



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- **Requerimentos entrados em juízo em 04.07.2024 e em 09.07.2024**: A considerar oportunamente.

*

- **Requerimentos de 08, 09 e 12 de Julho de 2024 e ponto 4 da promoção de 30.09.2024**:

Julgo validamente prestada a caução pela Recorrente nestes autos, com vista a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, em consequência, declaro tal efeito do recurso nestes autos.

*

- **Requerimento entrado em juízo em 06.09.2024, ref.ª 84059**: Tomei conhecimento, consignando que já se mostra cumprido o disposto no artigo 47.º do Código de Processo Civil.

*

- **Primeira parte da promoção de 30.09.2024**:

Corrigindo a que agora se encontra aposta, anote o prazo de prescrição indicado na douta promoção indicada na capa dos presentes autos, devendo fazer-se constar o seguinte: "dia 13/06/2030, a que acresce a causa de suspensão sem limitação temporal prevista no n.º 9 do artigo 74.º do RJC, iniciada em 26.02.2024".

- **Do pedido de reenvio prejudicial**:

No âmbito dos presentes autos, a Autoridade da Concorrência (AdC) proferiu decisão final data de 20 de Dezembro de 2023, em sede da qual declarou que a **Dietmed – Produtos Dietéticos e Medicinais, S.A.** implementou uma prática concertada de fixação e imposição, por meios directos e



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

indirectos, dos preços de revenda no mercado nacional de distribuição grossista de produtos de alimentação saudável e no mercado nacional de distribuição grossista de suplementos alimentares entre 2 de Março de 2016 e 13 de Dezembro de 2022, tendo praticado uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Concorrência, fixando uma coima de € 1.040.000 (um milhão e quarenta mil euros), nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 69.º da Lei da Concorrência.

Mais impôs à visada, a título de medida de conduta, a imediata cessação da prática restritiva da concorrência objeto da referida Decisão, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei da Concorrência.

Ordenou-lhe também, a título de sanção acessória, que procedesse à publicação, no prazo de 20 (vinte) dias a contar do trânsito em julgado da Decisão, de um extracto da mesma, nos termos e conforme a cópia que lhes será oportunamente comunicada, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 71.º da Lei da Concorrência.

Dessa decisão recorreu a Visada para este tribunal, defendendo, enquanto questão prejudicial, a nulidade da prova respeitante a correio electrónico obtido em diligências de busca e apreensão que tiveram por base mandado emitido pelo Ministério Público no âmbito de processo distinto, em que era Visada Farmodiética – Cosmética, Dietética e Produtos Farmacêuticos, S.A...

Refere que foi com base na obtenção desse correio electrónico que resultou a apreensão de diversos elementos que para a AdC indiciavam a prática por parte da Visada FARMODIÉTICA de comportamentos qualificáveis como restrições verticais da concorrência, mas também o envolvimento de outras empresas, de entre a aqui Recorrente DIETMED, em práticas anticoncorrenciais.

Com base nos mesmos elementos, a AdC terá iniciado o presente processo de contra-ordenação e obteve novo mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público, apreendendo novo correio electrónico.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

A Recorrente alegou, de forma sucinta, que o Ministério Público não dispõe de poderes para a emissão de mandados de busca e apreensão de correio eletrónico, sendo, ao invés, necessário que a apreensão seja determinada por despacho judicial, sob pena de nulidade.

Entende que todas as mensagens, independentemente de estarem abertas ou fechadas devem ser tratadas como correspondência, pelo que a sua apreensão está sujeita ao regime de tutela reforçada, incluindo a reserva de juiz.

Em termos jurisprudenciais, invoca os dois acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional (TC) com os n.ºs 91/2023 e 314/2023.

Para além disso, junta o parecer jurídico intitulado, "Apreensão de Correio Eletrónico no Direito Português e Europeu", datado de 21 de Fevereiro de 2024, cujo autor é o Ilustre Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

Com relevo para a questão sub judice, resulta dos autos, o seguinte:

1. No âmbito do processo contra-ordenacional com o n.º PRC/2022/01 instaurado pelo conselho de administração da AdC em 18 de Janeiro de 2022 e tendo por visada a empresa Farmodiética – Cosmética, Dietética e Produtos Farmacêuticos, S.A. ("FARMODIÉTICA"), a AdC obteve autorização para proceder a diligências de busca, exame e apreensão nas instalações da referida Visada FARMODIÉTICA, sitas em São Domingos de Rana.
2. A referida autorização foi obtida mediante requerimento apresentado pela AdC, nos termos dos artigos 18.º a 21.º do RJC (na redacção anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto), junto do Ministério Público – Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa (¹), que procedeu à emissão dos respectivos mandados de autorização, em **20.01.2022**;

¹ Ver ponto 9, página 7 da versão não confidencial da Decisão Final em sede de procedimento de transação (fase de inquérito) adotada no processo n.º PRC/2022/01, disponível para consulta em:



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

3. Das diligências referidas no ponto anterior resultou a apreensão de diversos elementos que para a AdC indiciavam a prática por parte da Visada FARMODIÉTICA de comportamentos qualificáveis como restrições verticais da concorrência, mas também o envolvimento de outras empresas, de entre as quais a aqui Visada DIETMED, em práticas anticoncorrenciais;
4. Em consequência, a AdC, em **16 de Novembro de 2022**, determinou a extracção de certidão de teor em suporte digital de dois dos documentos apreendidos (identificados com as referências FD-0105 e FD-0225) para efeitos de abertura de processo contra-ordenacional autónomo, processo esse que viria a ser identificado sob a referência PRC/2002/07 e que corresponde ao processo onde foi proferida a decisão aqui impugnada;
5. Nestes autos, a AdC requereu, nos termos do disposto do n.º 3 do artigo 18.º, do n.º 1 do artigo 20.º e do artigo 21.º da Lei da Concorrência, ao Ministério Público – Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa a emissão de mandado para a realização de diligências de busca, exame, recolha e apreensão ⁽²⁾;
6. A referida entidade judiciária emitiu o mandado requerido pela AdC, bem como o respectivo despacho de fundamentação, no dia **12 de Dezembro de 2022** ⁽³⁾.
7. Na sequência do mandado, entre os dias 14 e 16 de Dezembro de 2022, foram realizadas diligências de busca, exame, recolha e apreensão nas instalações da Dietmed, em Viseu;
8. Nesse âmbito, de acordo com as condições de armazenamento dos ficheiros electrónicos da Dietmed, conforme esclarecido pela mesma, e com a metodologia de recolha de prova da AdC, foi pedido acesso às *mailboxes* do servidor próprio da visada e nessa sequência foram apreendidos os elementos de prova entretanto juntos aos autos, onde se inclui correio electrónico marcado como aberto ⁽⁴⁾;

https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/processos/prc/AdC-PRC_2022_01-Decisao-VNC-final-net.pdf, sitio electrónico este indicado pela Recorrente como elemento de prova.

² Fls. 19 a 53 do processo.

³ Fls. 54 a 64 do processo.

⁴ Fls. 65 a 84 do processo.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

*

O regime processual nacional aplicável:

Aos presentes autos é aplicável o Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, com as alterações operadas pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto, tendo em vista que de acordo com o artigo 10.º da citada Lei, esta entrou em vigor em **17 de Setembro de 2022**, sendo que, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da mesma Lei, as suas disposições aplicam-se aos procedimentos desencadeados após a respectiva entrada em vigor, o que é o caso.

Já no que tange ao mandado de busca e apreensão emitido no âmbito do processo contra-ordenacional com o n.º PRC/2022/01 instaurado pelo conselho de administração da AdC em 18 de Janeiro de 2022, o mesmo estava vinculado ao Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, antes das alterações operadas pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto.

Julgamos, contudo, que tanto num regime como noutro, a questão sobre a validade da prova constituída por mensagens de correio electrónico apreendidas com base em autorização do Ministério Público é similar, não existindo alterações materiais significativas que importem aflorar de forma profunda as suas dissonâncias.

Ainda assim, cumpre mencionar que a Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto transpôs a Directiva (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, alterando o regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio e os Estatutos da Autoridade da Concorrência.

Essa lei alterou a redacção do artigo 18.º do RJC que, para o que importa, passou a prever que ***“no exercício de poderes sancionatórios, a AdC, através dos seus órgãos ou trabalhadores pode, designadamente, 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”*** (al. b) do n.º 1 do artigo 18.º) – sublinhado nosso



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Porém, tal possibilidade já decorria da na al. c) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, na versão anterior à dada pela Lei n.º 17/2022, de 17/08, segundo a qual ***"no exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente, proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extractos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova."*** – sublinhado nosso

Os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 18.º do RJC mantiveram a sua redacção original, sendo previsto que as referidas diligências dependem de decisão da autoridade judiciária competente, sendo que tal autorização é solicitada previamente pela Autoridade da Concorrência, em requerimento fundamentado, devendo o despacho ser proferido no prazo de 48 horas.

O n.º 1 do artigo 20.º do RJC também manteve a sua redacção: ***"As apreensões de documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária."*** – sublinhado nosso

A AdC fundamentou as diligências de busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como abertas com base no disposto naqueles normativos acabados de citar.

Com efeito, com base nos normativos citados, a Autoridade da Concorrência requereu, mediante pedido fundamentado, autorização ao Ministério Público para realizar as diligências de busca e apreensão de correio electrónico marcado como lido, o que foi autorizado.

No entendimento da AdC, as mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, não são correspondência e, por isso, não seria aplicável o regime constitucional respeitante à inviolabilidade da correspondência, que está sujeito à reserva de juiz quanto à respectiva autorização.

Segundo o n.º 1 e 4 do artigo 34.º da CRP:

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



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juíz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

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

Segundo o n.º 4 do artigo 32.º da CRO, ***“Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.”***

*

Neste momento, questiona-se a interpretação dos artigos 18.º e 20.º do RJC no sentido de saber, se em processo por prática restritiva da concorrência, é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como abertas.

