



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 314/2023

Processo n.º 145/2021

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) impugnou, junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, uma decisão da Autoridade da Concorrência relativa à apreensão de certos elementos de prova, na sequência de diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do processo n.º PRC/2018/05.

1.1. Por sentença de 11/07/2019, foi tal impugnação julgada improcedente.

1.1.1. Desta decisão recorreu a arguida para o Tribunal da Relação de Lisboa, que, por acórdão de 25/11/2019, decidiu conceder provimento parcial ao recurso e ordenou o reenvio do processo à primeira instância, nos termos do disposto no artigo 426.º, n.º 1, do CPP, para ali se conhecerem as seguintes questões: *a)* as relativas à admissibilidade dos atos de apreensão de correio eletrónico sem despacho judicial prévio; e *b)* as relativas ao desrespeito do âmbito temporal e material dos mandados emitidos pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

1.1.2. No Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, foi então proferida nova sentença, datada de 16/10/2020, no sentido da improcedência da impugnação.

1.1.3. A arguida recorreu desta sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa, invocando, designadamente, o seguinte:

“[...]”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7. *A norma que resulta da conjugação dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 20.º, n.º 1, ambos da LdC, no sentido de que a AdC pode proceder ao exame e apreensão de mensagens de correio eletrónico, mesmo que sinalizadas como abertas e lidas, por tais mensagens constituírem documentos em suporte eletrónico, e que foi aplicada pelo Tribunal a quo, é materialmente inconstitucional, por violação dos artigos 18.2, n.º 2, 32.º, n.ºs 8, e 10 e 34.º, n.º 4, todos da CRP – inconstitucionalidade que se invoca para todos os efeitos legais, designadamente nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 72.º, n.º 2, da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional.*

[...]

23. *A norma correspondente ao artigo 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º, n.º 1 e 21.º da LdC é materialmente inconstitucional na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio [...].*

[...]

38. *A norma resultante do artigo 15.º, n.º 1, alíneas c) e d) da LdC, interpretada no sentido de ser admitido à AdC o exame de elementos (incluindo mensagens de correio eletrónico) fora dos limites temporais e/ou materiais do despacho e do mandado de busca e apreensão, é inconstitucional, por violação do artigo 18 n.º 2, 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 35.º, n.º 2 da CRP.*

39. *A norma resultante do artigo 18.º, n.º 1, alíneas c) e d) e 20.º n.º 1 da LdC, interpretada no sentido de ser permitido à AdC a apreensão de elementos (incluindo mensagens de correio eletrónico) fora dos limites temporais e/ou materiais do despacho e do mandado de busca e apreensão, é inconstitucional, por violação do artigo 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 35.º, n.º 2 da CRP.*

40. *A norma resultante do artigo 18.º, n.º 1, alíneas c) e d) da LdC, interpretada no sentido de ser lícito à AdC conduzir, não fortuitamente, diligências de busca e apreensão para lá dos indícios que fundamentam a realização das mesmas, procedendo ao exame e/ou apreensão de elementos (incluindo mensagens de correio eletrónico) sem conexão com a Investigação e/ou com aqueles indícios, é inconstitucional, por violação do artigo 15.º, n.º 2, 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 35.º, n.º 2 da CRP.*

[...].”

1.1.4. Por acórdão de 21/12/2020, o recurso foi julgado improcedente.

1.2. A recorrente interpôs, então, recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, deste acórdão – recurso que deu origem aos presentes autos –, tendo em vista um juízo de inconstitucionalidade relativo às seguintes normas:

“[...]

(i) *norma que resulta da conjugação dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 20.º, n.º 1, ambos da LdC, no sentido de que a AdC pode proceder ao exame e apreensão de mensagens de correio*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

eletrónico, mesmo que sinalizadas como abertas e lidas, por tais mensagens constituírem documentos em suporte eletrónico, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 32.º, n.ºs 8, e 10 e 34.º, n.º 4, todas da CRP (“primeira Questão de Constitucionalidade”); da norma que resulta da conjugação dos 18.º, n.º 1, alínea c), e 20.º, n.º 1, ambos da LdC, no sentido de que a AdC pode proceder ao exame e apreensão de mensagens de correio eletrónico, ainda que tal fosse proibido pelo artigo 34.º da CRP, porque tal possibilidade decorre do disposto na Diretiva (EU) n.º 1/2019, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2018 (“Diretiva ECN+”), devendo o direito nacional ser interpretado conforme à referida Diretiva, por força do princípio do primado do Direito da União, o que constitui violação do sentido do princípio do primado acolhido na CRP nos artigos 7.º n.º 6 e 8.º n.º 4 da CRP e do princípio da irretroatividade da lei sancionatória desfavorável, decorrente do artigo 29.º n.os 1 e 4 da CRP (“Segunda Questão de Constitucionalidade”);

Subsidiariamente

norma correspondente ao artigo 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, por violação dos artigos 2.º, 18.º, n.ºs 1 e 2, 32.º, n.º 4, 34.º n.ºs 1 e 4 e 266.º da CRP (“Terceira Questão de Constitucionalidade”);

Subsidiariamente

norma resultante do artigo 18.º, n.º 1, alíneas c) e d) da LdC, interpretada no sentido de ser admitido à AdC o exame de elementos (incluindo mensagens de correio eletrónico) fora dos limites temporais e/ou materiais do despacho e do mandado de busca e apreensão, por violação do artigo 18 n.º 2, 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 35.º, n.º 2 da CRP (“Quarta Questão de Constitucionalidade”).

[...]”.

1.2.1. No Tribunal Constitucional, foi proferida a Decisão Sumária n.º 271/2021, no sentido de “[...] não conhecer, nos termos do artigo 78.º-A, n.º 1, da LTC, da primeira, segunda e quarta questões de constitucionalidade elencadas no requerimento de interposição do recurso” e de “[...] determinar a prolação de alegações quanto à terceira questão de constitucionalidade apresentada pela recorrente como objeto do recurso” (ou seja, o recurso foi admitido relativamente à norma contida no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.2.2. A recorrente ofereceu alegações, assim concluindo:

“[...]”

1. O presente recurso vem interposto quanto ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que indeferiu o recurso da MEO quanto à Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – que manteve a decisão da Autoridade da Concorrência de indeferimento da nulidade das diligências de busca e apreensão realizadas nas instalações da MEO (e da prova aí recolhida), – aplicando, para o efeito, a norma correspondente ao artigo 18.º n.º 1 alínea c) e n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio.

2. A MEO invocou, desde o primeiro momento neste processo, a inconstitucionalidade da referida norma, porquanto considera que a mesma compromete, de forma irremediável, o princípio do Estado de Direito Democrático, assente no respeito pelos direitos fundamentais dos privados (artigo 2.º da CRP), o princípio da vinculatividade e aplicação direta dos direitos fundamentais (artigo 18.º, n.ºs 1 e 2 da CRP), o princípio da reserva de juiz para a ponderação da afetação de direitos fundamentais em direito sancionatório (artigo 32.º, n.º 4), a garantia da inviolabilidade e sigilo da correspondência e a proibição de ingerência de autoridades públicas na mesma (artigo 34.º n.ºs 1 e 4) e o princípio da subordinação da atuação da Administração à Lei e à Constituição (artigo 266.º da CRP), constituindo, nessa medida, norma inconstitucional.

3. A norma submetida à apreciação deste Alto Tribunal suscita duas questões fundamentais com relevância constitucional, a saber:

(i) a Constituição permite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência?

E, permitindo,

(ii) a Constituição impõe que esse exame, recolha e apreensão seja precedido de intervenção judicial?

(a) Quanto à questão de saber se a Constituição permite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência?

4. O correio eletrónico integra o conceito de correspondência (ou pelo menos de outro meio de comunicação) constitucionalmente previsto, e, como tal, o meio de comunicação, o conteúdo da comunicação (i.e. as mensagens de correio eletrónico) e os dados associados à comunicação (nomeadamente os dados de tráfego) beneficiam de proteção constitucional nos termos do artigo 34.º, n.º 1 da CRP, incluindo o direito à inviolabilidade do sigilo das mensagens de correio eletrónico – conteúdo e tráfego (e informações correspondentes) – independentemente de se tratar de mensagens de pessoas singulares ou de pessoas coletivas, neste caso enviadas e recebidas através dos seus colaboradores.

5. A Constituição prevê uma tutela especial para a inviolabilidade do sigilo da correspondência, apenas permitindo, no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações nos casos previstos na lei e apenas em matéria de processo criminal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. *Por ingerência deve entender-se toda a agressão ao direito fundamental da inviolabilidade do sigilo da correspondência, consubstanciada na intervenção ou acesso ao objeto protegido pela inviolabilidade do sigilo.*
7. *O exame, a recolha e a apreensão de mensagens de correio eletrónico configuram uma ingerência nos termos e para efeitos do disposto no artigo 34.º, n.º 4 da CRP, por permitirem o acesso ao conteúdo de mensagens de correio que estão protegidas pelo direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência ou de outros meios de comunicação, constituindo ingerências graves – porque irremediáveis – na inviolabilidade do sigilo do correio eletrónico, e, como tal, devem ser, em regra, proibidas nos termos do artigo 34.º, n.º 4 da CRP, apenas podendo ser admitidos no âmbito do processo penal.*
8. *A contrario, está absolutamente vedado às autoridades públicas, entre as quais qualquer autoridade administrativa, seja qual for a sua natureza, a ingerência na correspondência e nas telecomunicações, mormente em processo de contraordenação ou em quaisquer outros processos sancionatórios de natureza não penal, como é o caso do processo de contraordenação em matéria de direito da concorrência.*
9. *Não se justifica admitir em processo de contraordenação a compressão do direito à inviolabilidade e ao sigilo da correspondência porque o valor em confronto tem “menor ressonância ética”.*
10. *Estando em causa a proteção do mesmo direito fundamental – o direito à inviolabilidade e ao sigilo da correspondência – a importância relativamente menor do ilícito contraordenacional e dos valores sociais que protege menos ainda pode justificar qualquer limitação.*
11. *Conclui-se, pois, que o primeiro iter da previsão normativa que se traz à apreciação deste Tribunal, na parte em que pressupõe a admissibilidade do exame, recolha e apreensão de correio eletrónico em processo de contraordenação por violação de normas de direito da concorrência, esbarra na proibição prevista no artigo 34.º, n.º 4 da CRP, sendo, na perspetiva da Recorrente, e desde logo, inconstitucional.*
12. *Em qualquer caso, a restrição à inviolabilidade do sigilo da correspondência em sede de investigação de eventual violação de normas de direito da concorrência com base nos artigos 18.º n.º 1 alínea c) e n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC não cumpre as restantes exigências constitucionais decorrentes do artigo 18.º da CRP, porque não tem apoio numa lei restritiva válida, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 18.º da CRP, por decorrer de uma violação da reserva de lei restritiva em sentido material.*
13. *Com efeito, a LdC não prevê, em nenhuma das suas disposições, a possibilidade de exame, recolha e apreensão de correio eletrónico ou, em rigor, de qualquer outro tipo de correspondência.*
14. *A interpretação extensiva das disposições inscritas nos artigos 18.º n.º 1 alínea c) e n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC, com o propósito de englobar o conceito de “correspondência” e de “telecomunicações” no conceito de “documento”, não só é ilógica e incoerente, face ao seu enquadramento histórico e sistemático, como está também vedada pelo princípio constitucional da reserva de lei restritiva, por não respeitar as exigências de previsão expressa, determinabilidade, completude e precisão das restrições supostamente previstas.*
15. *A norma que admite o exame, a recolha e a apreensão de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, tal como extraída dos preceitos legais inscritos nos artigos 18.º n.º 1 alínea c) e n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC, é também, e desde logo, inconstitucional por*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

violação dos artigos 34.º n.º 1 e 18.º n.º 2 da CRP, em particular do princípio da reserva de lei restritiva para a afetação do direito fundamental à inviolabilidade do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação.

Em qualquer caso,

(b) Quanto à questão de saber se a Constituição permite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência?

16. A proteção constitucional conferida ao sigilo da correspondência prevista no artigo 34.º n.º 4 da CRP impõe que a afetação desse direito, liberdade e garantia, mediante a realização de exame, recolha e apreensão de mensagens protegidas seja feita num quadro legal e normativo (o do processo penal) que assegure adequada proteção contra intromissões abusivas, no âmbito do qual, o exame, recolha e apreensão de correio eletrónico, na medida em que atentam contra a inviolabilidade da correspondência, dependem de uma ponderação prévia que, constitucionalmente, constitui matéria reservada ao juiz.

17. A reserva de juiz radica, em primeira linha, no princípio do Estado de Direito democrático, previsto no artigo 2.º da CRP, sendo imposta em matérias que possam afetar direitos fundamentais precisamente para assegurar os princípios da separação e interdependência de poderes, que corporizam um Estado de Direito.

18. O legislador constitucional previu expressamente, no artigo 32.º n.º 4 da CRP, o princípio da reserva de juiz quando estão em causa matérias que se prendem diretamente com direitos fundamentais no âmbito do processo criminal, como decorrência dos princípios acima referidos e lato sensu do princípio enformador do Estado de Direito.

19. É uma garantia constitucional funcionalmente orientada à proteção de direitos, liberdades e garantias, imposta pelo princípio do Estado de Direito democrático para permitir que, num processo crime, se possam afetar direitos fundamentais em prol da Justiça e do interesse punitivo do Estado, sem que essa restrição seja intolerável – independentemente da existência de um arguido num processo crime.

20. O Tribunal Constitucional tem estendido a proteção da norma contida no n.º 4 do artigo 32.º da CRP – e da reserva de juiz aí contida – a todas as situações do processo crime em que esteja em causa, cumulativamente, (i) uma medida que consubstancie uma ingerência em direitos fundamentais; (ii) que seja grave; e (iii) que seja executada sem possibilidade de estabelecer o contraditório do visado.

21. A apreensão de correio eletrónico consubstancia sempre (i) uma ingerência na proteção do sigilo da correspondência, (ii) que é grave (porque uma vez lido por outrem, o sigilo do conteúdo da mensagem fica irremediavelmente comprometido), (iii) não sendo precedida de contraditório do visado pela diligência (todos os que possam ter os seus direitos fundamentais afetados pela mesma que não coincidem sempre nem exatamente com o arguido e/ou suspeito do crime), pelo que no âmbito de um processo crime, o disposto no artigo 32.º n.º 4 da CRP e o princípio do Estado de Direito democrático impõem que o exame, a recolha e a apreensão de correio eletrónico – do arguido ou de terceiro –, por afetarem o direito fundamental da inviolabilidade e do sigilo da correspondência (artigo 34.º n.ºs 1 e 4 da CRP) constituam matéria da reserva de juiz.

22. Em coerência, tendo presente que, no quadro do processo penal, a Constituição impõe, no seu artigo 32.º n.º 4 da CRP, e como decorrência do princípio do Estado de Direito democrático, a reserva de juiz para a adoção de qualquer medida grave, restritiva do sigilo da correspondência



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tomada sem contraditório do visado – como o é o exame, recolha e apreensão de correio eletrônico – também essa exigência se aplicará noutra quadro processual que não o penal caso haja necessidade de afastar a inviolabilidade da correspondência.

23. *O direito fundamental violado com a medida lesiva (apreensão de correio eletrônico) não perde valor (nem podem perder proteção) em função da natureza de processo que esteja em causa.*

24. *Não pode ler-se na lei constitucional uma reserva da competência do juiz para autorizar a afetação de direitos fundamentais exclusivamente no processo penal; essa competência é independente da natureza do processo, nascendo, como se disse, de um outro princípio mais amplo e que não olha à distinção entre a natureza de processos: o princípio do Estado de Direito democrático.*

25. *Não é suficiente exigir-se a este propósito e para a mesma restrição, em processo de contraordenação, (mero) despacho do Ministério Público. O recorte constitucional e legal da organização, estatuto e garantias do Ministério Público não iguala a independência e a imparcialidade, estatutárias e funcionais, de um juiz, pelo que as exigências do Estado de Direito democrático, da imparcialidade e independência, e da separação e interdependência de poderes não se mostram suficientemente cumpridas mediante uma autorização da diligência em causa (e da compressão do direito fundamental à inviolabilidade da correspondência) mediante despacho do Ministério Público.*

26. *Acresce que o Ministério Público pode inclusivamente assumir as vestes de acusador, numa fase posterior do processo de contraordenação, pelo que não poderá pretender-se que o seu interesse na recolha da (melhor) prova seja, sempre, neutro.*

27. *Não havendo norma expressa quanto à apreensão de correspondência eletrónica, mas sujeitando-se a realização de diligências intrusivas de recolha de prova a autorização da autoridade judiciária competente, terá de interpretar-se a referida norma conforme à Constituição no sentido de que, sempre que a medida de recolha de prova constituir uma restrição de direito, liberdade e garantia, grave, realizada sem contraditório prévio do visado, a mesma fica sujeita a reserva de juiz, dependendo de despacho judicial (que, in casu, a Lei da Concorrência fez competir ao juiz de instrução criminal).*

28. *Concluindo-se que o desenho legislativo da investigação em processo contraordenacional é compatível e materialmente equivalente à fase de inquérito em processo penal, e seguindo a interpretação do artigo 32.º n.º 4 da CRP que tem sido acolhida – de forma unânime – por este Tribunal Constitucional, terá de se concluir que a medida de exame, recolha e apreensão de correio eletrônico – porque consubstancia uma ingerência grave no sigilo da correspondência do visado pela mesma – carece de despacho judicial prévio, sob pena de ser considerada intolerável num Estado de Direito democrático.*

29. *Consequentemente, a interpretação da norma contida nos artigos 18.º n.º 1 alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC, no sentido de admitir o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrônico em processo de contraordenação da concorrência, sem despacho judicial prévio, é materialmente inconstitucional, por violação dos princípios do Estado de direito democrático e da reserva de juiz para a ponderação da afetação de direitos fundamentais em direito sancionatório, em particular, do direito à inviolabilidade e ao sigilo da correspondência, contidos nos artigos 2.º, 32.º n.º 4 e 34.º n.ºs 1 e 4 da CRP.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Nestes termos e nos melhores de Direito, requer-se a V. Exas. se dignem julgar o presente recurso de constitucionalidade, com os fundamentos invocados, procedente com as devidas e legais consequências, julgando inconstitucional a norma correspondente ao artigo 18.º n.º 1 alínea c) e n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, assim fazendo Justiça.
[...].”*

1.2.3. O Ministério Público também apresentou alegações, que rematou com as seguintes conclusões:

“[...]

37. *A recorrente MEO Comunicações e Multimédia, S.A. sustenta o seu juízo de inconstitucionalidade da interpretação normativa extraída do disposto nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2; 20.º, n.º 1; e 21.º da Lei da Concorrência na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, no entendimento de que “o correio eletrónico integra o conceito de correspondência (ou pelo menos de outro meio de comunicação) constitucionalmente previsto, e, como tal, o meio de comunicação, o conteúdo de comunicação (i.e. as mensagens de correio eletrónico) e os dados associados à comunicação (nomeadamente os dados de tráfego) beneficiam de proteção constitucional nos termos do artigo 34.º, n.º 1 da CRP, incluindo o direito à inviolabilidade do sigilo das mensagens de correio eletrónico – conteúdo e tráfego (e informações correspondentes) – independentemente de se tratar de mensagens de pessoas singulares ou de pessoas coletivas, neste caso enviadas e recebidas através dos seus colaboradores”.*

38. *A tal asserção adita que a “Constituição prevê uma tutela especial para a inviolabilidade do sigilo da correspondência, apenas permitindo, no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações nos casos previstos na lei e apenas em matéria de processo criminal”.*

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

41. Assim sendo, afigura-se-nos óbvio que a eventual apreensão de meros documentos armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos, bem como a norma que a autorize, não se revelam violadoras do disposto nos n.ºs 1 e 4, do artigo 34.º, da Constituição da República Portuguesa.
42. E não se diga que a distinção agora invocada, e realçada, se desvela como irrelevante ou meramente semântica, na medida em que a mesma se funda na específica natureza documental das mensagens de correio eletrónico abertas ou lidas.
43. Na verdade, enquanto o correio físico se corporiza num objeto identificável por qualquer pessoa, folhas de papel contendo uma mensagem escrita encerrada num sobrescrito ou encomenda fechadas, a mensagem comunicada por correio eletrónico carece desse suporte físico e só se torna apreensível, ao menos no caso que nos ocupa, quando já não se encontra em trânsito e o processo comunicacional já se encontra terminado.
44. Para além disso, a realidade informativa que é comunicada entre distintos equipamentos ou sistemas informáticos não é também ela, diferentemente do que ocorre com o correio físico, tangível, mas é constituída, meramente, por conjuntos de dados informáticos expressos em linguagem binária que requer um software ou programa informático que permita a sua descodificação.
45. Acresce, ainda, que cada mensagem de correio eletrónico individualmente considerada, atenta a sua natureza incorpórea, pode encontrar-se acessível, simultaneamente, em vários sistemas informáticos, quer do remetente, quer do destinatário; para além do que, pode o correio eletrónico funcionar como instrumento de comunicação entre distintos suportes informáticos do mesmo titular.
46. A inferência agora alcançada condiciona e determina, igualmente, a conclusão a retirar da apreciação da segunda dimensão da questão de constitucionalidade formulada (saber se “a Constituição impõe que esse exame, recolha e apreensão seja precedido de intervenção judicial”), a qual partilha com a questão anterior segmentos essenciais da sua configuração.
47. Na realidade, se a apreensão dos documentos abertos e divulgados armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos não representa uma interferência das autoridades na correspondência, nas telecomunicações ou noutro meio de comunicação, então, conforme apurámos, a proteção do disposto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, não a tem por objeto e, conseqüentemente, não se lhe aplica.
48. Por assim ser, também a salvaguardada exceção à proibição de toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, consubstanciada na possibilidade de previsão de casos constantes de lei em matéria processual criminal, se revela inaplicável, por desadequada, à situação vertente.
49. Complementarmente, porque a matéria em discussão não se integra na descrita no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição, nem consta de qualquer outra disposição da Lei Fundamental que a faça depender de autorização judicial e, por outro lado, porque os atos impugnados não têm natureza processual criminal e, conseqüentemente, nunca poderiam constituir atos instrutórios, também o disposto no n.º 4, do artigo 32.º, da Constituição da República Portuguesa se revela, aqui, inaplicável.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

50. Também, quanto a esta dimensão da questão de constitucionalidade se nos afigura, assim, não ocorrer qualquer violação do Texto Fundamental, quer do prescrito no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, quer do disposto no artigo 32.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa.

51. Assim, por força do acabado de explanar, e reiterando o já afirmado, entendemos que não deverá o Tribunal Constitucional julgar inconstitucional a norma extraível do disposto, conjugadamente no “artigo 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º da LdC na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio”, negando, assim, provimento ao presente recurso.

Em face do explanado, negando provimento ao presente recurso fará o Tribunal Constitucional a costumada justiça.

[...].”

1.2.4. A Autoridade da concorrência alegou, assim concluindo:

“[...]

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

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

C. Ademais, o critério do correio eletrónico aberto/lido versus correio eletrónico fechado/não lido é o critério que tem sido acolhido como permitindo traçar a fronteira entre o que é correspondência e o que não é. Tem sido este o entendimento perfilhado pela doutrina – Santos Cabral, Conde Correia, Fernando Gama Lobo, Pedro Verdelho e Costa Andrade – e pela jurisprudência – pelo JIC de Lisboa (processos n.ºs 10626/18.0T9LSB e 3376/17.7T9LSB), pelo TCRS, (processos n.ºs 71/18.3YUSTR-I, 159/10.3YUSTR-A, 159/10.3YUSTR-B) e pelo TRL (processos n.ºs 744/09-1S5LSB-A.L1-9 e 229/18.5YUSTR-L2).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- E. É ao Ministério Público que cabe assegurar a proporcionalidade da medida, apreciando previamente a sua adequação à finalidade da diligência, a sua necessidade ou indispensabilidade (cf. n.º 2 do artigo 18.º e artigo 21.º da Lei n.º 19/2012), balizando a atuação da AdC.
- F. Já essa apreciação caberá ao JIC, de acordo com a lei, caso estejam em causa (i) buscas domiciliárias; (ii) buscas em escritório de advogado; (iii) buscas em consultório médico e (iv) apreensão, em bancos e outras instituições de crédito, documentos abrangidos pelo sigilo bancário (cf. n.ºs 1 e 7 do artigo 19.º e no n.º 6 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012).
- G. Da leitura do preceituado legal decorre que o próprio legislador já efetuou uma ponderação em torno da legalidade da medida, da sua natureza coerciva e da afetação que dela resulta para os direitos fundamentais da empresa visada, subordinando a atuação da AdC à prévia decisão do Ministério Público ou do JIC consoante a medida em causa.
- H. O facto de a busca e apreensão de correio eletrónico, in casu aberto e lido, estarem dependentes de autorização prévia do Ministério Público não garante uma proteção menor aos direitos, liberdades e garantias da empresa visada.
- I. O Ministério Público assume-se com uma autoridade judiciária independente, garante da legalidade democrática e da realização da justiça (cf. n.º 1 do artigo 219.º da CRP), externa e imparcial, sem interesse direto ou confundível com o da AdC na investigação da prática anticoncorrencial. Não é o Ministério Público que dirige o inquérito em processo contraordenacional da concorrência, ou que o conforma. Não é o Ministério Público que investiga, que acusa, mas a AdC. Não é o Ministério Público o requerente da medida de autorização da diligência de busca, exame e apreensão de correio eletrónico, neste caso aberto e lido, mas a AdC.
- J. Ora, a pergunta que se impõe responder é a de saber se o mandado emitido pelo Ministério Público, nesta sede, viola o princípio constitucional de reserva de juiz, constitucionalmente plasmado, designadamente no artigo 202.º e no n.º 4 do artigo 32.º da CRP.
- K. Tendo-se já debruçado sobre este princípio, o Tribunal Constitucional aponta, como a sua razão de ser, ou razão para justificar a intervenção prévia do JIC, uma conexão entre uma situação de grave afetação ou ingerência em direitos fundamentais e a necessidade de uma tutela jurisdicional para esse efeito.
- L. Quanto às diligências de busca propriamente ditas, estas são necessariamente coercivas, e logo lesivas da esfera da empresa. Quanto à diligência específica em discussão no presente processo da apreensão de correio eletrónico aberto e lido, também esta será lesiva pela sua própria natureza, mas não constitui uma ingerência intolerável no direito fundamental da empresa à inviolabilidade do sigilo de correspondência nos termos do n.º 1 do artigo 34.º da CRP, não tendo de ser acautelada nos termos do seu n.º 4, mediante despacho judicial prévio. Aliás, a tutela conferida pelo artigo 34.º da CRP está primordialmente pensada para a tutela da intimidade da vida privada, não podendo ser interpretada ou aplicada em igual medida tratando-se de pessoa coletiva e de informação criada e produzida no contexto da vida empresarial.
- M. Em rigor, o que é afetado pela diligência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º é o direito da empresa à privacidade ou à propriedade da documentação apreendida, não à privacidade da correspondência. O que é apreendido não é correspondência, mas documentação (in casu correio eletrónico aberto e lido), razão pela qual não está em causa um direito



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucionalmente tutelado nos termos do n.º 1 do artigo 34.º da CRP que tenha de ser acautelado nos termos do seu n.º 4.

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

Nestes termos e nos demais de Direito,

Deverá ser declarada a conformidade constitucional da alínea c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 18.º, n.º 1 do artigo 20.º e artigo 21.º da Lei da Concorrência, na interpretação de que admite o exame, recolha e apreensão de correio eletrónico, in casu aberto e lido, em processo contraordenacional de concorrência, desde que autorizada pelo Ministério Público e sem necessidade de despacho judicial prévio.

[...]

1.2.5. Tendo a relatora originária cessado funções no Tribunal Constitucional, foram os autos redistribuídos ao ora relator.

Cumpre apreciar e decidir o recurso.

II – Fundamentação

2. Está em causa, nos presentes autos, a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio.

2.1. Recentemente, foi proferido o Acórdão n.º 91/2023, no qual se decidiu *i)* não julgar inconstitucional a norma contida na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 18.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, mediante autorização judicial e *ii)* julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público. Assentou tal decisão nos fundamentos seguintes:

“[...]”

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

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

«Artigo 18.º

Poderes de inquirição, busca e apreensão

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

a) (...)

b) (...)

c) Proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova;

(...).»

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

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

«Artigo 18.º

Poderes de busca, exame, recolha e apreensão

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

a) (...)

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

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

(...).»

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Verifica-se assim que o legislador cedo dotou a AdC de verdadeiros poderes de investigação, pouco habituais na generalidade dos processos de natureza contraordenacional, que passaram em 2012 a compreender, no que aqui especialmente releva, a obtenção de meios de prova em processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência (artigo 13.º do RJC) através de «busca (...) e apreensão de (...) documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova» (artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do RJC).

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

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

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

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

Esta circunstância tem duas consequências.

Por um lado, submete a norma fiscalizada à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), nos termos do seu artigo 52.º, designadamente quanto aos direitos consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CFDUE. Por outro, obriga a não perder de vista que o direito da União Europeia possui o valor por ele próprio determinado, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição: sob ressalva dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, é a ordem jurídica comunitária a determinar os termos da sua aplicação na ordem jurídica interna, devendo esta ser interpretada em conformidade com as regras e princípios europeus. Trata-se aqui, como é sabido, de um cânone geral de interpretação do direito nacional, que releva do princípio da cooperação leal (n.º 3 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia [TUE]) e se dirige à plena eficácia do direito europeu, segundo o qual os tribunais nacionais, ao aplicarem o direito interno, devem interpretá-lo, na medida do possível, à luz do direito europeu. Nas palavras do TJUE, «[e]sta obrigação de interpretação conforme do direito nacional é



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

inerente ao sistema do Tratado FUE, na medida em que permite aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando decidem dos litígios que lhes são submetidos» (Acórdão do TJUE de 24.01.2012, Maribel Dominguez, proc. C-282/10).

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

É sabido que os direitos ao respeito pelas comunicações e à proteção de dados pessoais são tidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como incindivelmente ligados (Acórdão de 9 de novembro de 2010, Volker, procs. C-92/09 e C-93/09, n.º 47), sendo ambos interpretados com o sentido e alcance que resulta do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). É o que decorre do Acórdão do TJUE de 15 de novembro de 2011, Dereci, proc. C-256/11, n.º 70, onde se afirmou que «o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), relativo ao direito ao respeito da vida privada e familiar, consagra direitos correspondentes aos que são garantidos pelo artigo 8.º, n.º 1, da CEDH e que se deve, portanto, dar ao artigo 7.º da Carta o mesmo sentido e o mesmo alcance que o sentido e o alcance dados ao artigo 8.º, n.º 1, da CEDH, conforme interpretado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem». Neste quadro, a densificação da norma do artigo 7.º da CDFUE é feita através do regime que consta do n.º 2 do respetivo artigo 8.º, segundo o qual «[n]ão pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros».

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

direitos da União e referência incontornável na construção de standards de proteção de direitos fundamentais num espaço de interconstitucionalidade.»

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

O teor do articulado que integra a Diretiva ECN+ não estabelece expressamente essa obrigação. Na verdade, a obrigação que incumbe aos Estados-Membros é a de atribuir às autoridades nacionais da concorrência o poder de «[i]nspecionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspecionada» e de «[t]irar ou obter sob



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

O Considerando 32 da Diretiva aponta, porém, num sentido diverso. Afirma-se aí o seguinte: «Para ser eficaz, a competência das autoridades administrativas nacionais da concorrência para realizar inspeções deverá permitir-lhes ter acesso a informações acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a inspeção e relacionadas com a empresa ou associação de empresas investigada. Deverá assim incluir necessariamente a competência para pesquisar documentos, ficheiros ou dados em dispositivos não previamente identificados com precisão. Sem uma tal competência, seria impossível obter as informações necessárias à investigação nos casos em que as empresas ou associação de empresas assumissem uma atitude de obstrução ou se recusassem a cooperar. A competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas» (sublinhado aditado).

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

15.1. Em primeiro lugar, resulta dessa jurisprudência que a proteção das comunicações entre pessoas dispõe de assento constitucional próprio, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Lei Fundamental. Como se afirmou no Acórdão n.º 241/2002, «[i]ndependentemente da questão de saber se o sigilo das telecomunicações se inscreve sempre, numa relação de especialidade, com a tutela da vida privada (sendo embora seguro que o direito a tal sigilo garante o direito à reserva da intimidade da vida privada) certo é que aquele tem na Constituição um tratamento específico», que deriva do regime consagrado em matéria de inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada. Quer isto dizer que, não obstante o direito à inviolabilidade das comunicações constituir uma refração de outros direitos constitucionalmente tutelados (como o direito à reserva da intimidade da vida privada), a Constituição autonomizou a proteção de uma esfera de privacidade e de sigilo no domínio específico das comunicações interpessoais, associando-lhe uma garantia constitucional autónoma face àquela que já decorreria do n.º 1 do artigo 26.º da Constituição. Criou, assim, «um regime



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

especial de tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada» (Germano Marques da Silva e Fernando Sá, “Anotação ao artigo 34.º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Coimbra Editora, 2010, p. 756), que abrange as comunicações eletrónicas.

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

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

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

15.2. Da jurisprudência do Tribunal em matéria de garantia da inviolabilidade das telecomunicações decorre também que a proteção conferida pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição não abrange apenas o conteúdo das comunicações; estendendo-se ainda aos dados



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

gerados a seu propósito — designadamente aos chamados dados de tráfego. Como se sublinhou no Acórdão n.º 403/2015:

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

Com efeito, mesmo que não haja acesso ao conteúdo, a interconexão entre dados de tráfego pode fornecer um perfil complexo e completo da pessoa em questão — com quem mais conversa, que lugares frequenta, quais os seus horários, etc. A verdade é que, como refere Costa Andrade, “no seu conjunto, os dados segregados pela comunicação e pelo sistema de telecomunicações se revelam, muitas vezes, mais significativos que o próprio conteúdo da comunicação em si. O que, de resto, bem espelha o interesse com que, reconhecidamente, a investigação criminal procura maximizar a recolha de dados ou circunstâncias da comunicação, também referenciados como dados de tráfego” (cfr. “Bruscamente no verão passado — A Reforma do Código de Processo Penal”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137.º, julho-agosto 2008, pág. 338)».

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

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

Ainda que não seja decisiva, a resposta que se dê num ou noutro sentido também não é isenta de consequências. É que, caso se conclua, como fez o Tribunal recorrido, que as mensagens de correio eletrónico, uma vez abertas e lidas, deixam de ser consideradas «correspondência», que apenas se refere à «comunicação que está em trânsito», e por isso não gozam «da tutela constitucional fornecida pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa», o acesso por autoridades



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

públicas não se encontrará mais circunscrito aos termos da exceção contemplada no segmento final do n.º 4 do referido artigo 34.º, embora as normas que prevejam esse acesso fiquem sujeitas à observância das condições em que podem ser restringidos outros direitos fundamentais — como sejam os direitos à privacidade e à autodeterminação informativa, protegidos pelo artigo 26.º da Constituição —, designadamente aos limites fixados no artigo 18.º, n.º 2, às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

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

Vejamos se é mesmo assim.

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

A autonomização da proteção da inviolabilidade das comunicações face ao direito à reserva da intimidade da vida privada tem justamente este sentido: a Constituição garante a segurança das comunicações, independentemente da qualidade do destinatário ou da natureza da mensagem. Como refere Manuel da Costa Andrade, «[n]ão se trata da privacidade em sentido material mas, antes, de um caso paradigmático da privacidade em sentido formal. Desde logo, é indiferente o conteúdo das missivas ou telecomunicações, não se exigindo que versem sobre coisas privadas ou íntimas nem que contendam com segredos. Pode tratar-se de matérias inteiramente anódinas, da troca de informações comerciais entre empresas ou mesmo da circulação de ofícios ou protocolos entre órgãos ou agentes da Administração Pública, em princípio expostos às regras da transparência” (“Comentário ao artigo 194.º, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 1084). É por esta razão que a inviolabilidade da correspondência consubstancia um direito referente às comunicações mesmo que dirigidas a pessoas coletivas e ainda que o conteúdo apenas diga respeito a pessoas coletivas (Maria João Antunes, Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida, Almedina, 2020, p. 52). O que é tutelado é a interação comunicativa em si mesmo considerada — a confiança na segurança e reserva dos sistemas de comunicações —, o que abrange as comunicações eletrónicas enviadas e ou recebidas através de correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes.

Não é outra, de resto, a orientação desde há muito sufragada na jurisprudência constitucional. Como este Tribunal cedo reconheceu, o direito à inviolabilidade das comunicações e da correspondência é titulado também pelas pessoas coletivas, abrangendo desse modo as missivas (eletrónicas ou postais) destinadas ou remetidas a endereços de pessoas coletivas: nas palavras do



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 198/1985, «este é um direito fundamental de que também tais pessoas gozam, nos termos do n.º 2 do artigo 12.º da Constituição».

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

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

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

São essencialmente duas as razões que suportam este entendimento.

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

Por outro lado, assume-se que correspondência suscetível de ser violada é apenas aquela que dispõe de uma proteção física exterior, que faz com que a mensagem se encontre fechada, tornando o respetivo conteúdo inacessível por terceiros; uma vez violado o envelope que protege fisicamente o conteúdo da mensagem, esta deixa de se encontrar coberta pelo sigilo, uma vez que passa a estar em condições de poder ser lida por terceiros — é essa, aliás, a razão pela qual se defende que os simples postais não se encontram abrangidos pela proteção decorrente dos n.ºs 1 e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4 do artigo 34.º da Constituição (cfr. Germano Marques da Silva e Fernando Sá, “Anotação ao artigo 34.º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 772).

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

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

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

Com efeito, opõem-se-lhe não apenas aqueles que defendem que o correio eletrónico, em si mesmo, constitui uma realidade diversa da correspondência escrita, devendo ser para todos os efeitos encarado como mero documento em suporte informático (cfr. Rogério Bravo, “Da não equiparação do correio eletrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta”, *Polícia e Justiça*, n.º 7, 2006, p. 209), como aqueles que, no polo oposto, consideram que as mensagens de correio eletrónico constituem sempre comunicações, mesmo depois de lidas □ posição que parece, aliás, subjacente à opção do legislador processual penal em sujeitar as «conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico» ao regime das escutas telefónicas, ainda que «guardadas em suporte digital» (artigos 187.º e 189.º do Código de Processo Penal) □ ou mesmo que o correio eletrónico é insuscetível de assimilar a distinção entre aberto e não aberto, demandando por essa razão o estabelecimento de um outro critério para a determinação do momento em que a mensagem deixa de poder ser vista como comunicação (Gonçalo Anastácio e Diana Alfafar, “Anotação ao artigo 20.º”, *Lei da*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Concorrência — Comentário Conimbricense, 2.ª edição, Almedina, 2017, p. 342; Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2011, p. 159; Rui Cardoso, “Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante — artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX”, Revista do Ministério Público, n.º 158, 2018, p. 177).

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

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

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

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

18.2. Tal entendimento é de manter aqui.

No domínio do correio eletrónico, a marcação de certa mensagem como aberta constitui um evento imprestável para determinar o fim da sua natureza de comunicação □ e, em consequência, a paralisação da proteção especialmente concedida pelo artigo 34.º da Constituição □, devendo entender-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”.

Pelo menos duas razões apontam claramente nesse sentido.

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se o fundamento subjacente à cessação da tutela constitucional das comunicações tem que ver com a possibilidade de o destinatário, uma vez lida a mensagem, poder adotar e desenvolver a proteção que entender — inclusivamente destruindo-a —, a circunstância de uma mensagem estar marcada como «lida» constitui um elemento de fraco préstimo para suportar a conclusão de que aquela chegou efetivamente ao destinatário e de que este pôde protegê-la.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

suma, a razão pela qual, no caso do correio eletrónico, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade das comunicações não abrange apenas as mensagens ainda não lidas («o conhecimento do destinatário pressupõe da parte deste um gesto necessário de "chamada" da mensagem, gesto que desencadeia um ato de telecomunicação [do provider para o destinatário]»), estendendo-se ainda às mensagens já abertas — os «e-mails que continuam (e enquanto continuam) no domínio — e, por causa disso, expostos à intromissão arbitrária — do provider» (cfr. *ibidem*, p. 342). O critério decisivo de que a mensagem chegou definitivamente ao destinatário não será, por conseguinte, a marcação da mensagem como lida, mas sim o seu arquivamento definitivo, fora da caixa de correio eletrónico virtual.

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

«17. Ao definir o campo de incidência da lei restritiva do direito à inviolabilidade das comunicações pela “matéria de processo criminal” a Constituição ponderou e tomou posição (em parte) sobre o conflito entre os bens jurídicos protegidos por aquele direito fundamental e os valores comunitários, especialmente os da segurança, a cuja realização se dirige o processo penal. Não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer em matéria de processo penal. É que a não inclusão de outras matérias do âmbito da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

restrição do direito à inviolabilidade das comunicações, não é contrária ao plano ordenador do sistema jurídicoconstitucional. Ainda que se pudesse considerar, em abstrato, que há outras matérias em que o valor da segurança sobreleva os valores próprios do direito à inviolabilidade das comunicações, a falta de cobertura normativa da restrição em matérias extraprocessuais não frustra as intenções ordenadoras do atual sistema, porque há razões político-jurídicas que estão na base da abstenção do legislador constitucional.

(...)

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

métodos inadmissíveis e [n]a obrigatoriedade de intervenção de um juiz quando esteja em causa a prática de atos potencialmente lesivos de direitos fundamentais» (idem, n.º 9.2).

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

«Desde logo, a realização da justiça, não sendo um fim único do processo criminal, apenas pode ser conseguida de modo processualmente válido e admissível e, portanto, com o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas que no processo se veem envolvidas. O respeito desses direitos conduz, por exemplo, a considerar inadmissíveis certos métodos de provas e a cominar a nulidade de «todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» (cfr. artigo 32.º, n.º 8, da CRP). A nulidade das provas, com a consequente impossibilidade da sua valoração no processo, quando sejam obtidas por ingerência abusiva nas comunicações, corresponde assim a uma garantia do processo criminal e resulta de ter havido acesso à informação fora dos casos em que a própria Constituição consente a restrição ao princípio da inviolabilidade dos meios de comunicação privada.

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

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

Partindo da premissa segundo a qual os preceitos constitucionais devem ser interpretados à luz da própria Constituição, enquanto unidade dotada de uma coerência axiológica intrínseca, tal posição sustenta que os «fins e interesses», «direitos ou valores» para a salvaguarda dos quais é concedida ao legislador autorização para restringir o direito à inviolabilidade das comunicações



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

«em matéria de processo criminal» são aqueles que a própria ordem constitucional consente que sejam inscritos nesse específico âmbito ou domínio da regulação. O conteúdo positivo da exceção à proibição de ingerência nos dados de comunicação constante do inciso final do n.º 4 do artigo 34.º é recortado assim, não a partir do conceito formal de crime — segundo o qual crime «será tudo, mas só aquilo que o legislador considerar como tal» (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 121*) —, mas a partir do conceito material de crime — aquele que a ordem axiológica jurídico-constitucional integra e reflete —, essencialmente constituído pela noção de bem jurídico, enquanto «valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total» (*idem*, p. 136).

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

«É todo o domínio da regulação que participe da natureza própria do «direito penal total», cuja propriedade essencial é a função específica de proteção dos bens fundamentais da vida em comunidade organizada, através da prevenção de lesões futuras e da repressão de lesões passadas. Nos casos de tutela retrospectiva, a defesa dos bens fundamentais da comunidade — precisamente aqueles que a Constituição consagra e incumbe o Estado de proteger — encontra o seu arquétipo de concretização no âmbito do processo criminal: é através da instauração de um processo que se determina se foi praticado determinado crime e quem foi o seu autor, e, em caso afirmativo, se decide qual a pena que a este deverá ser aplicada de modo a assegurar a reafirmação contrafáctica da validade e vigência da norma penal violada e, em última instância, a defesa da ordem constitucional.

Ora, é nesta particular e relevantíssima finalidade, desempenhada paradigmaticamente pelo processo penal, que reside a razão de ser da autorização excepcional de acesso a dados de comunicação prevista no segmento final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição: ao limitar os possíveis casos de ingerência «à matéria de processo penal», a Constituição assegura que o acesso a dados de comunicação apenas poderá ser autorizado pelo legislador ordinário quando a medida que o concretiza participar da finalidade de defesa dos bens fundamentais da comunidade, e se mantiver, por via disso, dentro do critério de valor que caracteriza e singulariza o domínio da vida que justifica tal restrição.»

É esta a posição que aqui se seguirá.

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

«[o] direito penal, enquanto direito de proteção, cumpre uma função de ultima ratio. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos — e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

criminais. É, assim, um direito enformado pelo princípio da fragmentariedade, pois que há de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à proteção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. É enformado, bem assim, pelo princípio da subsidiariedade, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para proteção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais não de constituir sempre o último recurso.»

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

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

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

22. Se as medidas penais, como se disse no Acórdão n.º 99/2002, «só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (cfr. artigo 18.º da Constituição)», não é menos verdade que esse juízo cabe, em primeira linha, ao legislador democrático, «ao qual se há de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade» (Acórdão n.º



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

634/1993). No fundo, trata-se de «salvaguardar o «primado político do legislador» (Bachof) nos espaços de discricionariedade decorrentes do princípio da subsidiariedade», a ele reservando «a competência para definir os objetivos políticos e os critérios de adequação, como assumir os riscos pelas expectativas ou prognósticos sobre cuja antecipação assentam as suas decisões normativas — Cf. O. Bachof, «Estado de Direito e Poder Político. Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política», BFDC 1980, p. 9 e sg.» (Manuel da Costa Andrade, «O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia», Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 228, nota 34).

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

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

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

Já se se entender que o sentido da exceção contida no inciso final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição é o de autorizar o legislador a lançar mão de meios de obtenção de prova que impliquem a ingerência de autoridades públicas nas telecomunicações sempre que, mas apenas quando, o mecanismo de que concretamente se trate for adequado, necessário e proporcional à tutela de um bem da «máxima relevância jurídica» segundo a axiologia subjacente à própria ordem jurídico-constitucional, independentemente de essa tutela ocorrer através da ameaça de uma pena ou, por escrupuloso respeito ao princípio da subsidiariedade (o mesmo é dizer, ao princípio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

da proibição do excesso), mediante a intervenção da ordem sancionatória não privativa da liberdade representada pelo direito das contraordenações, será possível ao legislador dotar a AdC de «meios para [aplicar] as regras de forma eficaz», evitando que «as práticas anticoncorrenciais fi[quem] impunes, porque [...] não se conseguem recolher elementos de prova de práticas anticoncorrenciais» (Considerando 6 da Diretiva), sem renunciar à função de ultima ratio que a Constituição fixa ao direito penal.

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

intersubjetiva, à margem de um processo penal formalizado e sem que aí tenham sido asseguradas todas as garantias de defesa inerentes ao estatuto de arguido.

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

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

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

No caso vertente, situamo-nos no âmbito daquela primeira exigência. A norma de que resulta a possibilidade de busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência diz respeito aos pressupostos de acesso a dados abrangidos pela garantia de inviolabilidade dos meios de comunicação privada e não às condições em que a utilização dos dados acedidos pode ter lugar. Ao contrário do primeiro, este problema apenas se coloca no caso de (e no momento em que) os dados acedidos virem a ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

efetivamente utilizados pelas autoridades públicas responsáveis pelo acesso, em desfavor do titular das comunicações acedidas ou de um terceiro.

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

Ora, a disponibilização do meio de obtenção de prova que a norma sindicada faculta à AdC inscreve-se no propósito, enfatizado e reforçado pela Diretiva ECN+, de dotar a autoridade nacional da concorrência de instrumentos eficazes para a recolha de elementos de prova das infrações cometidas através de práticas anticoncorrenciais, cuja impunidade, como ali se diz, impedirá as empresas «de concorrerem com base nos seus méritos» (Considerando 6) e penalizará severamente os consumidores, tendo em conta que, «[n]uma economia de mercado, um dos principais instrumentos de defesa dos interesses económicos [destes] são as instituições de defesa da concorrência, sancionando-se, designadamente as práticas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante» (Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, I Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 782).

Para a realização desta finalidade, a possibilidade de acesso, através de busca e apreensão em sistemas informáticos, a comunicações eletrónicas enviadas e recebidas no âmbito do correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes constitui uma medida idónea e necessária. Idónea porque as práticas anticoncorrenciais proibidas — em particular as que se traduzem em acordos entre empresas concorrentes tendo por objeto a fixação dos preços, a atribuição de quotas de produção ou de venda, o controlo da distribuição ou do desenvolvimento técnico e a repartição dos mercados — resultam precisamente de trocas de informação e comunicações entre as partes envolvidas, através das quais são forjados os esquemas de manipulação e falseamento do livre desenvolvimento dos mercados. Necessária porque, atendendo ao que acabou de dizer-se, não são facilmente configuráveis, em abstrato, outros meios de obtenção de prova, menos onerosos e tão ou mais eficazes, para o combate às práticas que põem em causa a criação e o funcionamento de «mercados concorrenciais mais abertos e mais justos» (Diretiva ECN+, Considerando 1), internamente e na União. Na verdade, «a informalidade que caracteriza as práticas restritivas mais graves — os cartéis —» pode mesmo implicar que não possam considerar-se asseguradas as «condições mínimas para a investigação tendente ao exercício dos poderes sancionatórios» sem a previsão de um regime de busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico (neste sentido, referindo-se aos “danos colaterais” para a defesa da concorrência gerados pelo entendimento restritivo dos poderes da AdC que resultou das alterações



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

introduzidas ao Código de Processo Penal pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, que equipararam, como atrás se viu, a recolha de prova em meio digital a escutas telefónicas, v. Miguel Moura e Silva, “As práticas restritivas...”, cit., p. 24). Conforme alertou o Conselho Superior da Magistratura em parecer datado de 23 de fevereiro de 2012, emitido durante o procedimento legislativo que culminou na aprovação da Lei n.º 19/20212, «[a]s mensagens de correio eletrónico são um dos raros meios de prova disponíveis para a prova dos cartéis, abstraindo dos requerimentos de clemência. Nesta conformidade, a falta de norma deixará a AdC com a mesma dificuldade com que já hoje se depara nas suas buscas, aliás contra a corrente dos poderes das suas congéneres europeias e da própria Comissão Europeia [...]»

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

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

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

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

Na versão aplicável ao caso dos autos, o artigo 19.º do RJC determina que a realização de busca domiciliária, para além de supor a «violação grave» do disposto nos respetivos artigos 9.º e 11.º ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, «deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência» (n.º 1), que terá de «mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização» (n.º 2), podendo o «juiz de instrução» ordenar àquela entidade «a prestação de informações sobre os elementos que forem necessários para o controlo da proporcionalidade da diligência requerida» (n.º 3). Por sua vez, o n.º 2 do artigo 18.º do RJC prescreve que as diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dependem de autorização da «autoridade judiciária competente» — o mesmo é dizer, do juiz ou do Ministério Público (cfr. artigo 1.º,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

alínea b), do Código de Processo Penal) □, independentemente da natureza do objeto buscado, examinado, recolhido ou apreendido.

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

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

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

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

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

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

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

«O artigo 34.º da CRP, após proclamar, no n.º 1, a inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada, considera, no n.º 4, “proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os demais casos previstos na lei em matéria de processo criminal” (o inciso “e nos demais meios de comunicação” foi aditado pela revisão constitucional de 1997, tendo em vista as modernas formas de comunicação à distância, que não correspondem aos sentidos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tradicionais de correspondência ou de telecomunicações). Da formulação literal do n.º 4 do artigo 34.º da CRP resulta a limitação direta da admissibilidade da “ingerência ... nas comunicações” ao âmbito do processo criminal e a sua sujeição a reserva de lei. Mas desse preceito constitucional já não resulta, ao menos de forma explícita e direta, a sujeição da “ingerência” a reserva de decisão judicial, como, diversamente, o precedente n.º 2 faz relativamente à entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade, que só pode ser ordenada “pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei”.»

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

Sucedem, porém, que, tratando-se, como se demonstrou, de normas restritivas de direitos, liberdades e garantias, a afetação de tais direitos deverá ser a menor possível, devendo limitar-se ao mínimo indispensável para assegurar uma efetiva prossecução dos bens e valores jusconstitucionais que fundamentam a restrição. Ora, considerando o impressivo e distinto retrato do juiz e do Ministério Público que resulta do texto constitucional e das disposições legais aplicáveis – vistos os seus diferentes estatutos e poderes – parece incontornável reconhecer que a intervenção judicial constitui uma garantia adicional de ponderação dos direitos e liberdades atingidos no decurso da investigação criminal (veja-se o que se disse nos Acórdãos n.ºs 42/2007, n.º 155/2007, n.º 228/2007 e n.º 213/2008).

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

[...]

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

É este o elemento que dita a incompatibilidade com a Constituição da solução globalmente alcançada pelo Tribunal recorrido. Não a circunstância de a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas ocorrer no âmbito de um processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência, mas o facto de ser realizada com dispensa das garantias inerentes ao modelo de autorização judicial prévia, o mesmo é dizer, sem que um juiz seja chamado a formular um juízo de ponderação suscetível de assegurar, no caso concreto, a adequação, necessidade e proporcionalidade daquele meio de obtenção de prova, tendo em conta a gravidade das práticas anticoncorrenciais indiciadas, a consistência das razões invocadas para justificar a necessidade da ingerência nas mensagens de correio eletrónico marcadas com abertas e a indispensabilidade da diligência para a realização das finalidades que com ela se pretendem prosseguir.

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

[...]” (sublinhados acrescentados).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.2. Há uma diferença que se evidencia entre o objeto do recurso nos presentes autos e a norma apreciada no Acórdão n.º 91/2023: esta diz respeito, em qualquer dimensão, às mensagens de correio eletrónico abertas (ou marcadas como abertas), enquanto aquele se refere apenas, genericamente, a “*recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico*”, sem distinção.

Tal diferença, todavia, para quem aceitar, sem reservas, os fundamentos do Acórdão n.º 91/2023, não se projeta em qualquer diversidade no sentido decisório, isto porque a pretendida diferenciação ali apreciada visava, precisamente, conferir *menor proteção* às mensagens lidas (ou marcadas como lidas), face às demais. E foi esse diferente tratamento que aquela decisão do Tribunal rejeitou, equiparando, por isso, todas as mensagens sem distinção:

“[...]

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

Tal entendimento é de manter aqui.

[...]”.

E, em todo o caso, também se concluiu que:

“[...]

[Ainda] que fosse possível operar com um critério baseado na distinção mensagens lidas e não lidas, certo continuaria a ser que o acesso a uma caixa de correio eletrónico em que se mantenham mensagens abertas envolve necessariamente a intromissão em comunicações indiscutivelmente abrangidas pelo direito à inviolabilidade das comunicações.

[...]”.

Por outro lado, quanto à suscetibilidade da apreensão *atendendo à natureza do processo*:

“[...]

[A] natureza (apenas) contraordenacional do processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência não exclui em absoluto a possibilidade de previsão da ingerência nas comunicações a coberto da autorização concedida pelo inciso final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

[...]”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Já quanto à proporcionalidade dessa restrição:

“[...]”

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

[...]”.

O juízo de inconstitucionalidade – no pressuposto da equiparação atrás referida entre mensagens lidas e não lidas – dirigiu-se unicamente à falta de intervenção do juiz de instrução para assegurar um controlo judicial prévio, “destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com a realização de buscas domiciliárias, a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, o nível de indiciação da participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da convicção de que a diligência pretendida é indispensável para a descoberta da verdade dos factos ou de que a prova tida em vista seria impossível ou muito difícil de obter por meios alternativos, menos intrusivos para os direitos do(s) visado(s)”.

Pois bem, colocada assim a questão, são de acolher integralmente os fundamentos do Acórdão n.º 91/2023, os quais se dão por reproduzidos e que assim se repercutirão, inevitavelmente, sobre a norma *sub judice* enquanto fundamentos da sua inconstitucionalidade. Se não há que distinguir entre mensagens lidas e não lidas, designadamente para efeitos de proteger *menos intensamente* estas últimas, então o seu estado é irrelevante para efeitos de enquadramento jurídico-constitucional.

Assim resultam, necessariamente, afastados os argumentos apresentados nas contra-alegações, seja por assentarem na ideia de relevância da distinção entre correio lido e não lido (aliás, não refletida no enunciado normativo que é objeto do recurso), como sustentou a Autoridade da Concorrência, seja por via de se afirmar que “a eventual apreensão de meros documentos armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos, bem como a norma que a autorize, não se revelam



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

violadoras do disposto nos n.ºs 1 e 4, do artigo 34.º, da Constituição”, posição em que se fundou, também, a conclusão dos recorridos no sentido da desnecessidade de controlo judicial.

Consequentemente, a norma segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de (qualquer) correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, é violadora do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição.

2.3. Resulta do exposto que há razões de censura jurídico-constitucional da norma contida nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, com a conseqüente procedência do recurso, sendo os autos remetidos ao Tribunal da Relação de Lisboa, para que reforme a decisão em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade agora afirmado (artigo 80.º, n.º 2, da LTC).

III – Decisão

3. Em face do exposto, decide-se:

a) julgar inconstitucional a norma contida nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição; e, em consequência,

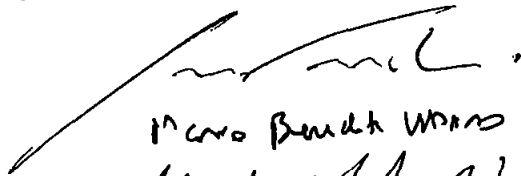


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

b) conceder provimento ao recurso, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal da Relação de Lisboa para que reforme a decisão em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade agora afirmado.

Sem custas.

Lisboa, 26 de Maio de 2023.


Marco Brandão Martins
U. de A. M. A. L.

