado a questão de inconstitucionalidade junto do Tribunal da Relação de Lisboa, em violação do disposto no artigo 72.º, n.º 2, da LTC.

24. Contudo, conforme melhor se verá infra, a inconstitucionalidade da interpretação normativa em crise, com o sentido acima referido, foi expressa, direta, clara e perfeitamente suscitada pela MEO no seu recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (vide pontos 67.º a 69.º das alegações e pontos 3 e 4 das conclusões).

25. Acresce que, independentemente dos motivos que subjazam a tal alegação – que, desde já, se afasta –, a verdade é que a MEO não só suscitou, de facto, a questão no recurso que interpôs para o Tribunal da Relação de Lisboa,

26. como aquele Tribunal veio incorporar no Acórdão Recorrido, como fundamento jurídico determinante da solução dada ao pleito, a interpretação normativa do disposto no artigo 85.º, n.º 1, da LdC em que assentava a questão de constitucionalidade que a Recorrente havia suscitado perante o próprio e que é objeto do recurso de constitucionalidade destes autos.

27. Mais, a este propósito, vem o Ministério Público afirmar que a questão suscitada perante o Tribunal a quo "não se consubstanciava numa norma ou interpretação normativa, mas, contrariamente, corporizava-se nos atos imputados a agentes da Autoridade da Concorrência que, no cumprimento de decisões do Ministério Público, teriam violado princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa".

28. Ora, não se alcança o argumento do Ministério Público.

29. É que, como acima já evidenciado, a questão de constitucionalidade, tal como formulada perante o Tribunal a quo e que não mereceu aqui qualquer revestimento normativo inovador, foi a seguinte:

67.º

Em face do exposto, a interpretação e aplicação do artigo 85.º n.º 1 da LdC feita pelo Tribunal a quo no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo são suscetíveis de recurso, não se admitindo a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, por via do artigo 13.º da LdC, não está correta,

68.º

e viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito ao recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º n.ºs 1 e 5, 32.º n.º 10, 29.º n.ºs 1, 3 e 4 e 268.º n.º 4 da CRP, para além de violar o direito a um



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo, nessa medida, inconstitucional.

69.º

O artigo 85.º n.º 1 da LdC deve ser, por via do disposto no artigo 13.º da LdC, interpretado e conjugado com o artigo 55.º do RGCO, no sentido de, em processo controordenacional em matéria de direito da concorrência, serem recorríveis para o TCRS atos decisórios da AdC e também atos e medidas da autoridade que, não tendo conteúdo decisório, afetem direitos e interesses legalmente protegidos.

30. De facto, não consegue a MEO compreender como pode tal questão de constitucionalidade ser entendida como corporizando-se em "atos imputados a agentes da Autoridade da Concorrência que, no cumprimento de decisões do Ministério Público, teriam violado princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa".

31. Com o devido respeito, a questão suscitada pela Recorrente, quer no recurso interposto junto do Tribunal a quo, quer no recurso interposto junto deste Alto Tribunal Constitucional, prende-se, no fundo, com uma concreta interpretação normativa do disposto no artigo 85.º, n.º 1, da LdC.

32. A única relação que se consegue estabelecer entre a questão de constitucionalidade em apreço e aquela afirmação do Ministério Público prende-se com circunstância de, subjacente àquela questão de constitucionalidade, estar a (ir)recorribilidade de atos e medidas da AdC que, não tendo conteúdo decisório, afetem direitos e interesses legalmente protegidos.

33. Naturalmente, tais atos e medidas administrativas serão, em princípio, imputáveis a agentes da Autoridade da Concorrência e, quando adotados no âmbito de diligências de busca e apreensão, serão atos e medidas adotados por aqueles no cumprimento de decisões do Ministério Público.

34. No entanto, o que se defende é que a interpretação e aplicação do artigo 85.º, n.º 1, da LdC feita pelo Tribunal a quo no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo são suscetíveis de recurso, não se admitindo a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, por via do artigo 13.º da LdC, não está correta,

35. e viola o princípio da tutela jurisdicional efetivo, o direito de defesa, o direito ao recurso e o direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP, para além de violar o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo, nessa medida, inconstitucional.

36. Como é bom de ver, tal questão de constitucionalidade não se corporiza, de modo algum, em qualquer ato concreto imputado a qualquer agente da AdC.

37. Por outro lado, o Ministério Público vem ainda avançar que a MEO teria reconfigurado a sua pretensão sob um novo revestimento normativo, pretendendo "beneficiar do acesso, não consagrado constitucionalmente, ao recurso de amparo".

38. Não é verdade.

39. De facto, conforme se poderá facilmente depreender, a redação da questão de constitucionalidade, tal como suscitada perante o Tribunal a quo, e a redação da mesma, tal como suscitada no recurso de constitucionalidade dos autos, não é totalmente coincidente.

40. De tal não resulta, porém, qualquer alteração do sentido, conteúdo nem do alcance da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

interpretação normativa sujeita a apreciação.

41. Salvo o devido respeito, não pode o Ministério Público servir-se de um mero aperfeiçoamento da escrita para vir alegar que a Recorrente deu um novo revestimento normativo à questão de constitucionalidade em crise com vista a beneficiar, ilegitimamente, do acesso ao chamado recurso de amparo,

42. quando é evidente que o sentido da interpretação normativa que se pretende ver apreciada é, absolutamente, coincidente.

43. De resto, basta atentar na redação de uma e de outra peça para rapidamente se alcançar que a questão de constitucionalidade suscitada é, na sua substância, a mesma.

44. Com efeito, há que concluir que, por um lado, o Tribunal da Relação de Lisboa foi, efetivamente, confrontado com a interpretação normativa cuja inconstitucionalidade vem suscitada pela Recorrente de forma expressa, direta, clara e perceptível e,

45. por outro lado, acolheu aquela interpretação normativa como critério normativo determinante da sua decisão.

46. Consequentemente, não tem razão o Ministério Público nas suas contra-alegações ao sustentar que o recurso da MEO não preencheria o pressuposto insito no n.º 2 do artigo 72.º da LTC, devendo, consequentemente, manter-se a decisão, já tomada, de admissão do recurso e ser apreciado o seu mérito.

Nestes termos e nos melhores de Direito, requer-se a V.ªs Ex.ªs se dignem julgar improcedente a questão prévia de inadmissibilidade suscitada nas contra-alegações do Ministério Público.

Mais se requer a V. Exas. se dignem conhecer do mérito do recurso de constitucionalidade interposto pela Recorrente nos autos e julgar inconstitucional a interpretação normativa objeto do mesmo.

[...]” (sublinhados acrescentados).

Relatado o desenvolvimento do processo até este Tribunal, cumpre apreciar e decidir o recurso.

II – Fundamentação

2. Coloca-se como questão prévia – assinalada nas contra-alegações da Autoridade da Concorrência e do Ministério Público – a admissibilidade do recurso. Importa, pois, conhecer da referida questão.

2.1. A Autoridade da Concorrência assinalou diversos obstáculos ao recurso relacionados com o ónus da prévia suscitação da questão de inconstitucionalidade, previsto no artigo 72.º, n.º 2, da LTC (ponto II. das contra-alegações). Também o Ministério Público



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

entendeu que “[...] *muito embora a recorrente tenha concebido e formulado, no recurso interposto perante o Tribunal Constitucional, um objeto de natureza normativa, é certo que a sua pretensão inicial, aquela que foi convocada perante o Tribunal da Relação de Lisboa, incidia exclusivamente sobre a própria decisão recorrida ‘per se’, à qual se imputava a inconstitucionalidade, e não sobre qualquer interpretação normativa supostamente inconstitucional [...]*”, pelo que, concluiu, “[...] *com base na, igualmente verificada, falta de suscitação da questão de constitucionalidade em termos processualmente adequados, também não deverá o Tribunal Constitucional conhecer do objeto do presente recurso*”.