Quanto a essa questão, já respondeu o Tribunal Constitucional, em sede de outros autos, no sentido de que não viola qualquer normativo constitucional tal circunstância, pelo que é plenamente válida a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como abertas (ou não), no âmbito de processos contra-ordenacionais por violação de regras da concorrência – vide acórdão do TC n.º 91/2023, processo n.º 559/2020, de 16 de Março de 2023, acórdão do mesmo TC n.º 314/2023, de 26 de Maio e Decisão sumária do TC n.º 277/2024, de 24 de Abril, in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230091.html.

Quanto a essa matéria não iremos tecer quaisquer asserções suplementares, tendo em vista o decidido no referido acórdão, que, nessa concreta parte, acompanhamos.

Questiona-se, todavia e também, se a norma extraída dos artigos 18.º e 20.º do RJC no sentido de que em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas abertas mediante **autorização do Ministério Público** é incompatível com o disposto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 4 do artigo 32.º, ambos da CRP.

Também, quanto a essa questão, os mesmos citados acórdão do TC responderam, no sentido de julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual, em processo contra-ordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público.

Tais acórdãos não têm força obrigatória geral – n.º 1 do artigo 282.º da CRP.

Assim sendo, a nulidade da norma declarada inconstitucional naqueles acórdãos não implica a sua expulsão da ordem jurídica, nem a eliminação de todos os efeitos passados que tenha produzido desde a sua origem ou desde a ocorrência do vício, não implica a força de caso julgado, que impossibilita que a declaração de invalidade possa vir a ser recorrida ou reapreciada no mesmo processo ou em outros processos com igual objecto e também não implica uma eficácia “frente a todos”, ou seja, não implica um acatamento da decisão por todas as autoridades públicas (legislador, administração e tribunais) e por todos os cidadãos.

Também o STJ se pronunciou, proferindo um acórdão uniformizador de jurisprudência, considerando que em processo de contra-ordenação relativo a práticas restritivas da concorrência previstas no Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio), compete ao juiz de instrução ordenar ou autorizar a apreensão de mensagens de correio electrónico ou de outros registos de comunicações de natureza semelhante, independentemente de se encontrarem abertas (lidas) ou fechadas (não lidas) – vide acórdão n.º 12/2024, <https://www.stj.pt/uniformizacao-de-jurisprudencia/jurisprudencia-fixada-criminal-ano-2024>.

O acórdão uniformizador de jurisprudência vale apenas inter partes mas não tem efeito vinculativo extra-processual, sem prejuízo do seu carácter orientador e persuasivo.

Porém, mais recentemente, foi proferido acórdão pelo Tribunal Constitucional em sentido inverso aos que foram proferidos anteriormente, concluindo não ser inconstitucional o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (na redacção original, anterior à conferida pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto), quando interpretado:



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

“i) - No sentido de que “é possível, em processo de contra-ordenação da concorrência, examinar, recolher e apreender mensagens de correio electrónico”;

“ii) - No sentido de admitir a “possibilidade de exame, recolha e/ou apreensão de mensagens de correio electrónico «abertas» ou «lidas»”;

“iii) - No sentido de “admitir o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio electrónico em processo de contra-ordenação da concorrência sem despacho judicial prévio” – vide acórdão n.º 533/2024.

Nesta medida, continua a não ser líquido a conformidade constitucional da prova consistente em correio electrónico apreendida com base em correio electrónico em processos contra-ordenacionais por violação de normas da concorrência.

A Recorrente veio requerer que, antes dos autos avançarem, seja proferida imediata decisão sobre esta questão prévia por si suscitada.

O tribunal entendeu ser de ouvir os sujeitos processuais acerca da pertinência de formular um pedido de reenvio prejudicial junto TJUE – vide despacho de 04.06.2024.

O Ministério Público não se opôs.

A Recorrente considerou que tal pedido não se justifica (vide requerimento entrado em juízo em 24.06.2024, ref.ª 81907), por considerar não estar em causa a apreciação de uma questão que convoque a aplicação do Direito da União Europeia.

A AdC declarou não se opor ao pedido de reenvio prejudicial pelo TCRS ao TJUE e sugeriu questões a formular (vide requerimento entrado em juízo em 24.06.2024, ref.ª 81909).

*

A concorrência é o regime regra de organização económica numa economia de mercado, sendo que o direito da concorrência tutela bens jurídicos que são constitucionalmente protegidos (vide



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juíz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

n.º 1 do artigo 61.º, artigo 62.º, n.º 1 do artigo 47.º, n.º 1 do artigo 60.º e principalmente, a al. f) do artigo 81.º e als. a) e c) do artigo 80.º, todos da CRP).

Numa perspectiva de mercado, as regras da concorrência visam garantir o livre funcionamento do mercado, sendo a política da concorrência encarada pelo TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para o mercado único e a plena integração.

As principais regras da concorrência da União Europeia mostram-se contempladas no respectivo direito originário – *vide* Capítulo 1 do Título VII do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), artigos 101.º a 109.º ⁽⁵⁾. Nessa conformidade, tratam-se de normas que prevalecem sobre o direito derivado da União Europeia e, por isso, por este não podem ser derogadas. Para além disso, beneficiam do primado do Direito da União Europeia sobre o direito nacional, assim como de efeito directo na ordem jurídica dos Estados Membros.

Em termos de direito derivado, destaca-se ainda, do ponto de vista adjectivo, o Regulamento n.º 1/2003, que implicou uma modernização e descentralização na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Neste conspecto, **o direito da concorrência não é um direito tipicamente nacional. A sua raiz não é nacional.**

Ainda há não muitos anos vigorava o Regulamento (CE) 17/62. Este previa um sistema centralizado de aplicação das regras da concorrência, onde era previsto um monopólio da Comissão para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º (*vide* n.º 1 do artigo 9.º do citado Regulamento).

Não obstante a existência de mecanismos de consulta e cooperação com as autoridades da concorrência dos Estados-Membros, a Comissão adoptou antes uma estratégia intervencionista em casos que revelavam impacto ou importância apenas a nível nacional.

⁵ Antes, numa primeira fase, nos seus artigos 85.º e ss. e depois, nos artigos 81.º e ss.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Sucedo, porém, que em 1 de Maio de 2004, entrou em vigor o referido Regulamento (CE) 1/2003, que, conforme José Luís da Cruz Vilaça, in "O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada", Revista do CEJ, 2.º Semestre 2004, n.º 1, pág. 37 e ss, veio introduzir uma **"revolução copernicana no sistema de controlo da concorrência no âmbito da União"**.

Na verdade, o Regulamento n.º 1/2003, no que tange à aplicação pelas Autoridades Nacionais da Concorrência do Direito Comunitário da Concorrência, prevê as competências desta nos seguintes termos (vide artigo 5.º correspondente):

"As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, os artigos 81.º e 82.º [artigo 101.º e 10.º] do Tratado. Para o efeito, podem, actuando oficiosamente ou na sequência de denúncia, tomar as seguintes decisões:

"- exigir que seja posto termo à infracção,

"- ordenar medidas provisórias

"- aceitar compromissos,

"- aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional.

"Sempre que, com base nas informações de que dispõem, não estejam preenchidas as condições de proibição, podem igualmente decidir que não se justifica a sua intervenção."

Por seu turno, o artigo 6.º do Regulamento define que **"os tribunais nacionais têm competência para aplicar os artigos 81.º e 82.º [actuais artigos 101.º e 102.º] do Tratado."**

Perante uma situação de prática restritiva da concorrência, o tribunal nacional deverá determinar se deverá aplicar apenas o direito nacional ou também o comunitário, sem descurar, porém,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

a aplicar o direito nacional, que em termos de jus concorrencial, **a sua matriz não é nacional e por isso tal direito deve ser interpretado à luz do direito comunitário.**

Aplicar direito da concorrência é aplicar no fundo direito comunitário.

Conforme decorre do n.º 1 do artigo 19.º do TUE (Tratado da União Europeia), o Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados, sendo que o Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

Em sede do Tratado de Lisboa, na declaração n.º 17 anexa à acta final, **sobre o primado do direito comunitário**, ***“a Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”***.

Acresce que o primado do direito comunitário sobre o direito nacional é também ele reconhecido pelo n.º 4 do artigo 8.º da CRP.

Uma das dimensões de tal primado compreende, justamente, ***“afastar as normas de direito ordinário internas preexistentes e em tornar inválidas, ou pelo menos ineficazes e inaplicáveis, as normas subsequentes que o contrariem. Em caso de conflito, os tribunais nacionais devem considerar inaplicáveis as normas anteriores incompatíveis com as normas de direito da UE e devem desaplicar as normas posteriores, por violação da regra da primazia.”*** – vide Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, 2014, anotação XXIII ao artigo 8.º, pág. 271).

Neste conspecto, quando uma acção está compreendida no âmbito de aplicação do direito comunitário, é este regime que prevalece sobre o direito interno por ser de fonte hierarquicamente superior, tendo em conta o referido princípio do primado do direito europeu.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Conforme atentam os acórdãos do TJ, de 9 de Março de 1978, Simmenthal, 106 e de 19 de Maio de 1990, Factortame, C-213/89, os tratados, ao conformarem o sistema judicial da União, à luz do princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.ºs 1 e 3 do TUE), não instituíram um sistema autónomo com tribunais próprios, deixando apenas reservadas ao Tribunal de Justiça as competências insusceptíveis de serem atribuídas aos tribunais dos Estados-Membros, convocaram estes como tribunais comuns da União e, nesta qualidade, encontram-se aqueles investidos, designadamente, com competência para desaplicarem o direito nacional contrário ao direito da União.

Com efeito, o acórdão do TJ de 15 de Julho de 1964, Processo 6-64, Costa v. ENEL estabeleceu o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, enquanto princípio estruturante do próprio ordenamento comunitário.

Como nota Carla Machado (in A interpretação (des)conforme ao direito da União Europeia patente no acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça Português, pág. 165), não se pode olvidar que ***as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia constituem fonte de direito imediata, permitindo a uniformidade e a harmonização na aplicação do direito da União no território dos Estados-Membros. Assim, para além da consagração expressa de alguns dos princípios estruturantes da ordem jurídica europeia previstos no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE), além de alguns dos princípios gerais do direito da União Europeia, é mister atentar ao papel da jurisprudência principialista do TJUE, que gozando ainda de precedente vinculativo, assume particular relevância na fixação e subsequente densificação dos princípios que subjazem a esta ordem jurídica.***

Como refere a mesma autora, depois, e partindo do princípio da lealdade europeia [do artigo 4.º do TUE], pertinente é também não olvidar que o TJUE tem vindo a reafirmar uma série de outros princípios com vista a assegurar os objectivos da União de direito, sendo de destacar, tal como acima referido, de entre eles, o **princípio do primado** [o qual impõe a prevalência do direito da União sobre o direito nacional , e estando o mesmo internamente plasmado na conjugação dos artigos 7.º, n.º 6 e 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa] , o **princípio da interpretação conforme** e o **princípio da responsabilidade do Estado-juiz** por violação das obrigações europeias, dirigindo-se o primeiro



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

também ao juiz nacional, a quem de resto incumbe fiscalizar e zelar pela aplicação do direito da União e a sua efectiva tutela jurisdicional.

Por sua vez, os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

Adrede, de acordo com o **princípio da autonomia processual nacional**, se a União não regula determinada matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União (*vide* acórdãos do TJ de 16 de Dezembro de 1976, Rewe, 33/76, Colect., p. 813, n.º 5; de 19 de Junho de 1990, Factortame e o., C-213/89, Colect., p. I-2433, n.º 19; de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 12; e de 11 de Setembro de 2003, Safalero, C-13/01, Colect., p. I-8679, n.º 49).

Porém, o princípio da autonomia processual nacional não pode impedir a efectiva e uniforme aplicação do direito da União, tendo como limite os **princípios da equivalência e da efectividade**.

Significa isto que as normas internas não podem ser menos favoráveis do que as que regem as acções por infracção aos direitos similares conferidos pela ordem jurídica interna e que **essas normas não devem, na prática, tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União** – *vide* também acórdão de 5 de Junho de 2014, Kone e o., processo C-557/12, EU:C:2014:1317.

Por exemplo, no acórdão de 5 de Junho de 2014, Kone e o., processo C-557/12, EU:C:2014:1317, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 101.º do TFUE se opõe a que uma norma interna em matéria denexo de causalidade possa excluir uma indemnização aos lesados dos “*umbrella-pricing*” (preços de protecção – pessoas que sofreram indirectamente um prejuízo devido ao aumento de preços resultante de infracção ao artigo 101.º do TFUE), sob pena de violação dos princípios da equivalência e da efectividade.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Nesta conformidade e sintetizando, a partir da entrada em vigor do referido Regulamento n.º 1/2003 ⁽⁶⁾ (em vigor desde 24.01.2003 e aplicável desde 01.05.2004), o que é aplicado pelos tribunais nacionais em matéria de direito da concorrência em território luso mais não é do que direito europeu ⁽⁷⁾.

Para fazer *jus* a tal asserção, de resto alinhada, como já observámos, com o direito da União, tal implica a primazia do direito originário e derivado da União, contemplado expressamente no n.º 2 do artigo 8.º da Lei Fundamental e implica que a interpretação que se deve fazer das próprias normas da CRP deva assentar numa interpretação conforme, só assim se respeitando a própria CRP (que incorporou no seu texto, o direito originário e derivado da União) e, conseqüentemente, o direito da União.

Na verdade, o ordenamento jurídico português não pode ser visto como um ordenamento isolado, mas antes como parte de um ordenamento plural de que necessariamente faz parte e com o qual não pode embater frontalmente, sob pena dele próprio ser fonte e raiz de incoerência e incompatibilidade do sistema plural de que faz parte.

Conforme refere o acórdão do TJ de 17 de Dezembro de 1970, processo n.º 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* ⁽⁸⁾, ***“o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito***

⁶ Segundo o segundo parágrafo do artigo 288.º do TFUE, um regulamento tem carácter geral e é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

⁷ Disso deu conta o próprio acórdão acima já citado do TC n.º 91/2023, quando referiu o seguinte: ***“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”***.

⁸ In <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado. (sublinhado nosso)

Nesta conformidade, importa interpretar os preceitos que derivam dos 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 CRP, à luz do direito da União.

Por isso, importa chamar à colação os artigos 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE ou Carta) e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Segundo o artigo 7.º da Carta:

“Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”

Reza, por sua vez, o 8.º da CEDH:

“1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

“2. Não 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 infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

Apesar de parecerem disposições similares àquela que resulta do n.º 1 e 4 do artigo 34.º da CRP, compete ao TJ interpretar as disposições do direito da União que têm que ver com os direitos fundamentais, pois a análise que é pressuposta ser realizada por aquele douto tribunal tem em vista a estrutura concreta e os objectivos concretos do ordenamento jurídico europeu, o que pode determinar



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

interpretações distintas, relativamente a normas internas de um Estado Membro e da União aparentemente similares.

O que queremos com esta asserção expor é que existem normas do direito interno dos Estados Membros e do direito da União que até podem ter redacções similares, mas que, ainda assim, quando está em causa uma acção compreendida no âmbito de aplicação do direito comunitário, não deve ser arredado ao Tribunal de Justiça a interpretação das disposições do direito da União, sob a capa de que essas disposições são similares às do direito doméstico, pois o TJ interpreta as normas à luz dos objectivos do sistema jurídico europeu, o que pode implicar resultados interpretativos distintos.

Aproximando-nos da questão *sub judice*, importa recordar que a jurisprudência da União tem reconhecido a inexistência de violação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (artigo 7.º da Carta e artigo 8.º da CEDH), quando inexistente um mandado judicial prévio à actuação da Comissão na investigação de infracções ao direito a concorrência.

Em sede dos acórdãos do TEDH (acórdãos Harju c. Finlândia, de 15 de Fevereiro de 2011, pet. 56716/09, n.ºs 40 e 44, e Heino c. Finlândia, de 15 de Fevereiro de 2011, pet. 56715/09, n.ºs 40 e 44), foi salientada a importância de se proceder a um exame das garantias que seja tanto mais rigoroso quanto sejam possíveis as inspecções sem a autorização prévia de uma autoridade judicial. Seguidamente, o mesmo Colendo Tribunal enunciou claramente o princípio de que a ausência de autorização judicial prévia pode ser compensada por uma fiscalização completa a realizar após a inspecção.

Segundo a referida jurisprudência do TEDH, a ausência de um mandado judicial prévio não é susceptível, por si só, de implicar a ilegalidade de uma ingerência na acepção do artigo 8.º da CEDH.

O mesmo TEDH lembrou, por sua vez, que um grau aceitável de protecção contra as ingerências que atentam contra o artigo 8.º da CEDH implicava um quadro legal e limites estritos, como a exigência de fundamentação das decisões de inspecção, a existência de limites impostos à Comissão durante o desenrolar da inspecção, a impossibilidade de a Comissão impor a inspecção pela força, a



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

possibilidade da intervenção das instâncias nacionais, e a existência de vias de recurso, *a posteriori* (vide acórdãos Harju c. Finlândia, n.º 66, acima referido, n.º 39; Heino c. Finlândia, n.º 66, acima referido; vide também Varga c. Roménia, n.º 70, de 1 de Abril de 2008, pet. 73957/01; e Société Canal Plus e o. c. França, n.º 59, de 21 de Dezembro de 2010, pet. 29408/08).

Nesse mesmo sentido, o acórdão do Tribunal Geral de 6 de Setembro de 2013, processos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11, Deutsche Bahn AG e outras contra Comissão – neste âmbito haviam sido inclusivamente apreendidas mensagens de correio electrónico.

E também o acórdão do Tribunal Geral de 5 de Outubro de 2020, processo T-249/17, Casino, Guichard-Perrachon e outra contra Comissão.

No primeiro processo (no acórdão Deutsche Bahn), foi posteriormente proferido acórdão pelo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2015 (C-583/13 P, EU:C:2015:404), onde este se pronunciou igualmente sobre as garantias que regulam o poder de inspecção da Comissão num processo de aplicação das regras da concorrência.

Nessa sede, o TJ constatou que nem o princípio da inviolabilidade do domicílio nem o princípio da protecção jurisdicional efectiva foram violados devido à inexistência de um mandado judicial prévio, por parte da Comissão, bem como pela circunstância da fiscalização jurisdicional do juiz da União só poder ser exercida *a posteriori*.

Segundo o TJ é a intensidade desta última fiscalização, que deve incluir a totalidade das questões de direito e de facto e permitir que a situação seja adequadamente sanada em caso de irregularidade, que é determinante na apreciação da observância dos referidos princípios, e não o momento em que essa fiscalização é exercida.

Como referiu o advogado geral NILS WAHL, em conclusões apresentadas em 12 de Fevereiro de 2015, nesse processo C-583/13 P, Deutsche Bahn AG contra Comissão, "(...) *no âmbito do sistema da União, a fiscalização jurisdicional ex post que pode ser realizada pelo juiz da União assegura um nível adequado de protecção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Na minha opinião, não existem dúvidas de que a competência do juiz da União abrange todas as questões de facto e de direito que possam ser relevantes para a fiscalização da legalidade das decisões de inspecção (...), em conformidade com a jurisprudência resultante dos acórdãos Chalkor e KME Germany (...). Acresce que, (...) a anulação de uma decisão de inspecção impede a Comissão de fazer uso dos documentos obtidos nessa inspecção.

Olhando para o paradigma da União, paradigma esse que tendo directamente que ver com a inviolabilidade do domicílio pode ser transposto para a inviolabilidade das comunicações, suscita-nos fundadas dúvidas sobre se, efectivamente, viola o princípio da inviolabilidade da correspondência devido à inexistência de um mandado judicial prévio, por parte da AdC, quando o nosso sistema jurídico nacional prevê um quadro legal e limites estritos, nomeadamente, permitindo que seja exercida uma fiscalização judicial forte *a posteriori*.

Com efeito, para além do quadro normativo acima já referido, este é o quadro normativo em que se moveu a AdC, quando procedeu à apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como lidas:

- A AdC está sujeita a realizar um pedido de autorização prévia, junto do Ministério Público, em requerimento fundamentado – n.º 3 do artigo 18.º do RJC.

A fundamentação do pedido exige que o mesmo o seja de facto e de direito.

- Quem decide autorizar as diligências *sub judice* é um magistrado do Ministério Público, vinculado, igualmente, a decidir de forma fundamentada – vide n.º 3 e n.º 5 do artigo 97.º do CPP – por isso decide de facto e de direito.

- Em sede da busca e apreensão, a AdC é obrigada a exhibir aos Visados credencial emitida por si, da qual consta a finalidade da diligência, o despacho que autorizou a diligência, que é, nesse momento, notificado aos Visados – vide n.º 4 do artigo 18.º do RJC;

- É à Autoridade da Concorrência que compete investigar os ilícitos contra-ordenacionais, sendo que o papel do Ministério Público, na fase administrativa do processo (fase até ser proferida



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

decisão final pela AdC), é meramente incidental, não participando na investigação e instrução do processo e competindo-lhe, especialmente, defender a legalidade democrática – n.º 1 do artigo 5.º do RJC, al. h) do artigo 5.º, n.º 1 e 2 do artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto e al. a) do n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto;

- O Ministério Público está organizado como uma magistratura processualmente autónoma, representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a acção penal orientado pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do respectivo Estatuto e da Lei – vide artigos 2.º e 3.º do Estatuto do Ministério Público;

- O Ministério Público goza de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, sendo que essa autonomia se caracteriza pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas do respectivo Estatuto – vide artigo 3.º do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto;

- A Autoridade da Concorrência é uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio, tendo por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos sectores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores – vide artigos 1.º e 4º do respectivo Estatuto;

- Por seu turno, pelo menos a execução do mandado do Ministério Público pela AdC é sindicável imediatamente mediante recurso interlocutório para o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão, ou seja, as Visadas não estão sujeitas a aguardar pela decisão final da AdC relativa à alegada violação das regras da concorrência para interpor um recurso de impugnação a versar, pelo menos, sobre a dita execução – vide n.º 1 a 3 do artigo 84.º e artigo 85.º do RJC;



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- Nesse recurso, o juiz exerce uma fiscalização de facto e de direito, podendo apreciar a execução do mandado do Ministério Público pela AdC, o que implica que caso não seja estritamente cumprido o mandado, a AdC se veja impedida de fazer uso dos elementos de prova obtidos na diligência em crise;

- Para além disso, quer os Visados impugnem quer não impugnem nos preditos termos, podem sempre impugnar a decisão final proferida pela AdC para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, tendo por fundamento a própria validade dos meios de prova obtidos, sendo que também nessa sede o juiz exerce uma fiscalização de facto e de direito, podendo apreciar as provas e anular a decisão impugnada, ou seja, possibilitando que a situação seja adequadamente sanada em caso de irregularidade – vide artigo 87.º do RJC e artigo 126.º do CPP, ex vi do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO, ex vi do artigo 13.º do RJC;

- Da decisão judicial que seja proferida cabe ainda recurso da matéria de direito para o Tribunal da Relação – artigo 89.º do RJC e artigo 75.º do RGCO, ex vi do artigo 83.º do RJC.

*

Para além do exposto, também temos fundadas dúvidas sobre o que é considerado para efeitos do artigo 7.º da Carta e do artigo 8.º da CEDH “correspondência”, ou seja, se correspondência também abarca todas as mensagens de correio electrónico que se encontrem marcadas como lidas em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas. As mesmas dúvidas nos suscitam os casos em que as mensagens de correio electrónico que já não estão na disponibilidade do *provider* mas apenas na caixa de correio electrónico do receptor da mensagem de correio electrónico.

Adensando.

Quanto às mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, na medida em que se encontram lidas, essa leitura é, em princípio, o momento do conhecimento da mensagem por parte do destinatário, sendo esse o momento em que a comunicação parece atingir a sua perfeição, podendo ser esse o momento em que se estabelece a fronteira entre uma realidade protegida por via do sigilo



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

das comunicações, de outra que não é. Ultrapassado o momento fulcral, o correio electrónico metamorfosear-se-ia em mero documento armazenado / guardado / alojado em suporte digital.

Para além disso, consideramos que não é de descorar o facto de se estar em ambiente estritamente empresarial, especialmente em ambientes de grandes empresas, onde o normal é que assuntos meramente empresariais sejam tratados mediante correio electrónico, o que acaba por não divergir de uma realidade mais remota: da documentação física empresarial. Em vez de serem produzidos documentos físicos que dizem respeito a relações comerciais / empresariais da empresa, esses assuntos passaram a ser maioritariamente tratados electronicamente, devendo o direito adaptar-se a essa nova realidade.

Se importa tutelar o direito à inviolabilidade da correspondência (incluindo de empresas), também julgamos que essa tutela poderá ser menos robusta que a tutela que deve ser dada quando estão em causa pessoas singulares, em ambiente estrito de vida privada, importando temperar tal tutela com o princípio da proporcionalidade a que alude o artigo 52.º da Carta, tendo em vista não apenas o que se expôs no parágrafo anterior, como o facto de se impor a tutela das regras da concorrência. Esta última tutela poderá ficar esvaziada se a tutela que se der àquele direito (da inviolabilidade da correspondência) for desproporcional, não se admitindo, salvo o devido respeito, como suficiente uma sindicância jurisdicional robusta *a posteriori*.

Mas ainda que assim não se entendesse, por se considerar ser bastante difícil, por questões técnicas, determinar o momento em que as mensagens de correio electrónico foram efectivamente lidas /conhecidas do destinatário, sempre se nos suscita a dúvida sobre se no momento em que o fornecedor do serviço electrónico deixa de ter qualquer tipo de poder para intervir na mensagem, ainda assim estamos perante "correspondência".

Na verdade, quando a mensagem de correio electrónico é totalmente descarregada e apagada do servidor (empresa que fornece o serviço electrónico), passando a estar apenas no equipamento do destinatário, parece, salvo melhor opinião, que o processo de comunicação (em que existe uma especial situação de perigo de terceiro se imiscuir na correspondência) cessou pois passa o



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juíz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

destinatário a estar em total domínio sobre a mensagem, deixando esta de estar sob qualquer controlo do fornecedor de serviços electrónicos.

Ainda que assim se possa entender, subsiste, porém, a questão dos dados de tráfego. Na medida em que o destino, o momento e a duração de comunicações constituem dados que configuram natureza privada, sendo de natureza íntima, ainda que tenha sido descarregado e apagado integralmente do *provider* as mensagens e dados de tráfego, sem possibilidade de intervenção do terceiro, pode considerar-se que esse tipo de conteúdo, dada a sua sensibilidade, ainda configura uma "comunicação", para os efeitos citados. Contudo, nesse caso, se não considerássemos as próprias mensagens como "correspondência", por ausência de perigo de intromissão do fornecedor do serviço electrónico, tal significaria que se estaria a conferir maior tutela aos dados de tráfego do que ao próprio conteúdo das mensagens de correio electrónico.

*

Acresce, se temos dúvidas de que as provas obtidas pela AdC que consistem em correio electrónico marcadas como lidas, com base em mandados emitidos pelo Ministério Público, sejam proibidas por violação do direito à inviolabilidade das comunicações, à luz da interpretação que tem vindo a ser realizada em sede do Direito da União sobre as preditas matérias e considerando que no nosso ordenamento jurídico interno existe um rigoroso e robusto controlo judicial *a posteriori*, mas também um controlo prévio efectuado por uma magistratura, que autoriza os actos (ou seja, no nosso ordenamento, as existências de controlo são superiores até àquelas que são conferidas aos Visados em processos por infracções à concorrência investigados pela Comissão) e jurisdicional imediato (que controla, pelo menos, o rigor na execução do mandado pela AdC), consideramos, com o enorme respeito por entendimento diverso, que entender que perante as circunstâncias descritas, se mostra violado aquele direito, poderá estar a ser colocado em causa o **princípio da efectividade**.

Importa recordar que o sistema jurídico da União, onde Portugal se insere, não confere apenas direitos, mas confere igualmente deveres. Deveres esses que, sob o ponto de vista que importa na abordagem da questão *sub judice*, implicam que seja promovida pelos Estados Membros uma efectiva protecção da livre concorrência, como pilar constitutivo da União Europeia, que a celebra como um dos



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

sustentáculos do próprio Estado de Direito, onde se inclui o reforço da tutela dos artigos 101.º e ss. do TFUE e do próprio Regulamento n.º 1/2003. **São interesses públicos que ditam a referida disciplina.** Essa efectividade encontra reforço na Directiva ECN+ (DIRETIVA (UE) 2019/1 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 11 de Dezembro de 2018), que mais não é do que um diploma que visa tornar mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

Ora, a anulação da prova consistente nas mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, em ambiente estritamente empresarial, quando existe um cumprimento das exigências oriundas do direito da União nessa matéria, comporta a aplicação de uma regra que prejudica a aplicação efectiva das normas que impedem práticas restritivas da concorrência, pois invalida que se possa ter em conta prova que, muitas das vezes, é aquela que permite, segundo regras de experiência comum, comprovar a infracção às regras da concorrência, incluindo os seus contornos, a sua duração, os seus agentes.

Como realça do acórdão do TJ de 19 de Março de 1992, Batista Morais, C-60/91, EU:C:1992:140, n.º 11 e jurisprudência aí referida, ***“importa realçar que, por força do artigo 4.º, n.º 3, TUE, os Estados-Membros são obrigados a não prejudicar, por intermédio da sua legislação, a aplicação plena e uniforme do direito da União e a não tomar ou manter em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas.”***

É certo que o artigo 53.º da Carta determina que ***“nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”***

Todavia, não menos certo é que tal disposição da Carta, de acordo com o TJ, no acórdão de 26 de Fevereiro de 2013, processo C-399/11, Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal, não ***“autoriza, em geral, um Estado-Membro a aplicar o padrão de protecção dos direitos fundamentais garantido***



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

pela sua Constituição, quando este é mais elevado do que o que decorre da Carta, e a opô-lo, se for caso disso, à aplicação de disposições do direito da União.

E continua o referido acórdão: ***“(...) essa interpretação do artigo 53.º da Carta viola o princípio do primado do direito da União, na medida em que permite a um Estado-Membro obstar à aplicação de actos do direito da União plenamente conformes à Carta, se não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado.***

“Com efeito, é jurisprudência assente que, por força do princípio do primado do direito da União, que é uma característica essencial da ordem jurídica da União (v. pareceres 1/91, de 14 de Dezembro de 1991, Colet., p. I-6079, n.º 21, e 1/09, de 8 de Março de 2011, Colet., p. I-1137 n.º 65), a invocação, por um Estado-Membro, de disposições de direito nacional, ainda que de natureza constitucional, não pode afectar o efeito do direito da União no território deste Estado (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Colet. 1969-1970, p. 625, n.º 3, e de 8 de setembro de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Colet., p. I-8015, n.º 61).”

Como decorre da jurisprudência europeia, ***“é normal que as actividades colusórias decorram cada vez mais clandestinamente, que as reuniões entre os representantes das empresas se realizem secretamente, a maioria das vezes num país terceiro, e que a documentação que lhes diz respeito seja reduzida ao estrito mínimo, precisamente com o objectivo de evitar a identificação do cartel e as sanções justamente severas”*** – vide acórdão do TG de 28 de Março de 2019, processo T-433/16, Pometon SpA contra Comissão.

O respeito pelo princípio da efectividade ***“deve ser analisado tendo em conta o lugar que as regras em causa ocupam em todo o processo, a tramitação desse processo e as particularidades dessas regras nas diversas instâncias nacionais”*** – vide conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 11 de Março de 2020, processo C-86/19, SL contra Vueling Airlines SA e também acórdão de 11 de Setembro de 2019, Călin (C-676/17, EU:C:2019:700, n.º 31) ali citado.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Na medida em que nos parece, salvo melhor opinião, que a interpretação conjugada dos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP com os artigos 7.º da Carta e 8.º CEDH permitem a apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como lidas pela AdC mediante a autorização prévia do Ministério Público e o controlo jurisdicional robusto *a posteriori* e que interpretação inversa impede de fazer uso de tais elementos, enquanto prova das alegadas infracções, já por si naturalmente difíceis de provar, suscita-nos dúvidas sobre se esta interpretação inversa não coloca em causa o **princípio da efectividade**, tendendo-se a assumir que sim.

Na verdade, a propósito desta mesma questão, a Advogada Geral LAILA MEDINA, nas suas conclusões apresentadas em 20 de Junho de 2024, no âmbito dos processos C 258/23 a C 260/23, defende que aquele princípio pode ser afectado caso, perante as circunstâncias concretas, se identifique "*um risco sistémico de impunidade para tais infracções*".

Ora, o entendimento de que a prova obtida nos moldes citados é nula e erigir tal entendimento a standard, quando se verifica que a prova obtida não conduz à violação do direito à inviolabilidade das comunicações, à luz da interpretação que tem vindo a ser realizada em sede do Direito da União sobre as preditas matérias pelos motivos dissecados, poderá acarretar precisamente aquele quadro de risco sistémico de impunidade, que pode ser observado facilmente através das informações prestadas pela AdC, nos quadros que juntou no seu requerimento entrado em juízo em 13.09.2024, ref.ª 84254, que aqui se dá por integralmente reproduzido e se considera parte integrante deste despacho.

Nesse quadro podemos observar:

-Uma lista de todas as decisões judiciais proferidas desde a entrada em vigor do RJC, da primeira instância e de instâncias superiores, onde estava em causa a violação dos artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC, em que foi admitida a prova respeitante a correio electrónico apreendido com base na autorização de mandados emitidos pelo Ministério Público, com indicação dos n.ºs de processo, as respectivas datas e as infracções imputadas;

- Uma lista de todas as decisões judiciais proferidas desde a entrada em vigor do RJC, da primeira instância e de instâncias superiores, onde estava em causa a violação dos artigos 101.º e/ou



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC, em que não foi admitida a prova respeitante a correio electrónico apreendido com base na autorização de mandados emitidos pelo Ministério Público, com indicação dos n.ºs de processo, as respectivas datas e as infracções imputadas com indicação dos respectivos artigos das Leis em causa;

- Uma lista de todos os processos pendentes, desde a entrada em vigor do RJC até agora, onde as Visadas foram condenadas pela violação dos artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC e onde ainda se discute a validade da prova que consiste em correio electrónico apreendido com base na autorização de mandados emitidos pelo Ministério Público, com indicação dos n.ºs de processo, o número de Visados, as infracções em causa, o valor das coimas cominadas e o período em que decorreram as infracções imputadas;

- Informação da percentagem que esses processos representam no âmbito da actividade da AdC no que toca à repressão de condutas que consubstanciam a violação dos artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC, desde a entrada em vigor do RJC e até ao presente, sendo distinguida a percentagem onde se incluem os processos onde foi apresentada impugnação judicial e outra em que não foi.

Não se pode olvidar que várias instâncias judiciais validaram durante mais de uma década a apreensão de correio electrónico efectuada nos apontados termos, ao abrigo de diversos diplomas de defesa da concorrência que incorporaram, precisamente, o Direito da União, especialmente o Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, como refere a AdC em requerimento dos autos.

Nesta medida, estão em causa questões novas, num quadro jurídico e factual inédito, à luz da jurisprudência europeia, que demandam, salvo melhor entendimento, a intervenção do TJ, a quem compete interpretar as normas do direito da União, as quais se revelam imprescindíveis para a resolução do presente caso.

Disciplina o artigo 267.º do TFUE o seguinte:

“O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

“a) Sobre a interpretação dos Tratados;

“b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

“Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

“Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. (...)”.

Nesta conformidade, o TFUE prevê um instrumento de cooperação judiciária, um diálogo entre tribunal nacional e Tribunal de Justiça, de forma a contribuir para que exista uma interpretação e aplicação uniforme do Direito da União Europeia no conjunto dos Estados Membros, sob a égide do princípio da lealdade ou cooperação leal a que alude o n.º 3 do artigo 4.º do TFUE e do primado do Direito da União sobre o Direito Nacional, princípio esse incorporado no nosso sistema jurídico por via constitucional – vide artigo 8.º da CRP.

Do acórdão Cilfit (proferido em 6/10/1982, no processo nº 283/81), extrai-se a **“teoria do acto claro”**, nos termos da qual o órgão jurisdicional nacional não deve proceder ao reenvio se o acto a interpretar ou a apreciar a validade, for claro e evidente, não suscitando dúvidas quanto à sua aplicação, o que sucede, por exemplo, quando o TJ já se tiver pronunciado de forma firme sobre a questão a reenviar ou quando existir sobre a mesma jurisprudência consolidada do TJ.

Desse referido acórdão ainda se extrai os critérios que o juiz nacional tem de utilizar para testar a clareza e precisão da norma comunitária:

- Estar convicto de que a mesma evidência se impõe aos órgãos jurisdicionais de outros Estados-membros e ao TJ;



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- Comparar todas as versões linguísticas da disposição normativa a fim de bem interpretá-la;
- Considerar que os conceitos jurídicos não têm necessariamente o mesmo conteúdo no Direito da União e nos diferentes direitos nacionais;
- Considerar que cada disposição do Direito da União deve ser contextualizada e interpretada à luz do conjunto das suas disposições, das suas finalidades e do seu grau de evolução.

Por sua vez, importa também frisar que, num processo pendente, um tribunal nacional pode pedir ao TJUE que se pronuncie sobre a invalidade de um acto europeu, mas, no caso da decisão admitir recurso ordinário, esse reenvio é facultativo (vide n.º 3 do artigo 267.º, a contrario do TFUE), a não ser que o tribunal se incline para a invalidade do acto, caso em que tem a obrigação de submeter essa questão da eventual invalidade ao TJUE.

Por essa via, consagrou-se a obrigação de reenvio para declaração de invalidade de acto da União, que o Juiz Nacional pretenderia inaplicar – vide Acórdão Foto-Frost de 22.10.87 (Processo 314/85).

Segundo o ponto 5 das Recomendações do TJUE à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, *“os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros podem submeter uma questão ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito da União se considerarem que uma decisão sobre essa **questão é necessária ao julgamento da causa** (ver artigo 267.º, segundo parágrafo, do TFUE). Um reenvio prejudicial pode revelar-se particularmente útil nomeadamente quando for suscitada perante o órgão jurisdicional nacional uma questão de interpretação nova que tenha um interesse geral para a aplicação uniforme do direito da União ou quando **a jurisprudência existente não dê o necessário esclarecimento num quadro jurídico ou factual inédito.**”* (sublinhados nossos)

Segundo os pontos 8 e 9 da mesma Recomendação:



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

"8. O pedido de decisão prejudicial deve ter por objecto a interpretação ou a validade do direito da União, e não a interpretação das regras de direito nacional ou questões de facto suscitadas no litígio no processo principal.

"9. O Tribunal de Justiça só se pode pronunciar sobre o pedido de decisão prejudicial se o direito da União for aplicável ao processo principal. A este respeito, é indispensável que o órgão jurisdicional de reenvio exponha todos os elementos pertinentes, de facto e de direito, que o levam a considerar que há disposições do direito da União susceptíveis de ser aplicáveis."

Por tudo o que ficou exposto, consideramos essencial à decisão a proferir nos presentes autos a apreciação pelo TJUE, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE, das questões que infra serão enunciadas, pois delas está dependente o validar ou não das mensagens de correio electrónico nos autos apreendidas e assim apurar se podem ou não valer como prova nos autos.

No que se reporta às questões sugeridas pela AdC, o tribunal já formulou pedidos de reenvio prejudicial noutros processos onde se discute questão similar aos dos presentes autos com o teor dos pedidos sugeridos pela AdC de A a C no seu requerimento entrado em juízo em 24.06.2024, pelo que consideramos os mesmos pertinentes e coerentes com as dúvidas que acima o tribunal suscitou.

Quanto às sugestões indicadas em D) e E), consideramos que as mesmas são igualmente pertinentes e vão de encontro às dúvidas que ao tribunal suscitam quanto ao princípio da efectividade e seu eventual comprometimento se uma interpretação da Lei nacional passa a invalidar a apreensão de mensagens de correio electrónico já recepcionado (lido, não lido ou apagado) ou um sistema de mensagens instantâneas apreendidas pela Autoridade da Concorrência em ambiente empresarial ordenada por autoridade judiciária estatutariamente independente e autónoma dos poderes legislativos e executivos nacionais e com as garantias associadas que já acima se expuseram.

De acordo com o ponto 23 das Recomendações do TJUE, ***"embora o órgão jurisdicional nacional continue a ser competente para adoptar medidas cautelares, em especial no quadro do reenvio para apreciação de validade, a apresentação de um pedido de decisão prejudicial acarreta a suspensão da instância no processo nacional até à decisão do Tribunal de Justiça."***



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Assim sendo e também ao abrigo decorre do disposto no n.º 2 do artigo 7.º do CPP, ex vi do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO, ex vi do artigo 83.º do RJC, a presente decisão de reenvio determinará a suspensão da instância até à decisão a proferir pelo TJUE.

Mais se consigna que é do nosso conhecimento funcional a pendência dos processos n.ºs C-258/23 a C-260/23, C-132/24 e C-195/24, estes dois apensos àqueles primeiros, junto do TJUE que versam sobre questões similares às que se colocam neste âmbito.

DECISÃO:

Assim sendo e em face do exposto, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, decido suspender a instância até à resolução das seguintes questões prejudiciais, que determino que sejam suscitadas ao Tribunal de Justiça da União Europeia:

- A) A interpretação segundo a qual não integra o conceito de “correspondência” mensagens de correio electrónico marcadas na caixa de correio do destinatário como lidas, em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas, sob ponderação do princípio da proporcionalidade a que alude o artigo 52.º da Carta, viola as disposições a que alude o artigo 7.º da Carta e o artigo 8.º da CEDH?
- B) A interpretação segundo a qual não integra o conceito de “correspondência” mensagens de correio electrónico marcadas como lidas (em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas) e dados de tráfego que tenham sido integralmente descarregados e apagados do servidor do fornecedor do serviço electrónico e por isso passaram a estar apenas na disponibilidade do destinatário daquelas, inexistindo qualquer controlo do fornecedor de serviços electrónicos, sob ponderação do princípio da proporcionalidade a que alude o artigo 52.º da Carta, viola as disposições a que alude o artigo 7.º da Carta e o artigo 8.º da CEDH?



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- C) A interpretação segundo a qual a Autoridade da Concorrência (a ANC no direito português) pode realizar diligências de busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas na caixa de correio como lidas de empresas (ou seja, em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas), para efeitos de obtenção de prova no âmbito de um processo em que se investiga infracções por práticas restritivas da concorrência, mediante um pedido fundamentado de facto e de direito junto de um Magistrado do Ministério Público, enquanto magistratura independente, que não promove a investigação e instrução do processo em curso, cuja intervenção, nessa sede, é meramente incidental, competindo-se assegurar a legalidade democrática e que decide igualmente de forma fundamentada, em que a execução do mandado do Ministério Público pela Autoridade da Concorrência pode ser imediatamente sindicável por um tribunal judicial e em que pode ser ainda exercido *a posteriori* (após a prolação de decisão final pela ANC) um controlo jurisdicional de plena jurisdição, com conhecimento de matéria de facto e de direito, viola o artigo 7.º da Carta e do artigo 8.º da CEDH?
- D) Na medida em que a negação da interpretação indicada em C) implica a anulação da prova consistente em mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, em ambiente estritamente empresarial, comprometendo a aplicação efectiva das normas que reprovam práticas restritas da concorrência, sob a égide do princípio da proporcionalidade a que alude o n.º 1 do artigo 52.º da Carta, aquela negação da interpretação viola o princípio da efectividade, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça e por isso não é consentida pelo artigo 53.º da Carta?
- E) Num processo em que é aplicado o artigo 101.º do TFUE, uma interpretação da Lei nacional que passa a invalidar a apreensão de mensagens de correio electrónico já recepcionado (lido, não lido ou apagado) ou um sistema de mensagens instantâneas apreendidas pela Autoridade da Concorrência em ambiente empresarial, ordenada por autoridade judiciária estatutariamente independente e autónoma dos poderes legislativos e executivos nacionais, é compatível com o princípio da efectividade (ou do efeito útil) do direito da UE, nomeadamente tendo em consideração o artigo 101.º do TFUE, o Reg. 1/2003 e a Directiva ECN+?



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- F) Uma interpretação dos artigos 18.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual o Ministério Público não pode autorizar a apreensão de correio electrónico em ambiente empresarial para efeitos de investigação de uma infracção ao artigo 101.º do TFUE, opõe-se aos princípios da efectividade e equivalência e ao princípio da interpretação conforme aos artigos 7.º da CDFUE, n.º 3 do artigo 4.º do TUE, considerandos 24 e 26 e artigos 20.º a 22.º do Regulamento 1/2003, do Conselho e considerandos 30 a 34 e n.º 3 do artigo 6.º da Directiva ECN + , considerando que, nos termos dos seus Estatutos, o Ministério Público, delimitado o respectivo conteúdo funcional, actua com autonomia e independência perante o poder político executivo, pertencendo o dominus de toda a fase administrativa do processo contra-ordenacional da concorrência à ANC; os visados pelas diligências de busca e apreensão podem exercer, em tempo útil, os seus direitos de defesa quanto, pelo menos, ao modo de execução do mandado, perante a instância judicial competente; é o Ministério Público que, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, aprecia e decide, enquanto terceiro independente, imparcial e externo à investigação, da necessidade, pertinência e proporcionalidade das diligências de busca e apreensão (incluindo de correio electrónico aberto e lido em ambiente empresarial) ocorridas nas empresas visadas; e em que pode ser ainda exercido a posteriori (após a prolação de decisão final pela ANC) um controlo jurisdicional de plena jurisdição, com conhecimento de matéria de facto e de direito?

Notifique e remeta ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com certidão da presente decisão e do documento anexo pela AdC no requerimento entrado em juízo em 13.09.2024, ref.ª 84254, da decisão final da Autoridade da Concorrência e da impugnação de recurso e resposta escrita da Autoridade da Concorrência, suporte digital editável das referidas peças processuais e certidão do pedido efectuado pela aqui Signatária **em anexo à presente decisão**, em cumprimento do ponto 14 e ss. das Recomendações do TJUE à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, devendo a secção:



Processo: 166/24.4YUSTR
Referência: 480894

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- Identificar de forma precisa o presente órgão jurisdicional de reenvio, com indicação do Juiz (Juiz3), n.º de processo e mencionar os dados completos deste órgão jurisdicional, a fim de facilitar os contactos posteriores entre este e o Tribunal de Justiça;

- Identificar de forma completa os sujeitos processuais e seus representantes.

Processei e revi

Santarém, data e assinatura certificadas electronicamente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

ANEXO – PEDIDO DE REENVIO PREJUDICIAL AO TJUE

A) Objecto do litígio:

1. O objecto do litígio principal consiste em determinar se a Visada **Dietmed – Produtos Dietéticos e Medicinais, S.A.** implementou uma prática concertada de fixação e imposição, por meios directos e indirectos, dos preços de revenda no mercado nacional de distribuição grossista de produtos de alimentação saudável e no mercado nacional de distribuição grossista de suplementos alimentares entre 2 de Março de 2016 e 13 de Dezembro de 2022, tendo praticado uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC) e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º do RJC.
2. Acresce que, entre outras questões, importa igualmente apurar a validade dos actos de busca e apreensão de mensagens de correio electrónico, bem como a sua valoração como meio de prova, nestes autos, efectuados pela Autoridade da Concorrência (abreviadamente, AdC, a ANC – autoridade nacional da concorrência – em Portugal), **sendo esta questão que suscita o pedido de reenvio prejudicial.**
3. É do nosso conhecimento funcional a **pendência dos processos n.ºs C-258/23 a C-260/23, C-132/24 e C-195/24**, estes dois apensos àqueles primeiros, junto do TJUE que versam sobre questões similares às que se colocam neste âmbito.
4. A Visada veio defender a inadmissibilidade da apreensão da correspondência electrónica.
5. Alegou, de forma sucinta, que o Ministério Público não dispõe de poderes para a emissão de mandados de busca e apreensão de correio electrónico, nos termos do artigo 179.º do CPP (Código de Processo Penal), sendo, ao invés, necessário que a apreensão seja determinada por despacho judicial, sob pena de nulidade.
6. Entende que todas as mensagens, independentemente de estarem abertas ou fechadas devem ser tratadas como correspondência, pelo que a sua apreensão está sujeita ao regime de tutela reforçada, incluindo a reserva de juiz.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

7. Assim, a Visada sustenta que a correspondência electrónica, ao não ser a sua apreensão precedida de despacho judicial, é nula, por violar uma proibição de prova com valor constitucional (artigo 32.º, n.º 8, da CRP – Constituição da República Portuguesa) e legal (artigo 126º, n.º 3, conjugado com o artigo 41.º do RGCO – Regime Geral das Contra-Ordenações – e o artigo 13.º do RJC/2012), contaminando qualquer outra prova que nela seja baseada
8. No entendimento da AdC, as mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, não são correspondência e, por isso, não seria aplicável o regime respeitante à inviolabilidade da correspondência, que está sujeito à reserva de juiz quanto à respectiva autorização.

*

B) Factos pertinentes:

9. No âmbito do processo contra-ordenacional com o n.º PRC/2022/01 instaurado pelo conselho de administração da AdC em 18 de Janeiro de 2022 e tendo por visada a empresa Farmodiética – Cosmética, Dietética e Produtos Farmacêuticos, S.A. ("FARMODIÉTICA"), a AdC obteve autorização para proceder a diligências de busca, exame e apreensão nas instalações da referida Visada FARMODIÉTICA, sitas em São Domingos de Rana.
10. A referida autorização foi obtida mediante requerimento apresentado pela AdC, nos termos dos artigos 18.º a 21.º do RJC (na redacção anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto), junto do Ministério Público – Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa, que procedeu à emissão dos respectivos mandados de autorização, em **20.01.2022**;
11. Das diligências referidas no ponto anterior resultou a apreensão de diversos elementos que para a AdC indiciavam a prática por parte da Visada FARMODIÉTICA de comportamentos qualificáveis como restrições verticais da concorrência, mas também o envolvimento de outras empresas, de entre as quais a aqui Visada DIETMED, em práticas anticoncorrenciais;
12. Em consequência, a AdC, em **16 de Novembro de 2022**, determinou a extracção de certidão de teor em suporte digital de dois dos documentos apreendidos (identificados com as referências FD-0105 e FD-0225) para efeitos de abertura de processo contra-



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

ordenacional autónomo, processo esse que viria a ser identificado sob a referência PRC/2002/07 e que corresponde ao processo onde foi proferida a decisão aqui impugnada;

13. Nestes autos, a AdC requereu, nos termos do disposto do n.º 3 do artigo 18.º, do n.º 1 do artigo 20.º e do artigo 21.º da Lei da Concorrência, ao Ministério Público – Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa a emissão de mandado para a realização de diligências de busca, exame, recolha e apreensão;
14. A referida entidade judiciária emitiu o mandado requerido pela AdC, bem como o respectivo despacho de fundamentação, no dia **12 de Dezembro de 2022** (¹).
15. Na sequência do mandado, entre os dias 14 e 16 de Dezembro de 2022, foram realizadas diligências de busca, exame, recolha e apreensão nas instalações da Dietmed, em Viseu;
16. Nesse âmbito, de acordo com as condições de armazenamento dos ficheiros electrónicos da Dietmed, conforme esclarecido pela mesma, e com a metodologia de recolha de prova da AdC, foi pedido acesso às *mailboxes* do servidor próprio da visada e nessa sequência foram apreendidos os elementos de prova entretanto juntos aos autos, onde se inclui correio electrónico marcado como aberto.

*

C) Disposições legais pertinentes:

17. Segundo o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE ou Carta):

“Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”

18. Reza, por sua vez, o 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH):

“1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

¹ Fls. 54 a 64 do processo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

“2. Não 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 infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

19. Segundo o n.º 1 do artigo 52.º da Carta: ***“Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”.***

20. De acordo com o artigo 53.º da Carta, ***“Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”***

21. Segundo o n.º 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa (CRP):

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

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

22. Segundo o n.º 4 do artigo 32.º da CRP, ***“Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.***



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

23. O n.º 1 do artigo 9.º do RJC estabelece nos seguintes moldes:

“São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:

“a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transacção;

“b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

“c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

“d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

“e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos;

“f) Estabelecer, no âmbito do fornecimento de bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local, que o outro contraente ou qualquer outra entidade não podem oferecer, em plataforma eletrónica ou em estabelecimento em espaço físico, preços ou outras condições de venda do mesmo bem ou serviço que sejam mais vantajosas do que as praticadas por intermediário que actue através de plataforma electrónica.”

24. A AdC fundamentou as primeiras diligências de busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como abertas junto da Farmodiética – Cosmética, Dietética e Produtos Farmacêuticos, S.A. (processo n.º PRC/2022/01) com base no disposto na al. c) do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

n.º 1 do artigo 18.º do RJC, na versão anterior à dada pela Lei n.º 17/2022, de 17/08, que disciplina nos seguintes termos ***“No exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente, proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extractos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova.”***

25. Entretanto a Lei n.º 17/2022, de 17/08, que transpõe a Directiva (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, alterou o Regime Jurídico da Concorrência (RJC).
26. Essa Lei entrou em vigor em 17.09.2022, aplicando-se aos procedimentos desencadeados após a respectiva entrada em vigor (artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 17/2022, de 17/08), como é o caso.
27. A AdC fundamentou as diligências de busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como abertas junto da aqui Visada neste processo com base no disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, na versão dada pela Lei n.º 17/2022, de 17/08, que disciplina nos seguintes termos: ***“No exercício de poderes sancionatórios, a AdC, através dos seus órgãos ou trabalhadores pode, designadamente, 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”***;
28. Segundo o n.º 2 e 3 do mesmo dispositivo legal, quer numa quer noutra versão do RJC, tais diligências dependem de decisão da autoridade judiciária competente, sendo que a autorização é solicitada previamente pela Autoridade da Concorrência, em requerimento fundamentado, devendo o despacho ser proferido no prazo de 48 horas.
29. A fundamentação do pedido da AdC exige que a mesma o seja de facto e de direito.
30. Também fundamentou as diligências sob escrutínio no n.º 1 do artigo 20.º do RJC, que em ambas as versões determina que ***“as apreensões de documentos, independentemente***



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

da sua natureza ou do seu suporte, são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária. (sublinhado nosso)

31. Segundo a al. b) do artigo 1.º do Código de Processo Penal (CPP), ex vi do n.º 1 do artigo 41.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), ex vi do artigo 13.º do RJC, é considerada uma autoridade judiciária **"o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência"**.
32. Quem decidiu autorizar as diligências *sub judice* é um magistrado do Ministério Público, vinculado, igualmente, a decidir de forma fundamentada – vide n.º 3 e n.º 5 do artigo 97.º do CPP – por isso decide de facto e de direito.
33. Em sede da busca e apreensão, a AdC é obrigada a exhibir aos Visados credencial emitida por si, da qual consta a finalidade da diligência, o despacho que autorizou a diligência, que é, nesse momento, notificado aos Visados – vide n.º 4 do artigo 18.º do RJC na versão anterior à dada pela Lei n.º 17/2022, de 17/08 e n.º 5 do artigo 18.º do RJC na versão dada pela Lei n.º 17/2022, de 17/08.
34. É à Autoridade da Concorrência que compete investigar os ilícitos contra-ordenacionais, sendo que o papel do Ministério Público, na fase administrativa do processo (fase até ser proferida decisão final pela AdC), é incidental, não participando na investigação e instrução do processo e competindo-lhe, especialmente, defender a legalidade democrática – n.º 1 do artigo 5.º do RJC, al. h) do artigo 5.º, n.º 1 e 2 do artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto e al. a) do n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto.
35. O Ministério Público está organizado como uma magistratura processualmente autónoma, representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a acção penal orientado pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do respectivo Estatuto e da Lei – vide artigos 2.º e 3.º do Estatuto do Ministério Público.
36. O Ministério Público goza de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, sendo que essa autonomia se caracteriza pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

directivas, ordens e instruções previstas do respectivo Estatuto – vide artigo 3.º do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto.

37. A Autoridade da Concorrência é uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio, tendo por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos sectores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores – vide artigos 1.º e 4º do respectivo Estatuto.
38. Pelo menos a execução do mandado do Ministério Público pela AdC é sindicável imediatamente mediante recurso interlocutório para o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão, ou seja, as Visadas não estão sujeitas a aguardar pela decisão final da AdC relativa à alegada violação das regras da concorrência para interpor um recurso de impugnação a versar, pelo menos, sobre a dita execução – vide n.º 1 a 3 do artigo 84.º e artigo 85.º do RJC
39. Nesse recurso, o juiz exerce uma fiscalização de facto e de direito, podendo apreciar a execução do mandado do Ministério Público pela AdC, o que implica que caso não seja estritamente cumprido o mandado, a AdC se veja impedida de fazer uso dos elementos de prova obtidos na diligência em crise.
40. Quer impugnem quer não impugnem nos termos dos pontos 38 e 39, os Visados podem impugnar a decisão final proferida pela AdC junto do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão, tendo por fundamento a própria validade dos meios de prova obtidos, sendo que também nessa sede o juiz exerce uma fiscalização de facto e de direito, podendo apreciar as provas e anular a decisão impugnada, ou seja, possibilitando que a situação seja adequadamente sanada em caso de irregularidade – vide artigo 87.º do RJC e artigo 126.º do CPP, ex vi do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO, ex vi do artigo 13.º do RJC.
41. Da decisão judicial que seja proferida cabe ainda recurso da matéria de direito para o Tribunal da Relação – artigo 89.º do RJC e artigo 75.º do RGCO, ex vi do artigo 83.º do RJC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

D) Fundamentação do reenvio e considerações do tribunal:

42. A questão sobre a validade da apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como lidas nas instalações de empresas, em processos onde se investiga práticas restritivas da concorrência, mediante autorização prévia do Ministério Público e com possibilidade de sindicância judicial posterior era, até há pouco tempo, uma questão tendencialmente pacífica no ordenamento jurídico nacional.
43. Desde, pelo menos, a entrada em vigor do RJC, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio (vigor em 08.07.2012), o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão vinha, de forma unânime, a aceitar a validade daquelas apreensões.
44. O Tribunal da Relação de Lisboa, salvo acórdãos minoritários e mais recentes, também vinha admitindo a validade daquelas apreensões.
45. Sucede, porém, que foi proferido um acórdão pelo Tribunal Constitucional (acórdão n.º 91/2023, processo n.º 559/2020, de 16 de Março de 2023) que julgou inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual, em processo contra-ordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio electrónico abertas mediante autorização do Ministério Público.
46. Posteriormente, foi proferido novo acórdão pelo Tribunal Constitucional (n.º 314/2023, datado de 26 de Maio de 2023), em sede do qual se decidiu também 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 electrónico em processo de contra-ordenação 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”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

47. E nesse mesmo sentido foi ainda proferida a Decisão sumária do Tribunal Constitucional n.º 277/2024, de 24 de Abril.
48. Apesar dessas decisões não terem força dentro do presente processo, o certo é que vieram alterar um paradigma normativo maioritariamente estabilizado quanto à questão, sendo que se seguir o referido entendimento, tal determinará que não possa valer como prova das alegadas infracções praticadas pelas Visadas as mensagens de correio electrónicas apreendidas nos autos, daqui a imprescindibilidade deste reenvio prejudicial para a resolução do caso.
49. Também o STJ se pronunciou, proferindo um acórdão uniformizador de jurisprudência, considerando que em processo de contra-ordenação relativo a práticas restritivas da concorrência previstas no Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio), compete ao juiz de instrução ordenar ou autorizar a apreensão de mensagens de correio electrónico ou de outros registos de comunicações de natureza semelhante, independentemente de se encontrarem abertas (lidas) ou fechadas (não lidas) – vide acórdão n.º 12/2024, <https://www.stj.pt/uniformizacao-de-jurisprudencia/jurisprudencia-fixada-criminal-ano-2024>.
50. O acórdão uniformizador de jurisprudência vale apenas inter partes mas não tem efeito vinculativo extra-processual, sem prejuízo do seu carácter orientador e persuasivo para os juízes nacionais.
51. Porém, mais recentemente, foi proferido acórdão pelo Tribunal Constitucional em sentido inverso aos que foram proferidos anteriormente, concluindo não ser inconstitucional o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (na redacção original, anterior à conferida pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto), quando interpretado:
- “i) - No sentido de que “é possível, em processo de contra-ordenação da concorrência, examinar, recolher e apreender mensagens de correio electrónico”;*
- “ii) - No sentido de admitir a “possibilidade de exame, recolha e/ou apreensão de mensagens de correio electrónico «abertas» ou «lidas»”;*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

“iii) - No sentido de “admitir o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio electrónico em processo de contra-ordenação da concorrência sem despacho judicial prévio” – vide acórdão n.º 533/2024.

52. Também esse acórdão não tem força dentro do presente processo.
53. Apesar de a estes autos ser aplicável a versão do RJC dada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto e os citados acórdãos terem sido proferidos no âmbito da redacção do RJC anterior a essa versão, o certo é que o problema da validade do correio electrónico apreendido pela AdC com base em autorização emanada do Ministério Público se coloca em qualquer uma das versões do RJC e nos mesmos termos.
54. Para além disso, salvo o devido respeito por melhor entendimento, julgamos que estão em causa questões novas, num quadro jurídico e factual inédito, à luz da jurisprudência europeia, que demandam, novamente salvo melhor entendimento, a intervenção do TJUE, a quem compete interpretar as normas do direito da União, as quais se revelam imprescindíveis para a resolução do presente caso (e de outros tantos pendentes neste tribunal).

55. Numa perspectiva de mercado, as regras da concorrência visam garantir o livre funcionamento do mercado, sendo a política da concorrência encarada pelo TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para o mercado único e a plena integração.
56. As principais regras da concorrência da União Europeia mostram-se contempladas no respectivo direito originário – vide Capítulo 1 do Título VII do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), artigos 101.º a 109.º (2). Nessa conformidade, tratam-se de normas que prevalecem sobre o direito derivado da União Europeia e, por isso, por este não podem ser derogadas. Para além disso, beneficiam do primado do Direito da União Europeia sobre o direito nacional, assim como de efeito directo na ordem jurídica dos Estados Membros.

² Antes, numa primeira fase, nos seus artigos 85.º e ss. e depois, nos artigos 81.º e ss.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

57. Em termos de direito derivado, destaca-se ainda, do ponto de vista adjectivo, o Regulamento n.º 1/2003, que implicou uma modernização e descentralização na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.
58. Neste conspecto, **o direito da concorrência não é um direito tipicamente nacional. A sua raiz não é nacional.**
59. A partir da entrada em vigor do referido Regulamento n.º 1/2003, o que é aplicado pelos tribunais nacionais em matéria de direito da concorrência em território português mais não é do que direito europeu.
60. Em sede do Tratado de Lisboa, na declaração n.º 17 anexa à acta final, sobre o primado do direito comunitário, ***“a Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”***.
61. Assim, quando uma acção está compreendida no âmbito de aplicação do direito comunitário, é este regime que prevalece sobre o direito interno por ser de fonte hierarquicamente superior, tendo em conta o referido princípio do primado do direito europeu.
62. Conforme atentam os acórdãos do TJ, de 9 de Março de 1978, Simmenthal, 106 e de 19 de Maio de 1990, Factortame, C-213/89, os tratados, ao conformarem o sistema judicial da União, à luz do princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.ºs 1 e 3 do TUE), não instituíram um sistema autónomo com tribunais próprios, deixando apenas reservadas ao Tribunal de Justiça as competências insusceptíveis de serem atribuídas aos tribunais dos Estados-Membros, convocaram estes como tribunais comuns da União e, nesta qualidade, encontram-se aqueles investidos, designadamente, com **competência para desapplicarem o direito nacional contrário ao direito da União**.
63. Com efeito, o acórdão do TJUE de 15 de Julho de 1964, Processo 6-64, Costa v. ENEL estabeleceu o **princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, enquanto princípio estruturante do próprio ordenamento comunitário**.
64. O TJUE tem vindo a reafirmar uma série de outros princípios com vista a assegurar os objectivos da União de direito, sendo de destacar, tal como acima referido, de entre eles, o **princípio do primado** [o qual impõe a prevalência do direito da União sobre o direito



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

nacional , e estando o mesmo internamente plasmado na conjugação dos artigos 7.º, n.º 6 e 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa], o **princípio da interpretação conforme** e o **princípio da responsabilidade do Estado-juiz** por violação das obrigações europeias, dirigindo-se o primeiro também ao juiz nacional, a quem de resto incumbe fiscalizar e zelar pela aplicação do direito da União e a sua efectiva tutela jurisdicional.

65. Por sua vez, os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.
66. De acordo com o **princípio da autonomia processual nacional**, se a União não regula determinada matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União (*vide* acórdãos do TJ de 16 de Dezembro de 1976, Rewe, 33/76, Colect., p. 813, n.º 5; de 19 de Junho de 1990, Factortame e o., C-213/89, Colect., p. I-2433, n.º 19; de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 12; e de 11 de Setembro de 2003, Safalero, C-13/01, Colect., p. I-8679, n.º 49).
67. Porém, o princípio da autonomia processual nacional não pode impedir a efectiva e uniforme aplicação do direito da União, tendo como limite os **princípios da equivalência e da efectividade** – *vide* também acórdão de 5 de Junho de 2014, Kone e o., processo C-557/12, EU:C:2014:1317.
68. Consideramos que a interpretação que se deve fazer das próprias normas da CRP deve assentar numa interpretação conforme, só assim se respeitando a própria CRP (que incorporou no seu texto, o direito originário e derivado da União) e, conseqüentemente, o direito da União.
69. Na verdade, o ordenamento jurídico português não pode ser visto como um ordenamento isolado, mas antes como parte de um ordenamento plural de que necessariamente faz parte e com o qual não pode embater frontalmente, sob pena dele próprio ser fonte e raiz de incoerência e incompatibilidade do sistema plural de que faz parte.
70. Conforme refere o acórdão do TJ de 17 de Dezembro de 1970, processo n.º 11-70, Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

Futtermittel ⁽³⁾, ***“o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado.”***

(sublinhado nosso)

71. Nesta conformidade, consideramos que importa interpretar os preceitos que derivam dos 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 CRP, à luz do direito da União.
72. Por isso, importa chamar à colação os artigos 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE ou Carta) e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), acima já transcritos (vide pontos 17 e 18).
73. Apesar de parecerem disposições similares àquelas que resultam do n.º 1 e 4 do artigo 34.º da CRP, consideramos que compete ao Tribunal de Justiça interpretar as disposições do direito da União que têm que ver com os **direitos fundamentais**, pois a análise que é pressuposta ser realizada por aquele douto tribunal tem em vista a estrutura concreta e os objectivos concretos do ordenamento jurídico europeu, o que pode determinar interpretações distintas, relativamente a normas internas de um Estado Membro e da União aparentemente similares.
74. O que queremos com esta asserção expor é que existem normas do direito interno dos Estados Membros e do direito da União que até podem ter redacções similares, mas que ainda assim, quando está em causa uma acção compreendida no âmbito de aplicação do direito comunitário, não deve ser arredado ao Tribunal de Justiça a interpretação das

³ In <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

disposições do direito da União, sob a capa de que essas disposições são similares às do direito doméstico, pois o TJUE interpreta as normas à luz dos objectivos do sistema jurídico europeu, o que pode implicar resultados interpretativos distintos.

75. Aproximando-nos da questão *sub judice*, importa recordar que, segundo nos foi permitido perceber, a jurisprudência da União tem reconhecido a inexistência de violação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio (artigo 7.º da Carta e artigo 8.º da CEDH), quando inexistente um mandado judicial prévio à actuação da Comissão na investigação de infracções ao direito a concorrência.
76. Em sede dos acórdãos do TEDH (acórdãos Harju c. Finlândia, de 15 de Fevereiro de 2011, pet. 56716/09, n.ºs 40 e 44, e Heino c. Finlândia, de 15 de Fevereiro de 2011, pet. 56715/09, n.ºs 40 e 44), foi salientada a importância de se proceder a um exame das garantias que seja tanto mais rigoroso quanto sejam possíveis as inspecções sem a autorização prévia de uma autoridade judicial. Seguidamente, enunciou claramente o princípio de que a ausência de autorização judicial prévia pode ser compensada por uma fiscalização completa a realizar após a inspecção.
77. Segundo a referida jurisprudência do TEDH, a ausência de um mandado judicial prévio não é susceptível, por si só, de implicar a ilegalidade de uma ingerência na acepção do artigo 8.º da CEDH.
78. O mesmo TEDH lembrou, por sua vez, que um grau aceitável de protecção contra as ingerências que atentam contra o artigo 8.º da CEDH implicava um quadro legal e limites estritos, como a exigência de fundamentação das decisões de inspecção, a existência de limites impostos à Comissão durante o desenrolar da inspecção, a impossibilidade da Comissão impor a inspecção pela força, a possibilidade da intervenção das instâncias nacionais e a existência de vias de recurso, *a posteriori* (vide acórdãos Harju c. Finlândia, n.º 66, acima referido, n.º 39; Heino c. Finlândia, n.º 66, acima referido; vide também Varga c. Roménia, n.º 70, de 1 de Abril de 2008, pet. 73957/01; e Sociétés Canal Plus e o. c. França, n.º 59, de 21 de Dezembro de 2010, pet. 29408/08).
79. Nesse mesmo sentido, o acórdão do Tribunal Geral de 6 de Setembro de 2013, processos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11, Deutsche Bahn AG e outras contra Comissão – neste âmbito haviam sido inclusivamente apreendidas mensagens de correio electrónico.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

80. E também o acórdão do Tribunal Geral de 5 de Outubro de 2020, processo T-249/17, Casino, