



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decisão Sumária n.º 104/2023

Processo n.º 3/2023

3.ª Secção

Relator: Lino Rodrigues Ribeiro

Decisão Sumária

I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Lisboa, em que é recorrente *Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.*, e são recorridos o *Ministério Público* e a *Autoridade da Concorrência*, a primeira vem interpor recurso de constitucionalidade, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (LTC), da decisão proferida por aquele tribunal no dia 26 de setembro de 2022, que, dando provimento parcial ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência de despacho pelo juiz de instrução criminal, considerou não padecer de nulidade a apreensão de emails feita por aquela Autoridade na sede da visada, ora recorrente.

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

«(...)

VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A., pessoa coletiva com n.º 502544180, com sede na Avenida Dom João II, n.º 36, 8.º, Parque das Nações, 1998-017 Lisboa, com o capital social de 91.068.253,00 Euros, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o mesmo número ("**Vodafone**" ou "**Recorrente**"), tendo sido notificada do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 26.09.2022, que deu provimento parcial ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência ("**AdC**"), considerando válidos os emails apreendidos por aquela autoridade nas suas instalações ("**Acórdão Recorrido**"), vem, 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, todos da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro ("**LTC**"), e do artigo 280.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4 da Constituição da República Portuguesa ("**CRP**"), dele interpor

RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(...)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.º No presente processo, a AdC interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa do despacho do Juiz de Instrução Criminal, proferido em 15.12.2020 ("Despacho Recorrido"), nos termos do qual foi declarada a nulidade da apreensão de todos os e-mails recolhidos por aquela Autoridade na sede da Vodafone, com base em despacho do Ministério Público, os quais, após trânsito, deveriam ser destruídos.

2.º Em 26.09.2022, o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu o Acórdão Recorrido concedendo provimento parcial ao recurso, revogando o Despacho Recorrido e considerando válidos os emails apreendidos pela AdC.

3.º O Acórdão Recorrido não admite recurso ordinário, nos termos do disposto no artigo 400.º, n.º 1, alínea c), do CPP, pelo que se mostram esgotados os normais meios impugnatórios existentes no ordenamento adjetivo que rege o processo no âmbito do qual foi proferida a decisão recorrida {nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 70.º, n.º 2, da LTC}.

4.º O Acórdão Recorrido pronunciou-se sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada pela Vodafone na sua resposta recurso interposto pela AdC, julgando-a improcedente e aplicou as normas cuja inconstitucionalidade a Vodafone tinha suscitado naquela mesma resposta ao recurso.

5.º Assim, o presente recurso é interposto quanto ao Acórdão Recorrido, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

6.º Por via do presente recurso pretende a Vodafone ver apreciada a conformidade com a Constituição de uma norma que constitui *ratio decidendi* da decisão de procedência (parcial) do recurso interposto pela AdC, vertida no Acórdão Recorrido:

"Seja atendendo à letra a lei, seja considerando a evolução legislativa em geral e unidade do sistema, seja ainda em face daquilo que se encontra hoje em vigor para o processo penal (ultima ratio da intervenção invasiva do Estado que não se pode, nunca, ultrapassar), não pode interpretar-se o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), LdC (e, bem assim, o artigo 20.º, n.º 1, LdC) como uma norma de exceção em relação ao regime geral, previsto para o processo contraordenacional, no artigo 42.º, n.º 1, RGCO; ao invés, este último preceito (e a regra da proibição de apreensão de correspondência que aí se encontra prevista) é-lhe aplicável, por força da remissão operada pelo artigo 13.º, n.º 1, LdC.

Por outro lado, não pode obviar-se à aplicação desta regra, no processo de contraordenação da concorrência, através da consideração como mero "documento" da correspondência já lida/aberta (com base na diferenciação [ultrapassada] que certa franja da doutrina e jurisprudência, na vigência de legislação anterior, estabelecia entre mensagens de correio eletrónico lidas/abertas e não lidas/fechadas), nessa medida admitindo a apreensão, pela AdC, de correio eletrónico lido, aberto e arquivado em computadores.