Importa sublinhar, antes de mais, que sendo recorrido o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/11/2019, só releva, para os efeitos previstos no artigo 72.º, n.º 2, da LTC, a suscitação feita perante *este tribunal* (o tribunal recorrido) e não a que foi feita em momentos anteriores do processo.

Como se referiu anteriormente (cfr. item 1.1.1., *supra*), a questão de inconstitucionalidade foi assim suscitada pela recorrente perante o Tribunal da Relação de Lisboa:

“[...]”

67.º

Em face do exposto, a interpretação e aplicação do artigo 85.º, n.º 1, da LdC feita pelo Tribunal a quo, no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo são suscetíveis de recurso, não se admitindo a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO, por via do artigo 13.º da LdC, não está correta,

68.º

e viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa, o direito ao recurso eo direito a impugnar atos que lesem direitos e interesses legalmente protegidos, insitos nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 10, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP, para além de violar o direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo, nessa medida, inconstitucional.

[...]”

Ora, sendo certo que a recorrente visava, com o recurso, impugnar a *decisão* de não admissão do recurso pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (como é suposto que faça num recurso *ordinário*), o certo é que não pode deixar de se reconhecer no referido enunciado, de forma clara e precisa, um *critério normativo de decisão* – critério *heterónimo* para o juiz –, atinente ao universo de decisões recorríveis no âmbito regulado pela Lei da Concorrência.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Critério normativo enunciado que é apto a moldar um futuro recurso *incidental* de fiscalização concreta da inconstitucionalidade. Numa palavra, a questão tem dimensão normativa.

Posteriormente, no recurso interposto para o Tribunal Constitucional (cfr. item 1.2., *supra*), a questão foi assim delimitada.

“[...]”

[A] norma prevista no artigo 85.º n.º 1 da LdC, [...] [interpretada] no sentido de que apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso, não se admitindo em circunstância alguma a aplicação subsidiária do artigo 55.º do RGCO.

[...]”

Não obstante uma ligeira variação formal no enunciado, está em causa a mesma questão normativa substancial que havia sido anteriormente assinalada pela recorrente: a delimitação do universo de decisões recorríveis na fase administrativa, por aplicação do critério previsto no artigo 85.º da Lei da Concorrência.

Verifica-se, pois, a condição de recorribilidade prevista no artigo 72.º, n.º 2, da LTC.

2.1.1. Entende, ainda, o Ministério Público que a norma em causa não corresponde à *ratio decidendi* da decisão recorrida, em suma, porquanto “[...] o Tribunal da Relação de Lisboa apenas ponderou a admissibilidade legal de recurso incidente sobre decisões da Autoridade da Concorrência proferidas na fase administrativa do processo de contraordenação, não se tendo, obviamente, debruçado, genericamente, sobre quaisquer outras decisões ou atos suscetíveis de serem praticados no domínio daquela fase administrativa, pela Autoridade da Concorrência, pelo Ministério Público ou, inclusivamente, pelo juiz de instrução, sobre os quais os decisores “a quo” não se pronunciaram”.

Esta observação do Ministério Público decorre de o enunciado da recorrente poder ser lido com dois sentidos ligeiramente diferentes:

A expressão “[...] apenas os atos decisórios adotados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso [...]” presta-se a duas leituras, podendo, assim, significar que:

– apenas os atos decisórios adotados pela Autoridade da Concorrência (de entre todos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

os atos praticados pela Autoridade da Concorrência) na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso; ou

– apenas os atos decisórios adotados pela Autoridade da Concorrência (de entre todos os atos praticados pela Autoridade da Concorrência ou qualquer outra entidade, incluindo juiz e Ministério Público) na fase administrativa do processo de contraordenação são suscetíveis de recurso.

O Ministério Público leu a afirmação no segundo sentido – que, efetivamente, *não corresponde* ao fundamento da decisão proferida pelo Tribunal da Relação.

No entanto, a leitura da referida expressão *no contexto* das alegações e do requerimento de interposição do recurso torna claro que a recorrente pretendeu usar o primeiro sentido.

Sentido esse que *corresponde* aos fundamentos adotados pelo Tribunal da Relação de Lisboa (“[...] *ao contrário do que a recorrente alega, existem assim meios de controle que permitem assegurar plenamente direitos fundamentais de particulares, e o respeito pelos direitos fundamentais preteridos com atos não decisórios [...]*”; “[é] *que conforme se afere do artigo 84.º da LdC. são recorríveis as decisões proferidas pela AdC e cuja irrecorribilidade não esteja prevista naquele diploma, dispondo o artigo 85.º do mesmo diploma que são recorríveis igualmente as decisões interlocutórias proferidas por aquela autoridade administrativa. Ora no caso em apreço, não estamos perante decisões da AdC, mas sim de atos praticados por esta durante uma busca que a recorrente considerou lesivos dos seus interesses [...]*”; “[...] *assim sendo, querendo sindicar a forma de execução desses atos deveria a recorrente arguir a respetiva nulidade perante a AdC e então recorrer diretamente dessa decisão. E desta forma que se pode sindicat na fase administrativa a forma como se executou um mandado. Não o tendo feito no caso em apreço, não é de admitir o recurso sobre os atos de execução mencionados [...]*”).

Não sabemos, é certo, se, na hipótese de procedência do recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa proferiria decisão diversa (de revogação da decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que não admitiu o recurso) ou manteria a decisão com outro fundamento. Seria questão para o tribunal recorrido apreciar, reformulando a decisão sem a norma afastada, num hipotético cenário de procedência do recurso. Mas é certo que se comprometeu com o referido critério, que este foi relevante para a sua decisão e que não se prefigura, com clareza, um outro critério alternativo que igualmente suportasse o sentido decisório.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em suma, a norma enunciada pela recorrente corresponde à *ratio decidendi* adotada na decisão recorrida, pelo que não se prefigura, por essa via, a inutilidade do recurso.

2.1.2. De todo o modo, tendo em vista eliminar eventual dúvida sobre o sentido normativo questionado, entende-se adequado proceder a um ajustamento meramente formal do enunciado da recorrente, que não afeta o respetivo conteúdo substancial, delimitando o recurso por referência à norma contida no artigo 85.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, interpretado no sentido em que, de entre os atos praticados pela Autoridade da Concorrência na fase administrativa do processo de contraordenação, só são suscetíveis de recurso aqueles que tiverem natureza decisória, não havendo lugar à aplicação subsidiária da norma contida no artigo 55.º do Regime Geral das Contraordenações.

2.2. Importa começar por enquadrar, em termos gerais, o âmbito da tutela jurídico-constitucional do arguido em sede de processo contraordenacional.

Pode ler-se, sobre esta matéria, no Acórdão n.º 141/2019:

“[...]”

[O] «direito de recurso» consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição não pode ser diretamente aplicado aos processos contraordenacionais, na medida em que este parâmetro, conforme tem sido entendido pela jurisprudência constitucional, respeita ao processo criminal, não havendo, assim, uma imposição constitucional ao legislador ordinário de equiparação de garantias no âmbito do processo criminal e do contraordenacional.

Para além disso, não pode equiparar-se o recurso da decisão de uma instância judicial para um tribunal hierarquicamente superior no âmbito de um processo criminal interposto pelo arguido ou no interesse deste à impugnação de uma decisão administrativa de aplicação de uma sanção no âmbito de um processo contraordenacional para um tribunal. Não se ignorando a querela doutrinária existente em torno da natureza do processo contraordenacional, cujas características híbridas – integrando uma fase administrativa, que concentra inquérito e julgamento a que se segue e uma fase judicial que conjuga elementos de impugnação e de recurso – dificilmente se ajustam a qualificações dogmáticas rígidas, certo é que na impugnação da decisão administrativa não está em causa um verdadeiro exercício de um direito fundamental ao recurso jurisdicional, tal como protegido pelo artigo 32.º, n.º 1, da Constituição.

Nessa medida, o alegado «direito de recurso» que a recorrente considera ter sido violado não pode ser aferido à luz do disposto no invocado n.º 1 do artigo 32.º da Constituição – porque não se está num «processo criminal» e porque não se pretende impugnar uma decisão jurisdicional.

16. O enquadramento constitucional aplicável ao processo contraordenacional é, assim, distinto. No seu âmbito, as garantias processuais do arguido são constitucionalmente previstas no n.º 10



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

do artigo 32.º, que dispõe que «nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa» (preceito introduzido pela Revisão Constitucional de 1989, como n.º 8 do mesmo artigo). Tal norma determina ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade (cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 363). É esse o alcance da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão constitucional de 1997, uma proposta no sentido de se consagrar o asseguramento ao arguido, «nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios», de «todas as garantias do processo criminal» (artigo 32.º B do Projeto de Revisão Constitucional n.º 4/VII, do PCP; cf. o correspondente debate no Diário da Assembleia da República, II Série RC, n.º 20, de 12 de setembro de 1996, pp. 541-544, e I Série, n.º 95, de 17 de julho de 1997, pp. 3412 e 3466).

Para além de gozar do referido direito de defesa constitucionalmente previsto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, como tem sido sublinhado na jurisprudência do Tribunal Constitucional em processo de contraordenação, o arguido goza também do direito de acesso à tutela jurisdicional, genericamente consagrado no artigo 20.º da Constituição, com o consequente direito de impugnar judicialmente a decisão administrativa sancionatória (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 659/2006, ponto 2.2., 45/2008, ponto 2.2., 135/2009, pontos 7. e 8.4., 299/2013, ponto 5., e 373/2015, ponto 2.). Com efeito, como o processo contraordenacional corre diante de entidade administrativa – i.e. fora da hierarquia jurisdicional –, o direito a impugnar uma decisão sancionatória nele proferida adquire uma relevância só compreendida dentro da tutela jurisdicional efetiva, e mais especificamente na garantia da impugnação dos atos administrativos sancionatórios perante os tribunais, consagrada no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição.

É nesse contexto, de garantia do direito de defesa previsto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, e do direito de acesso à tutela jurisdicional, designadamente contra atos administrativos lesivos, consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da Constituição, que deve ser analisada a conformidade constitucional de dado processo contraordenacional. [...]" (sublinhados acrescentados).

Os fundamentos acabados de transcrever – que traduzem entendimento estabilizado na jurisprudência do Tribunal – bastam para concluir que não está em causa uma posição do arguido tutelada pelo artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, visto que não se questiona o direito de audiência, nem o direito de defesa.

A questão da recorribilidade em processo contraordenacional pode, no entanto, ser perspetivada à luz das garantias do artigo 20.º da Constituição. Relativamente a este outro parâmetro pode, ainda, ler-se o seguinte no já citado Acórdão n.º 141/2019:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“[...]”

17. O artigo 20.º da Constituição garante a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos (n.º 1), impondo ainda que, para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegure aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (n.º 5). Ao assegurar o «acesso aos tribunais, para defesa dos seus direitos», a primeira parte do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição consagra a garantia fundamental que se traduz em confiar a tutela dos direitos individuais àqueles órgãos de soberania a quem compete administrar a justiça em nome do povo (artigo 205.º). No domínio da ação administrativa, onde se insere o Direito Contraordenacional, a Constituição garante aos administrados o direito à tutela jurisdicional efetiva para defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, «a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma», no artigo 268.º, n.º 4.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva implica a garantia de uma proteção jurisdicional eficaz ou de uma tutela judicial efetiva, cujo âmbito normativo abrange nomeadamente: (a) o direito de ação, no sentido do direito subjetivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional; (b) o direito ao processo, traduzido na abertura de um processo após a apresentação daquela pretensão, com o conseqüente dever de o órgão jurisdicional sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada; (c) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, no sentido de a decisão haver de ser proferida dentro dos prazos preestabelecidos, ou, no caso de estes não estarem fixados na lei, dentro de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade da causa; (d) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariiedade, no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas.

Contudo, tem sido também entendimento reiterado do Tribunal Constitucional que, embora esteja vinculado a criar meios jurisdicionais de tutela efetiva dos direitos e interesses ofendidos dos cidadãos, «o legislador não deixa de ser livre de os conformar, não sendo de todo o modo obrigado a prever meios iguais para situações diversas, considerando ainda que a identidade ou diversidade das situações em presença há de resultar de uma perspetiva global que tenha em conta a multiplicidade de interesses em causa, alguns deles conflitantes entre si» (cfr. Acórdão n.º 63/2003, 1.ª Secção, ponto 6). No que diz respeito especificamente às vinculações resultantes do artigo 268.º, n.º 4, no Acórdão n.º 329/2013, 3.ª Secção, ponto 7, o Tribunal Constitucional refere que, «embora subordinado a um imperativo de efetividade, na vertente da garantia que agora está em consideração – a impugnação de quaisquer atos administrativos que os (aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados) lesem –, o que decorre do n.º 4 do artigo 268.º da Constituição é o dever de conformar o processo impugnatório de tal modo que seja idóneo a apreciar a pretensão de invalidade (ou de inexistência jurídica) incidente sobre as decisões dos órgãos da Administração (ou dotados de poderes materialmente administrativos) que, ao abrigo de normas de direito público, visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta».

[...]” (sublinhados acrescentados).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Neste domínio, é ampla a liberdade do legislador, como dá conta o Acórdão n.º 674/2016:

“[...]”

14. Existe uma ampla margem de que o legislador dispõe na modelação do regime de acesso à jurisdição, designadamente no domínio da impugnação contenciosa de atos administrativos sancionatórios (cfr. os Acórdãos n.º 595/2012, ponto 6, e n.º 373/2015, ponto 2 da Fundamentação). Como o Tribunal tem reiteradamente sublinhado “(...) o legislador dispõe de ampla margem de conformação no que respeita à modelação do regime de acesso à via jurisdicional, podendo disciplinar o modo como se processa esse acesso, nomeadamente em via de recurso-impugnação, posto que não crie obstáculos ou condicionamentos substanciais” (Acórdão n.º 373/2015, ponto 2 da Fundamentação).

A opção do legislador no que respeita à forma de impugnação das decisões de carácter sancionatório aplicadas em processo de contraordenação por entidades administrativas foi no sentido de consagrar uma via processual de plena jurisdição. Como já foi referido, apesar da designação legal, não se trata de um recurso propriamente dito, antes de um processo judicial de impugnação de decisões administrativas sancionatórias. Conforme delineado no Regime Geral das Contraordenações, o processo contraordenacional tem uma fase administrativa seguindo-se, no caso de impugnação da decisão nela aplicada, uma fase jurisdicional em que o arguido dispõe da possibilidade de sindicar a legalidade da decisão. Esta impugnação dá lugar a um processo de natureza jurisdicional, em que o tribunal não se limita a apreciar a decisão, mas todo o processado nos autos, valorando em conjunto toda a prova produzida, quer a já produzida na fase administrativa, quer a realizada na fase jurisdicional. Ao apreciar a impugnação da decisão administrativa o tribunal não está vinculado à qualificação por esta efetuada quer no que respeita aos factos (com base nas provas que são apresentadas no âmbito do recurso), quer no que respeita à matéria de direito (qualificação jurídica dos factos e sanções aplicadas). Desta forma, a impugnação, “se respeitados os requisitos de forma e tempo [elimina] o carácter definitivo (hoc sensu, materialmente definidor da situação do particular) da decisão administrativa, porque a apresentação dos autos ao juiz vale como acusação, assim se convertendo em judicial o poder de aplicação da sanção” (Acórdão n.º 595/2012, ponto 4).

A impugnação da decisão administrativa nos moldes enunciados configura, assim, o meio de acesso à jurisdição.

[...]” (sublinhados acrescentados).

2.3. Resulta da jurisprudência citada que a garantia constitucional do recurso em matéria contraordenacional é dirigida em primeira linha à decisão administrativa condenatória, sem prejuízo da necessidade de entender em termos amplos o âmbito do controlo jurisdicional sobre a fase administrativa, que obrigará a conhecer, também, de decisões interlocutórias.

Em bom rigor, a recorrente não põe em causa esta arquitetura fundamental, visto que os



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

seus argumentos não dizem respeito aos termos dos recursos de decisões da autoridade administrativa. O que a recorrente procura afirmar é que, para observar todas as garantias que a lei fundamental prevê para o arguido em processo de contraordenação, não basta recorrer de decisões, sendo necessário “recorrer” (adiante revisitaremos o conceito de recurso) diretamente de certos atos não decisórios da autoridade administrativa para o tribunal.

Vejamos, pois, em detalhe, as principais razões que apresenta para suportar essa conclusão:

“[...]”

4. Na verdade, por ocasião da referida diligência, os funcionários da AdC leram e examinaram detalhadamente, tirando notas em cadernos próprios:

(i) mensagens de correio eletrónico;

(ii) mensagens de correio eletrónico enviadas por e recebidas de advogados da empresa; e

(iii) mensagens de correio eletrónico cujo teor não tinha qualquer conexão com a matéria objeto do mandado.

5. Durante a diligência tornou-se evidente que o exame feito pelos funcionários da AdC das mensagens referidas em (ii) e (iii) supra não era inadvertido, mas deliberado.

6. Procurando evitar que a lesão dos seus direitos e interesses prosseguisse, a MEO reagiu contra (i) o exame e a visualização de correio eletrónico, (ii) o exame e a visualização de elementos protegidos por sigilo profissional de advogado e (iii) o exame e a visualização de correio eletrónico sem conexão com os factos sob investigação e, como tal, sem que a AdC dispusesse de autorização da autoridade judiciária para o efeito.

7. Fê-lo mediante a apresentação de requerimentos: (i) junto da AdC, em 29.11.2018 e 12.12.2018, (ii) junto do Ministério Público (quer perante o procurador que emitiu o mandado em causa, quer perante o respetivo superior hierárquico), em 12.12.2018 e (iii) junto do juiz de instrução criminal, também em 12.12.2018.

8. e, bem assim, (iv) pela interposição de recurso dessas medidas para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), em 12.12.2018, o qual deu origem ao processo objeto dos presentes autos de recurso.

9. O recurso tem assim, como objeto uma medida da autoridade administrativa – o exame levado a cabo pela AdC durante a diligência – que, nos termos em que foi executada, colide com direitos e interesses legalmente protegidos da MEO.

[...]”

23. Com efeito, interpretar e aplicar a norma contida no artigo 85.º da LdC, no sentido de limitar o direito à impugnação imediata de atos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos aos atos de conteúdo decisório, tem como consequência a impossibilidade de reação, em particular por via de impugnação judicial, quanto a um conjunto de atos e medidas de autoridades administrativas em processo contraordenacional que contendam, de modo irreparável, com direitos e interesses legalmente protegidos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24. In casu, a dita interpretação retira ao particular a possibilidade de impugnar e reagir imediatamente contra atos de uma autoridade administrativa que atentam contra direitos fundamentais, em particular o direito ao sigilo da correspondência, o direito à reserva da vida privada e ao direito de defesa subjacente ao sigilo de correspondência trocada com advogado, com base nos quais a autoridade poderá abrir e instruir processos de contraordenação contra esse particular.

[...]

35. De facto, e como resulta do enquadramento inicial, a medida administrativa em causa, levada a cabo pela AdC, violou, de forma grave e deliberada, o direito ao sigilo da correspondência, o direito à reserva da vida privada, e o direito de defesa subjacente ao sigilo profissional e à relação entre advogado e cliente.

36. Tudo isto quando, em sede de processo penal, se apela, p. ex. (i) à nulidade da prova obtida mediante intromissão da vida privada, no domicílio ou na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular (v. artigo 126.º n.º 3 do Código de Processo Penal – ‘CPP’); (ii) à verificação de um conjunto de pressupostos e formalidades para se proceder a revista ou busca (v. artigos 174.º e ss. do CPP); e (iii) à proteção e salvaguarda do segredo profissional (v. artigo 182.º do CPP) (entre outros direitos e salvaguardas que se acumulam).

37. Quase parece que os ilícitos com menor relevância social consentem maiores restrições aos mesmos direitos, liberdades e garantias.

38. Assim, à AdC – talvez por via de uma aparente autonomia da sua LdC – não parecem ser aplicáveis quaisquer limites ou restrições, permitindo-se que aquela autoridade lance mão de medidas administrativas – em manifesta violação de direitos fundamentais da Recorrente –, que, segundo o TRL, nem sequer poderiam ser judicialmente impugnadas.

[...]

50. Uma outra leitura faria com que o visado por atos lesivos de direitos fundamentais não tivesse forma de sobre os mesmos reagir, sendo posto em causa, de um modo inaceitável em Estado de Direito, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, em clara violação das normas constantes do artigo 20.º n.ºs 1 e 5 da CRP e 6.º da CEDH.

51. E é exatamente a leitura do TRL, na medida em que admite uma restrição infundada da possibilidade de recurso e de tutela sobre determinados atos lesivos, que se encontra o cerne da questão de constitucionalidade com que ora nos debatemos.

[...]

53. O preceito em análise reclama o acesso aos tribunais em tempo útil e, em sentido mais lato, uma tutela efetiva para os direitos e interesses legalmente protegidos.

54. Fá-lo sem qualquer restrição – exceção feita àquelas que se encontrem ao abrigo do disposto no artigo 18.º n.ºs 2 e 3 da CRP, preceito que não só não foi invocado pelo TRL, como não terá aqui aplicabilidade – como a que ora está a ser imposta à Recorrente.

55. Conforme resulta do preceito em análise, a lei, e, concretamente a CRP, impõe a existência de uma resposta do regime à violação de direitos fundamentais, não podendo o sistema ser conivente com a possibilidade de as autoridades (administrativas ou judiciais) praticarem atos ou tomarem medidas sem que as mesmas possam ser, pelo menos uma vez (à luz daquelas que são as restrições ao princípio do duplo grau de jurisdição), sindicadas (excluindo, obviamente,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

atos/medidas de expediente e outros para cuja lei reconhecidamente não admite a possibilidade de recurso).

[...]

58. No mesmo sentido, isto é, de consciência da necessidade de acautelar uma tutela efetiva de direitos e interesses legalmente protegidos, lê-se no artigo 6.º n.º 1 da CEDH: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...)."

59. o que constitui, também aí, uma consagração do direito de acesso a um tribunal e, lato sensu, uma tutela jurisdicional efetiva.

[...]

64. E esse mecanismo de salvaguarda de direitos é, no caso, a possibilidade da visada por um ato da autoridade administrativa que lese os seus direitos e interesses legalmente protegidos, poder recorrer, diretamente, dessa mesma medida, in casu, para o TCRS.

[...]

71. Ora as medidas de exame de que a MEO recorreu são imediatamente lesivas de direitos e interesses:

a. MEO recorreu da medida de exame de correspondência eletrónica, por violação do direito ao sigilo das comunicações, constitucionalmente consagrado no artigo 34.º n.º 4 da CRP, porquanto considera que não pode esse direito ser restringido em processo de natureza contraordenacional e, mesmo que pudesse, apenas o poderia ser mediante autorização judicial (e não do Ministério Público);

b. a MEO recorreu também da medida de exame de elementos protegidos por sigilo profissional de advogado, em particular de correspondência recebida e trocada com advogados da MEO, realizada depois de ter sido invocado o sigilo profissional por escrito, depois de a MEO ter fornecido uma lista com os endereços dos seus advogados e depois de a MEO ter, através dos seus representantes, reiterado a impossibilidade de leitura e análise de mensagens protegidas, cada vez que estas eram abertas pelos inspetores durante as buscas;

c. a MEO recorreu ainda da medida de exame de elementos sem conexão (material e temporal) com os factos que estavam em investigação e que fundamentaram a decisão que autorizou a busca e o mandado subsequentemente emitido, por se tratar de uma ingerência nas suas instalações conduzida de forma arbitrária, não fundamentada e não autorizada por parte de uma autoridade administrativa (cf. artigo 18.º n.º 3 da LdC), deliberadamente conduzida com o intuito de encontrar algum facto indiciador de uma qualquer possível infração às regras de concorrência e alguma prova remotamente válida para a sustentar, contornando as regras aplicáveis a este tipo de meio de recolha de prova e em violação do seu direito de defesa (cf. artigo 32.º n.º 10 da CRP) e do seu direito à vida privada (cf. artigo 26.º da CRP).

72. Perante o reconhecimento deste tipo de situações, terá necessariamente de se apelar a um princípio e regra de recorribilidade de atos que interfiram com direitos materiais ou processuais autónomos, visando, assim, acrescentamos nós, a garantia plena de uma efetiva tutela judicial.

80. Na verdade, o ato de visualizar e examinar, ou seja, ler e perceber o conteúdo de documentos protegidos por sigilo (de correspondência ou de advogado) – independentemente de depois vir a decidir-se (ou não) pela apreensão desses elementos – viola, desde logo e imediatamente, esse mesmo sigilo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

81. permitindo o conhecimento do conteúdo protegido pelo leitor que não é destinatário ou remetente dessa correspondência e alargando o círculo limitado de pessoas que tomaram conhecimento do seu teor.

82. E não procure argumentar-se que a mera visualização desses elementos não contende com direitos fundamentais.

83. Pelo contrário, conformar-se com a possibilidade de tais elementos serem visualizados indiscriminadamente por uma autoridade com poderes de investigação e punição, e ainda que tais elementos não sejam apreendidos, significa permitir que o conhecimento desses elementos possa ser usado para evidenciar indícios de práticas putativamente ilegais, sob investigação ou não, para definir novas linhas de investigação, para instaurar diferentes processos contraordenacionais, com inegáveis consequências diretas e imediatas.

84. O conhecimento dos referidos elementos interfere necessariamente, ou comporta o risco de interferir, com o direito de defesa da Recorrente.

85. Ainda que a Recorrente tenha a oportunidade de juntar mais tarde todos os elementos necessários ao exercício do seu direito de defesa no processo em causa, tal não sana a lesão desse mesmo direito, ocorrida pelo conhecimento pela AdC de informações e elementos que, adicionalmente, nem sequer ficarão documentados no processo, não sendo rastreáveis.

86. Este problema coloca-se relativamente a documentos que a AdC se deve abster de conhecer, mal a sua natureza seja perfunctoriamente estabelecida, trate-se de documentos cobertos pelo sigilo profissional de advogado ou de documentos cuja visualização não foi autorizada por não serem relevantes para os factos em investigação.

87. Tudo se passa na realidade como se tratasse de uma busca não autorizada pela autoridade judiciária competente.

88. Assim colocada a questão, salvo melhor entendimento desse Tribunal, parece evidente que o exame de elementos não abrangidos pela autorização da busca contende, imediatamente e desde logo, com o direito à vida privada, insito no artigo 26.º da CRP.

[...]

95. Assim, e tendo em conta que (i) está em causa uma medida lesiva de direitos e interesses legalmente protegidos da visada pela busca/apreensão; (ii) essa medida extravasa o mero controlo de legalidade do mandado em si — o qual, como referido, foi sindicado autonomamente; e (iii) não existe norma expressa na LdC que admita a recorribilidade de tal medida,

96. é indiscutível a necessidade de aplicação subsidiária do disposto no artigo 55.º do RGCO por expressa remissão do artigo 83.º da LdC, desaplicando o artigo 85.º do mesmo diploma.

97. Outra interpretação que não esta levará a admitir-se que direitos e interesses legal e constitucionalmente protegidos fiquem desprovidos de toda e qualquer proteção apenas e só pela existência de uma lacuna que o sistema jurídico tem de colmatar.

[...]

100. Outra leitura permitiria que o sistema jurídico convivesse com uma brecha no direito de acesso aos tribunais e na tutela jurisdicional efetiva, sem qualquer respaldo na letra da lei e no espírito do legislador, como supra melhor descrito.

[...]” (sublinhados acrescentados).

Analisadas as razões da recorrente, é de concluir que esta não produziu argumentação



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

convincente no sentido de demonstrar em que medida carece de – e a Constituição lhe garante -- uma via de tutela que *acresça* às demais enunciadas (e das quais, aliás, fez uso).

2.3.1. Antes de mais, deve sublinhar-se que está em causa uma norma *processual* que rege sobre a *recorribilidade* das decisões. A sua conformidade à Constituição há de decorrer da compatibilidade com os artigos 20.º e 268.º, n.º 4. Mas já não são parâmetros relevantes para este juízo: (a) as normas constitucionais que regem os direitos alegadamente afetados (artigos 34.º e 26.º da Constituição), precisamente porque não está em causa saber que atos lesivos podem ou não ser praticados, mas apenas se certo meio de reação está ou não ao dispor da entidade visada; nem (b) o artigo 32.º, n.º 10 (pelas razões que já se deixaram expressas no item 2.2., *supra*); nem, manifestamente, (c) as regras sobre a aplicação da lei criminal previstas no artigo 29.º, porque a elas é alheia a questão da recorribilidade.

Dos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da Constituição decorrem, como vimos (item 2.2., *supra*; Acórdão n.º 141/2019), direitos de ação (no sentido de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional), ao processo (no sentido da abertura de um processo após a apresentação da pretensão, com o consequente dever de o órgão jurisdicional sobre ela se pronunciar), a uma decisão judicial sem dilações indevidas, a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade, no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas, e, por fim, a ver conformado o processo impugnatório “[...] de tal modo que seja idóneo a apreciar a pretensão de invalidade (ou de inexistência jurídica) incidente sobre às decisões dos órgãos da Administração (ou dotados de poderes materialmente administrativos) que, ao abrigo de normas de direito público, visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta [...]” (Acórdão n.º 329/2013).

Vejamos, pois, se pode estar em causa uma afetação relevante de qualquer das referidas garantias.

2.3.2. Importa notar que os recursos constituem, *pela sua natureza*, pedidos de reapreciação de decisões.

Quando referido a decisões dos tribunais, o recurso é um “[...] pedido de reponderação sobre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

certa decisão judicial, apresentada a um órgão judiciariamente superior ou por razões especiais que a lei permite fazer valer. O fim do recurso é a substituição da decisão impugnada por uma outra mais favorável ao recorrente” [João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, *Direito Processual Civil* (obra em preparação), §50.º, I., 1., 1.2., sublinhado acrescentado]. E, quando referido à impugnação de decisões administrativas, *também não prescinde do elemento decisório*, que o caracteriza.

Um ato, em si mesmo considerado, não pode ser *reapreciado*, embora possa ser apreciada, em decisões, a sua validade ou eficácia, podendo dessas decisões caber recurso.

Coisa diversa é reagir diretamente, junto dos tribunais, perante determinado ato ou situação de facto, o que não constitui um *recurso*, mas sim, por regra, *um pedido de providência*, de que constituem exemplo os pedidos de providências cautelares, de intimações, na jurisdição administrativa, e de *habeas corpus* (é recorrentemente assinalado que este “[...] *na estrutura com a qual obteve consagração constitucional é um instituto a manter distinto dos recursos* [...]” – José Lobo Moutinho, anotação ao artigo 31.º da Constituição, *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição, Lisboa, 2017, p. 504; sobre a natureza do *habeas corpus*, em particular na relação com os recursos, com notas de direito comparado, designadamente face às ordens jurídicas norte-americana e brasileira, cfr. o Acórdão n.º 64/2005, em particular no ponto 2.2.2. da fundamentação).

O caso dos autos não justifica desvios a tal enquadramento, visando a recorrente, com o pedido dirigido ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (cfr. fls. 59):

“[a declaração da] nulidade das buscas que estão a ser realizadas nas instalações da visada desde 28.11.2018, bem como e incluindo das medidas de análise, exame e visualização ilegal de correio eletrónico, de análise, exame e visualização de elementos protegidos por sigilo profissional e análise, exame e visualização de elementos fora do âmbito que a AdC foi autorizada por despacho e mandado do Ministério Público, uma vez que tal contende, de forma inadmissível, com os direitos fundamentais da visada”; e

“[que se determine] que nenhum elemento obtido nessas condições seja utilizado para qualquer fim, por constituir prova nula por violação de direitos fundamentais nos termos acima descritos”.

Trata-se, assim, de uma providência de imediata invalidação da prova (através de uma declaração de nulidade) e de uma providência inibitória, que se projeta dentro e para lá do objeto do processo, na medida em que se pede que a requerida seja inibida de usar os elementos obtidos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“para qualquer fim”.

Temos, enfim, significativamente alterado o eixo da discussão promovida pela recorrente: não se trata de perguntar se a Constituição lhe garante um recurso, mas sim se a Constituição, *para além dos recursos, lhe garante certas providências*. O que, por sua vez, obriga a questionar a finalidade dessas providências e em que medida tal finalidade não é assegurada pelos demais meios impugnatórios.

2.3.3. Um dos argumentos principais da recorrente prende-se com a lesão, *pelo próprio ato impugnado*, de direitos consagrados na lei fundamental.

No entanto, a circunstância de um ato praticado num processo – designadamente, a abertura e leitura de mensagens de correio eletrónico – poder atingir *diretamente* direitos previstos na Constituição não constitui, *só por si*, razão que justifique a existência de uma *impugnação direta desse ato* para um tribunal, sem mediação de uma decisão. A afetação de direitos fundamentais *diretamente por um ato* pode ocorrer, designadamente, em muitas hipóteses de uso de métodos proibidos de prova (cfr. artigo 126.º do Código de Processo Penal). Perante tal hipótese, o arguido ou visado pode discutir *no processo* questões atinentes à admissibilidade da prova e essa possibilidade é, por regra, suficiente para assegurar o seu direito de defesa, sem que a recorrente consiga demonstrar em que medida o não foi para si.

Às razões da recorrente, a serem atendíveis, poderia acorrer-se, *se necessário, por via do regime de subida dos recursos de decisões* da autoridade administrativa, do Ministério Público ou do juiz, mas não prescindindo do elemento decisório (sobre a regra da recorribilidade *das decisões* que “*que interfiram com direitos materiais ou processuais autónomos*”, mas sempre referindo-se a recurso que têm por objeto *decisões*, cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2011, p. 235), havendo quem admita, desde logo, que “[...] o recurso de despacho da autoridade administrativa que colida com os direitos ou interesses de pessoas sobre de imediato [e] em separado” (*ibidem*, p. 233). Essa (outra) discussão sobre o regime da subida dos recursos – confrontando os artigos 55.º do Regime Geral das Contraordenações e 85.º, n.º 3, da Lei da Concorrência – não se confunde, todavia, com a questão que a recorrente traz a estes autos, *sobre a possibilidade de lançar mão de*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

providências dirigidas contra atos cuja admissibilidade pode ser também apreciada por decisões recorríveis.

A justificação de que a providência seria necessária porque há violação de direitos fundamentais não colhe, na medida em que aos efeitos dessa violação *no processo* se pode acorrer impugnando as decisões de que os atos são execução ou questionando a admissibilidade da prova recolhida, desse modo provocando decisões impugnáveis. Desde que o processo contraordenacional garanta esse controlo, por via recursória, de todos os efeitos que se projetem com utilidade sobre o objeto do processo, nada mais há a garantir, nesta sede, por meios intraprocessuais.

Tudo o mais que a recorrente pretende são efeitos a obter *para além do processo*, designadamente uma inibição geral, para futuro, do uso de certas informações ou provas recolhidas. Sucede que a Constituição não lhe garante a tutela dessas pretensões extraprocessuais através de providências intraprocessuais, caso contrário estar-se-ia a alargar o objeto do processo a questões que não dizem respeito à decisão final a proferir, com evidentes prejuízos para a celeridade processual, sem que com isso se estivesse a proteger um interesse digno de tutela *dentro do processo*.

Assim, usando o caso dos autos como exemplo, se a visada pretender questionar os atos praticados no processo, pode impugnar decisões e, se considerar não admissíveis os regimes de subida dos recursos, pode questioná-los. *Para além desse ponto*, se considerar que a Autoridade da Concorrência guarda provas ou informações que não pode guardar, pode usar meios processuais de contencioso administrativo para intimá-la a destruí-los ou devolvê-los. E neste ponto se esgota o que pode razoavelmente discutir-se com utilidade, já que não há remédio processual que faça com que os agentes da Autoridade da Concorrência *deixem de ter visto os elementos que já viram* – o que se pode discutir é em que termos aquela autoridade os pode usar e manter.

O que a Constituição não lhe garante – nem se vê porque teria de garantir – é que possa fazer tudo isso *dentro de um concreto processo de contraordenação*, como se nele devessem ser discutidas todas as consequências de todos atos nele praticados e ou se deles devesse resultar uma decisão geral sobre o que pode ser usado em *outros* processos de contraordenação.

Em suma, face aos relevantes interesses de celeridade do processo, que beneficia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

também os visados, e de racionalidade do respetivo objeto (que diz respeito, essencialmente, ao apuramento de factos que constituem infração e fixação das respetivas consequências), a Constituição não impõe que nele se resolvam, com autonomia, por via de providências, questões, designadamente as de (in)validade probatória, que podem ser decididas por via de decisões e respetivos recursos, nem questões que exorbitem aquele objeto, designadamente as inibitórias com projeção para lá do processo. Visto de outro modo, não fica a visada privada do exercício dos seus direitos se: (i) tiver de provocar decisões para poder limitar os efeitos intraprocessuais de atos praticados no processo; e (ii) tiver de discutir questões extraprocessuais fora do processo. Tudo isto sem prejuízo de ser equacionável uma tutela urgente e direta, constitucionalmente assegurada, sem mediação de decisão nos casos em que o efeito a obter, sendo acolhido na Constituição, não poderia lograr-se, em tempo e com utilidade, por outras vias.

Ou seja, não se tem por definitivamente afastado, em abstrato, que os visados num certo processo sancionatório possam ser confrontados com situações de facto que exijam a imediata tutela dos seus direitos através de providências à margem dos mecanismos recursórios. Todavia, essa possibilidade – certamente muito excecional – teria de ser demonstrada através de circunstâncias que moldassem uma dimensão normativa que pudesse demonstrar essa exigência, circunstâncias e dimensão que, no caso dos autos, simplesmente não existem, visando-se uma *via geral* à margem dos recursos.

Tanto basta para concluir que nem a recorrente se viu privada de aceder a um processo *justo*, nem da possibilidade de reagir contra atos da administração que lesem os seus interesses, sendo ambas as vertentes garantísticas suficientemente asseguradas pela norma impugnada.

Por fim, e apesar de a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não constituir, diretamente, parâmetro das questões de inconstitucionalidade, sempre se dirá, sumariamente, que não se vê, nem a recorrente sustenta, em que medida a interpretação das normas constitucionais agora afirmada poderia conflitar com o disposto no artigo 6.º da Convenção, visto que a visada não ficou privada de acesso a um tribunal para apreciação dos seus direitos, apenas não o logrou pela via que seria, para si, preferível.

Consequentemente – e é o que resulta, enfim, do somatório de tudo o que antes se disse –, im procede o recurso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

III – Decisão

3. Face ao exposto, decide-se:

a) não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 85.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, interpretado no sentido em que, de entre os atos praticados pela Autoridade da Concorrência na fase administrativa do processo de contraordenação, só são suscetíveis de recurso aqueles que tiverem natureza decisória, não havendo lugar à aplicação subsidiária da norma contida no artigo 55.º do Regime Geral das Contraordenações; e, consequentemente,

b) negar provimento ao recurso.

3.1. Custas pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 25 unidades de conta, ponderados os critérios estabelecidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (cfr. o artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 6 de abril de 2021.

V. L. T. L. F. (vencido, conforme decisão junta)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Processo n.º 1204/19

1.ª Secção

Relator: Conselheiro José António Teles Pereira

Declaração

Vencido, por entender que a norma sindicada implica uma restrição excessiva do direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 18.º, n.º 2, com referência aos artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, todo da CRP).

I

Aquele direito fundamental garante o acesso a um tribunal sempre que um direito ou interesse legalmente protegido seja agredido ou esteja na iminência de o ser. Está em causa a “proibição da indefesa” de posições jurídicas subjetivas por via da abertura de vias jurisdicionais adequadas a quem, sentindo-se atingido em tais posições, pretenda ser ouvido em juízo. Como salientam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, «qualquer regime processual que o legislador ordinário venha a conformar – seja ele de natureza civil, penal ou administrativo – estará desde logo vinculado a não obstaculizar, de forma desrazoável, o exercício do *direito de cada um a ser ouvido em juízo*» (v. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, anot. 1 ao art. 2.º, p. 42). Esta garantia constitucional enforma a justiça administrativa (cfr. os artigos 2.º, n.ºs 2 e 3, 37.º, n.º 1, alíneas h) e i), 51.º, 53.º, n.º 3, e 54.º, n.ºs 2 e 3, todos do CPTA); e, bem assim, o direito do processo contraordenacional (cfr. o artigo 55.º, n.ºs 1 e 2, e o artigo 59.º, n.º 1, ambos do RGCO).

O acórdão recorrido – acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de novembro de 2019 –, na sequência de outros do mesmo Tribunal (v., por exemplo, os acórdãos de 26 de junho de 2019, Proc. n.º 71/18.3YUSTR-H.L1-3, de 12 de novembro de 2019, Proc. n.º 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, ou de 26 de novembro de 2019, Proc. n.º 18/19.0YUSTR-D.L1-PICRS), apesar de negar a aplicabilidade subsidiária do artigo 55.º do RGCO, não deixa de reconhecer a existência de meios de reação perante qualquer decisão ou ato da Autoridade da Concorrência (AdC) que se considere ilegal. Em especial, no que se refere às situações como as que estavam em causa no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

processo-base – a contestação da legalidade da «forma como se executou um mandado» de busca emitido nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Lei da Concorrência (LdC) – considera o seguinte:

«[N]ão estamos perante *decisões* da AdC, mas sim de *atos* praticados por esta durante uma busca que a recorrente considerou lesivos dos seus interesses.

Com efeito, quando a AdC se apresentou nas instalações da recorrente e procedeu às diligências de busca e apreensão praticou atos próprios, não praticou atos de outrem ou atos delegados por outrem, mas sim, atos próprios autorizados por outrem, mediante a emissão do competente mandado, o qual [corresponde a uma] credencial que lhe permitiu [atuar] as competências próprias de investigação impostas por lei [...]

Ora, assim sendo, querendo sindicar a forma de execução desses *atos* deveria a recorrente arguir a respetiva nulidade perante a AdC e então recorrer diretamente dessa *decisão*.

É desta forma que se pode sindicat na fase administrativa a forma como se executou um mandado.

Não o tendo feito no caso em apreço, não é de admitir o recurso sobre os *atos de execução* mencionados» (cfr. o ponto 1.1.3 do presente Acórdão; *itálicos acrescentados*).

Ou seja, o tribunal recorrido – seguindo neste particular a jurisprudência estabilizada da Relação de Lisboa – não afasta em absoluto o controlo jurisdicional sobre a execução do mandado de busca. Considerando tratar-se de (meros) *atos* de execução, impõe uma espécie de reclamação prévia necessária, destinada a obter uma *decisão* da AdC, decisão essa que abre a via recursiva, isto é, o acesso ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS).

É este o alcance da norma do artigo 85.º da Lei da Concorrência ora sindicada no que se refere ao afastamento da aplicação subsidiária do RGCO a situações como as que estão em causa no caso vertente.

II

Sucedem que a arguição de nulidade – a mencionada reclamação prévia – não se encontra regulada na lei, não se prevendo, em especial, qualquer prazo para a prolação de uma decisão por parte da AdC. *Se e enquanto* esta não adotar uma *decisão expressa* sobre a nulidade arguida, a interpretação normativa sindicada impede o interessado de ser ouvido em juízo.

A propósito desta questão, é esclarecedora a posição assumida no já mencionado acórdão de 26 de novembro de 2019, Proc. n.º 18/19.OYUSTR-D.L1-PICRS:

«Por Lei foi cometida à AdC a tarefa de investigar eventuais práticas anti concorrenciais. Em sede de Direito de Mera Ordenação Social em matéria de concorrência a AdC funciona aqui como o MP funciona no processo criminal. Enquanto este investiga no âmbito penal, a AdC investiga em sede contraordenacional.

Tal não significa que a AdC tenha rédea livre podendo fazer como entende e só responder se e quando lhe convém.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Contudo, e de igual sorte, não pode o tempo da investigação ser pautado pelos desejos dos investigados. [...] *O requerido pela MEO tem de ser apreciado pela AdC dentro de um prazo razoável a definir pela AdC de acordo com critérios de oportunidade.*

É claro que, no caso concreto, se compreende perfeitamente porque é que a MEO desejava uma decisão rápida. Na verdade, considerando a mesma que as buscas não deveriam ocorrer porque ofensivas dos seus direitos, desejava que se decidisse que assim era no mais curto espaço de tempo. Contudo, este é o desejo de todos que são alvo de uma acção intrusiva por parte do aparelho de Estado nas suas vidas ou negócios. Assim, o detido quer ser ouvido e solto o mais depressa possível, o preso preventivo quer ver revogada a medida de coação o quanto antes ou conhecer a sua pena o mais depressa possível e a MEO, com toda a justeza, quer que alguém se pronuncie sobre a correção de um ato que a mesma julga desconforme à Lei.

Acontece que a Lei não define um prazo perentório para a entidade administrativa decidir e, repete-se, é a AdC quem controla o tempo da resposta. [...]» (itálicos acrescentados)

Se, na fase administrativa, a AdC desempenha uma função comparável ao Ministério Público (no inquérito), a verdade é que os atos lesivos de direitos fundamentais praticados pelo Ministério Público são impugnáveis junto do juiz de instrução criminal (cfr., nesse sentido, o Acórdão n.º 121/2021, n.º 15, acessível a partir da ligação <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

E, no procedimento administrativo, os atos (ou atuações) lesivos de direitos fundamentais, mesmo que não constituam a decisão final, também são autonomamente sindicáveis jurisdicionalmente (cfr. os artigos 37.º, n.º 1, alíneas h) e i), e o artigo 53.º, n.º 3, ambos do CPTA; de resto, nem mesmo a ineficácia jurídica do ato exequendo impede a utilização de meios de tutela contra a sua execução ilegítima – cfr. o artigo 54.º, n.º 3, do mesmo Código).

Ou seja, o acesso ao juiz é sempre garantido por força do direito à tutela jurisdicional efetiva.

Na fase administrativa de processos contraordenacionais, a norma do artigo 85.º da LdC, tal como interpretada pelo tribunal recorrido, e *contrariamente* ao que resulta do artigo 55.º, n.ºs 1 e 2, do RGCO – daí a relevância da menção expressa de tal preceito no enunciado da norma, tal como levado ao dispositivo do presente Acórdão –, não assegura esse acesso ou condiciona-o em termos tais que o interessado acaba por perder o controlo sobre o mesmo, anulando ou esvaziando o seu direito à tutela jurisdicional efetiva.

Mais: perante a *recusa expressa* de apreciação da nulidade invocada pelo visado, que deve o TCRS apreciar? E *quid iuris* se a AdC não só não decidir – mesmo tardiamente – a arguição de nulidade da execução do mandado, como nem sequer venha a adotar uma decisão final condenatória? Ou, tomando-a, não o faça com base em provas assumidas a partir da busca executada de forma ilegal? As ilegalidades cometidas poderão ficar por reconhecer jurisdicionalmente? Ou a eventual



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

responsabilidade civil delas decorrente poderá prescrever (cfr. o artigo 50.º, n.º 3, do CPTA e o artigo 5.º do Regime Jurídico da Responsabilidade do Estado e demais Entidades Públicas)? A ilegalidade inerente à ilicitude da atuação dos agentes da AdC deverá ser apreciada pelos tribunais administrativos? E a eventual culpa do lesado deve ser aferida pelos tribunais administrativos em função da mencionada jurisprudência da Relação de Lisboa (cfr. o artigo 4.º do mencionado Regime da Responsabilidade)?

Resulta, assim, manifesto que a questão de inconstitucionalidade em causa no presente processo não só releva da defesa de um certo direito fundamental, como, mais amplamente, da própria conformação do sistema de defesa de direitos fundamentais perante atuações dos poderes públicos.

III

O presente Acórdão, ao coonestar a interpretação normativa feita pelo tribunal recorrido, não dá uma resposta suficiente aos problemas enunciados.

A perspetiva assumida centra-se, em primeira linha, no modo ou na forma de atuação dos poderes públicos (concretamente, uma *decisão* da AdC) e não na incidência dessa atuação, independentemente da forma que revista, sobre os direitos das pessoas. Ora, o direito à tutela jurisdicional efetiva exige a abertura da via judicial (*Rechtsweg*) a quem quer que seja lesado nos seus direitos pela atuação dos poderes públicos (cfr. o Artigo 19, 4.º parágr., primeira frase, da *Grundgesetz* ou o artigo 2.º do CPTA). Decerto que compete ao legislador conformar o acesso a tal via, mas a disciplina conformadora, além de não poder conter ónus ou limitações excessivas, deve necessariamente estabelecer um caminho claro, previsível e controlável pelo interessado, de modo a assegurar-lhe que se poderá queixar-se em tempo útil perante um juiz da lesão dos direitos que lhe foi infligida. Tal implica considerar a possibilidade de recorrer à via judicial não apenas contra decisões ou atos decisórios, como também contra os vícios próprios de atos de execução ou as próprias operações de execução ilegítimas (cfr. os artigos 53.º, n.º 3, e 54.º, n.º 3, do CPTA).

No Acórdão, não se explica a própria noção de “decisão recorrível” – recorde-se que a referência legal a “recurso” no contexto em apreço é enganadora, uma vez que estão em causa apenas atuações administrativas, e não decisões judiciais (cfr. o ponto 2.3.2 do Acórdão) – nem o respetivo enquadramento jurídico: trata-se de um ato decisório do tipo do ato administrativo? A decisão em causa é revogável? E com que consequências, designadamente para o “recurso” dela



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

entretanto interposto para o TCRS? Também nada é referido sobre a necessidade ou utilidade de interesse público de colocar a questão previamente à AdC. Acresce que não se esclarece o modo como, em caso de apresentação de reclamação prévia, se encontra afinal assegurada a tutela jurisdicional efetiva, com o conteúdo anteriormente referido (abstraindo já da singularidade da exigência de uma reclamação contra meras operações de execução). Ou seja, a “forma de execução” do mandado que exceda o seu âmbito (material, temporal ou territorial) não se mostra suficientemente acautelada.

Por outro lado, e em segundo lugar, o Acórdão parece aceitar a ideia de que a execução de um mandado de busca não envolve em caso algum a prática de atos decisórios. O que não é verdade.

O mandado em causa corresponde a uma simples autorização (cfr. o artigo 18.º, n.º 3, da LdC), que pode balizar mais ou menos estritamente a atuação da AdC. Porém, a realização da busca, o exame dos ficheiros arquivados nos computadores, das caixas de correio eletrónico já obedecem – ou podem obedecer – a critérios (filtros, palavras-chave, a definição dos métodos de *electronic discovery*) determinados exclusivamente pela AdC. A definição destes critérios, na medida em que não se encontrem predeterminados no mandado – e estranho seria que o fossem positivamente (quando muito, haverá uma delimitação negativa da autorização dada) ... – correspondem obviamente a decisões (interlocutórias) desta autoridade. Ou seja, tipicamente, a execução de tais mandados, implica a adoção de decisões, que, segundo a norma não julgada inconstitucional, não poderão ser objeto de “recurso”, em virtude de não assumirem um caráter autónomo e expresso (escrito? notificável?), mas resultarem tão-só implicitamente da atuação dos agentes da AdC.

Sendo certo, de todo o modo, que a discussão sobre a legalidade dos critérios e métodos utilizados na busca já releva do mérito da queixa judicial, e não da sua admissibilidade.

Em terceiro lugar, discutindo-se a admissibilidade de abertura da via judicial para a atuações interlocutórias da AdC, é natural poderem ocorrer sobreposições com futuras e eventuais atuações da mesma Autoridade. Porém, atento o direito à tutela jurisdicional efetiva, nada disso deve constituir obstáculo à admissibilidade do recurso à via judicial por parte de quem se considera lesado nos seus direitos. Esta alegação, desde que respeitados os pressupostos legais e constitucionalmente legítimos é suficiente. Tudo o mais releva do mérito da pretensão do interessado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De resto, as objeções relativas aos riscos de sobreposição e de menor celeridade procedimental ou à ideia de que estão em causa “pretensões extraprocessuais” (cfr. o ponto 2.3.3 do Acórdão) valem igualmente para os “recursos” interpostos das decisões sobre as nulidades arguidas pelos visados, nos termos já hoje admitidos pela citada jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, e nem por isso o Acórdão se opõe à respetiva admissibilidade.

Finalmente, uma hipótese alternativa ao juízo positivo de inconstitucionalidade da norma do artigo 85.º, n.º 1, da LdC apreciada no Acórdão seria a sua interpretação conforme à Constituição, de modo a assegurar que a forma como os mandados de busca previstos no artigo 18.º, n.º 2, daquela Lei são executados implica a prática de atos decisórios recorríveis.

Pedro Machete