Entendimento diverso ao aqui propugnado corresponderia a uma interpretação inconstitucional dos artigos 18.º, n.º 1, al. c) e 20.º, n.º 1, da LdC; acarretando tal interpretação uma restrição à inviolabilidade da correspondência que não tem base constitucional, violando, assim, os artigos 18.º n.ºs 2 e 3 e 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP; inconstitucionalidade que, para todos os efeitos legais, se deixa expressamente invocada".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7.º A Vodafone, na condição de Recorrida, suscitou, expressamente, a questão referida na resposta ao recurso apresentada junto da Relação de Lisboa, nos pontos 291. a 293. e nas conclusões Y. a AA., questão que retomou no ponto 34. da resposta apresentada ao parecer do Ministério Público junto da Relação de Lisboa, em decorrência do acórdão entretanto proferido por aquele Alto Tribunal, no âmbito do processo n.º 10626/18.0T9LSB-B.L1, em relação à sua co-Visada NOS COMUNICAÇÕES, S.A..

8.º Em face do exposto, mostra-se cumprido o ónus de suscitação prévia e adequada, previsto nos artigos 280.º, n.º 1, alínea b), da CRP e 75.º-A, n.º 2, da LTC.

9.º Quanto à questão suscitada, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa decidiu o seguinte:

"Do exposto é forçoso concluir que a prova apreendida nos autos pela AdC assenta nas disposições conjugadas dos art.s 18º/1 c) e 20/1 e 2 do RJC, sendo inaplicável ao caso o RGCO (art. 42.º/2) e o CPP (art. 126.º/1), perfilhando-se o entendimento de que a apreensão de mensagens enviadas por email, já lidas, porque se trata de documentos, não está sujeita à tutela prevista no art. 34º/4 da CRP, não se afigurando que a tese perfilhada seja suscetível de violar qualquer norma ou princípio constitucional".

10.º É, pois, manifesto que, através do Acórdão Recorrido, o Tribunal da Relação de Lisboa revogou o Despacho Recorrido, considerando válidos os emails apreendidos pela AdC, aplicando a norma que resulta dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 20.º, n.º 1, da LdC na interpretação cuja inconstitucionalidade tinha sido expressa, prévia e adequadamente invocada pela Vodafone nos termos *supra* expostos e que aqui se dão por reproduzidos, sendo tal norma a *ratio decidendi* da decisão de procedência do recurso nesta parte.

Termos em que se requer a V. Exas. se dignem admitir o presente recurso de constitucionalidade e, em consequência, seja a Recorrente notificada para apresentar as respetivas alegações.»

3. A decisão recorrida apresenta, para o que aqui mais releva, a seguinte fundamentação:

«(...)

A questão que se suscita prende-se com a validade da apreensão de mensagens de correio eletrónico lidas/abertas apreendidas pela AdC em diligências de buscas ao abrigo do art. 18º/1 c) da Lei da Concorrência, devidamente autorizadas pelo Ministério Público.

Aderimos à tese sustentada pela ora recorrente, entendimento que sustentámos recentemente no acórdão proferido em 24/2/2022 no âmbito do P. n.º 71/18.3YUSTR-M.L1, de cujo sumário consta que:

"A apreensão de mensagens de correio eletrónico efetuada em buscas levadas a cabo pela Autoridade da Concorrência no âmbito de processo contraordenacional encontra suporte no Regime Jurídico da Concorrência (artigos 18/1 c) e 20º da Lei 19/2012, de 8 de maio) e não na Lei do Cibercrime (Lei 109/2009, de 15 de setembro), não se enquadrando o correio eletrónico lido/aberto na



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

noção de correspondência/meio de comunicação, tratando-se de um mero documento e como tal apartado da tutela constitucional do sigilo da correspondência".

A questão convoca-nos, desde logo, para a análise do art. 34º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que, sob a epígrafe «inviolabilidade do domicílio e da correspondência», estabelece:

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal. (sublinhado nosso)

De tal norma, densificadora do direito da reserva da intimidade da vida privada consagrado no art. 26.º/1 da CRP, extraímos claramente que o acesso à correspondência é constitucionalmente tutelado e que a ingerência na correspondência apenas é admissível em matéria de processo criminal.

Como se afirma no acórdão do TC n.º 464/2019, «...o art. 34º da Constituição tem por propósito consagrar e proteger o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, ou seja, prima facie, a liberdade de manter a esfera de privacidade e sigilo, livre de interferência e ingerência estadual, quer no que respeita ao domicílio, quer (...) quanto à comunicação. É, aliás, entendimento doutrinal sedimentado que o âmbito de proteção da norma constitucional abrange todos os meios de comunicação individual e privada, e toda a espécie de correspondência entre as pessoas, em suporte físico ou eletrónico, incluindo não apenas o conteúdo da correspondência, mas também o tráfego como tal (...)».

Não podemos olvidar a especificidade do direito contraordenacional ou de mera ordenação social, cuja autonomia é reconhecida pela Constituição, face aos demais ramos do direito (cf. art. 165º/1 d) da Constituição da República Portuguesa).

A natureza dos bens jurídicos e a desigual ressonância ética estabelecem a principal distinção entre crimes e contraordenações (acórdão do TC n.º 344/93 de 12/5/93).

A questão em análise prende-se com o conceito de correspondência.

Não existe consenso ao nível da doutrina e jurisprudência relativamente à questão de saber se tal conceito abarca apenas as mensagens de correio eletrónico não lidas ou também as mensagens lidas.

A distinção releva para efeitos da aplicação do art. 17º da Lei do Cibercrime, que remete para o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP (art. 179º).

A este propósito, pode ler-se no despacho recorrido que:

"Nos termos do disposto no art. 18º n.º 1, alínea c) Lei 19/2012, de 8 de maio, na sequência de busca validamente autorizada e realizada, a Autoridade da Concorrência



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

pode proceder à apreensão de documentos, em qualquer suporte designadamente digital, que se encontrem nas instalações da sociedade arguida ou até acessíveis a partir da mesma, por se encontrarem remotamente alojados em servidores externos.

Como resulta da leitura dos arts. 16º e 17º da Lei 109/2009 de 15 de setembro, o conceito de documento digital e e-mail não são, no entanto, confundíveis.

De igual modo se verifica ser irrelevante perante tais normas legais se os e-mails ou mensagens de natureza semelhante foram ou não abertas pelo seu destinatário, o que aliás não pode ser sempre tecnicamente determinado, porquanto uma mensagem pode surgir como aberta num dispositivo e não aberta noutro — cfr. Ac. TRP de 12.09.2012, proc. n.º 787/11.5PWPRT.P1, www.dgsi.pt.

Entende-se assim que todos os e-mails apreendidos devem ser classificados como correspondência eletrónica, definida como tal no art. 17º da Lei do Cibercrime.

Uma vez que nos encontramos no âmbito de ilícito contraordenacional tal apreensão não é permitida nos termos do art. 42º n.º 1 do DL n.º 433/82, de 27 de outubro e não foi autorizada pelo Juiz de Instrução, tratando-se de ingerência ilegítima da autoridade administrativa no sigilo das telecomunicações, pelo que se declara a nulidade da apreensão de todos os e-mails recolhidos na sede das requerentes, os quais após trânsito devem ser destruídos.

Notifique".

Discordamos do entendimento do tribunal recorrido, desde logo porque não há que aplicar o Regime Geral das Contraordenações (RGCO - art. 42º) quando existe norma (especial) no Regime Jurídico da Concorrência (RJC).

Com efeito, conforme sustentámos no supra referido acórdão proferido no âmbito do P. n.º 71/18.3YUSTR-M.L1, o correio eletrónico lido/aberto não se enquadra na noção de correspondência/meio de comunicação, tratando-se de um "mero documento", apartado da proteção do sigilo que é conferida à correspondência pela Lei Fundamental.

Para tanto, reportamo-nos à definição de correio eletrónico constante do art. 2º/1 b) da Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, ou seja, "é correio eletrónico qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que possa ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até que este a recolha".

Assim, a partir do momento em que a mensagem de correio eletrónico é recolhida pelo seu destinatário, deixou de ser correio eletrónico, passando a ser informação em arquivo (correio eletrónico aberto e lido), isto é, passando a ser um "mero" documento. E sendo um documento, deixa de merecer a tutela de sigilo consagrada no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, podendo a AdC, reunidos os demais requisitos, apreender esses documentos, nos termos do art. 18º/1 c) do RJC.

Nas palavras de Pedro Verdelho (vide revista do CEJ, pág. 165 e "Apreensão de Correio Eletrónico em Processo Penal", Revista do Ministério Público, Ano 25.º, n.º 100, outubro-dezembro, 2004, pp. 161 - 164), citadas naquele acórdão, «é pacificamente aceite que a correspondência aberta deixa de estar abrangida pela proteção constitucional de sigilo de correspondência».



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Aliás, a norma do art. 34º da CRP, decalcada do art. 8º/1 da CEDH, não construiu o apontado círculo garantístico (da privacidade individual) em torno da privacidade empresarial, além de que tal norma não tem como referente o direito da concorrência, em cujo âmbito as empresas não gozam do tipo e nível de proteção garantido pelo art. 34º da CRP, bem se podendo afirmar que no presente contexto os seus direitos são incompatíveis (v. art. 12º/2 da CRP a contrario) com a tutela reservada ao indivíduo pelo art. 34º da CRP.

Assim, no caso dos autos a apreensão das mensagens de correio eletrónico encontra suporte no disposto no art. 18º/1 c) do RJC.

Dispõe este preceito que:

"No exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente: proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova."

Não vislumbramos fundamento para a aplicação ao caso de qualquer regime subsidiário (cf. art. 13º, 59º/2 e 83º do RJC), porquanto não se nos afigura existir lacuna no regime jurídico da concorrência, já que o regime aplicável às práticas restritivas previstas no art. 9º se encontra expressamente regulado no mencionado art. 18º do RJC.

Por outra banda, entendemos que deve ser excluída a aplicação ao caso da Lei 109/2009 (Lei do Cibercrime), cujo objeto e âmbito de aplicação é bem distinto do da Lei da Concorrência. Aquela lei aplica-se aos processos crime, como flui do seu art. 1º, além de que não existe qualquer remissão para esse diploma, quer no RJC, quer no CPP (ex vi art. 41º/1 do RGCO). No sentido da inaplicabilidade da Lei do Cibercrime no domínio do direito contraordenacional da concorrência, vide o acórdão desta Secção PICRS proferido, em 21/12/2020, no apenso D do processo nº 18/19.0YUSTR, assim como o acórdão proferido pela 3ª Secção Criminal deste TRL em 4/3/2020 (processo nº 71/18.3YUSTR-D.L2).

Do exposto é forçoso concluir que a prova apreendida nos autos pela AdC assenta nas disposições conjugadas dos arts 18º/1 c) e 20º/1 e 2 do RJC, sendo inaplicável ao caso o RGCO (art. 42º/2) e o CPP (art. 126º/1), perfilhando-se o entendimento de que a apreensão de mensagens enviadas por email, já lidas, porque se trata de documentos, não está sujeita à tutela prevista no art. 34º/4 da CRP, não se afigurando que a tese perfilhada seja suscetível de violar qualquer norma ou princípio constitucional.

Acresce que as temáticas em apreciação devem ser apreciadas à luz do primado do Direito da União Europeia - proclamado, entre outros, no conhecido Acórdão Costa c. Enel - cuja primazia perante a ordem constitucional interna apenas cederá, nos termos do n.º 4 do artigo 8 da CRP, em face de ameaça dos aspetos essenciais dos princípios fundamentais do Estado de direito, sendo que a Diretiva ECN+ (DIRETIVA (UE)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2019/1 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 11 de dezembro de 2018) vem constituir um instrumento adicional de defesa da concorrência e de garantia do bom funcionamento do mercado interno em face dos novos desafios que emergem do ambiente digital, dispondo o Considerando 30 da Diretiva que:

"(30) A competência de investigação das autoridades administrativas nacionais da concorrência deverá ser adequada aos desafios da aplicação das normas no ambiente digital e deverá permitir que as ANC obtenham todas as informações relacionadas com a empresa ou associação de empresas objeto da medida de investigação em formato digital incluindo os dados forenses, independentemente do suporte em que as informações estiverem armazenadas, designadamente computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou armazenamento em nuvem."

Neste mesmo sentido pode consultar-se o acórdão desta Secção proferido no processo n.º 18/19.0YUSTR-D, em 21.12.2020.

Não resta senão concluir pela procedência do recurso neste segmento e conseqüente revogação do despacho recorrido, considerando-se válidos os emails apreendidos pela AdC.»

Cumpra apreciar e decidir.

II – Fundamentação

3. Admitido o recurso, cumpre decidir, antes de mais, se é possível conhecer do seu objeto, uma vez que a decisão que o admitiu não vincula o Tribunal Constitucional (artigo 76.º, n.º 3, da LTC). Um recurso interposto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC deve preencher desde logo os seguintes pressupostos: além de ter esgotado as vias de recurso ordinário admitidas, um recorrente deverá ter suscitado, durante o processo e de forma adequada, uma questão de constitucionalidade que corresponda ao objeto do recurso e incida sobre normas jurídicas que tenham constituído *ratio decidendi* da decisão recorrida.

Compulsados os autos, verifica-se que o objeto do recurso não pode ser conhecido, já que a recorrente não suscitou perante o tribunal *a quo* em termos processualmente adequados uma questão de constitucionalidade de que este ficasse obrigado a decidir. A inobservância deste pressuposto – que se configura, note-se, como um *onus* processual que a LTC faz impender sobre os recorrentes – comporta a ilegitimidade para a ulterior interposição de recurso para o Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Constitucional, nos termos do disposto no artigo 72.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da LTC. Indicou a recorrente:

«(...) Seja atendendo à letra a lei, seja considerando a evolução legislativa em geral e unidade do sistema, seja ainda em face daquilo que se encontra hoje em vigor para o processo penal (ultima ratio da intervenção invasiva do Estado que não se pode, nunca, ultrapassar), não pode interpretar-se o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), LdC (e, bem assim, o artigo 20.º, n.º 1, LdC) como uma norma de exceção em relação ao regime geral, previsto para o processo contraordenacional, no artigo 42.º, n.º 1, RGCO; ao invés, este último preceito (e a regra da proibição de apreensão de correspondência que aí se encontra prevista) é-lhe aplicável, por força da remissão operada pelo artigo 13.º, n.º 1, LdC.

Por outro lado, não pode obviar-se à aplicação desta regra, no processo de contraordenação da concorrência, através da consideração como mero "documento" da correspondência já lida/aberta (com base na diferenciação [ultrapassada] que certa franja da doutrina e jurisprudência, na vigência de legislação anterior, estabelecia entre mensagens de correio eletrónico lidas/abertas e não lidas/fechadas), nessa medida admitindo a apreensão, pela AdC, de correio eletrónico lido, aberto e arquivado em computadores.

Entendimento diverso ao aqui propugnado corresponderia a uma interpretação inconstitucional dos artigos 18.º, n.º 1, al. c) e 20.º, n.º 1, da LdC; acarretando tal interpretação uma restrição à inviolabilidade da correspondência que não tem base constitucional, violando, assim, os artigos 18.º n.ºs 2 e 3 e 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP; inconstitucionalidade que, para todos os efeitos legais, se deixa expressamente invocada».

A indicação de «[e]ntendimento diverso ao aqui propugnado», sem uma sua especificação clara (que também não é feita no ponto 34 da resposta apresentada pela recorrente ao parecer emitido pelo Ministério Público junto da Relação de Lisboa), em termos que permitissem a este tribunal pronunciar-se sobre a mesma no plano geral e abstrato em que necessariamente se desenvolve a sua atividade de fiscalização da constitucionalidade, não pode entender-se como uma suscitação processualmente adequada para os efeitos do disposto nos referidos preceitos da LTC e prejudica a própria normatividade do recurso, pois obrigaria a que este Tribunal se debruçasse sobre a decisão recorrida em si mesma considerada. Ora, como é sabido, a delimitação da competência do Tribunal Constitucional em face da das outras ordens jurisdicionais (cf. *u.g.* o Acórdão n.º 361/98) impede a fiscalização concreta da constitucionalidade de envolver uma sindicância das decisões dos tribunais judiciais enquanto tais – ou seja, numa apreciação dos concretos termos em que aí foram aplicadas certas normas de direito ordinário (cf. *e.g.* o Acórdão n.º 466/2016).

Mesmo no requerimento de interposição de recurso a recorrente continua a não indicar uma norma de modo expresse e claro, com especificação pela positiva do objeto da sua questão



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de constitucionalidade, limitando-se a transcrever e remeter para a formulação indicada perante o tribunal recorrido, acrescentando depois, no ponto 10.º, estar em causa a «a norma que resulta dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 20.º, n.º 1, da LdC na interpretação cuja inconstitucionalidade tinha sido expressa, prévia e adequadamente invocada pela Vodafone nos termos supra expostos e que aqui se dão por reproduzidos, sendo tal norma a ratio decidendi da decisão de procedência do recurso nesta parte.»

III – Decisão

Pelo exposto, decide-se não conhecer o objeto do presente recurso.

Custas pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 7 (sete) unidades de conta.

Lisboa, 15. 2. 23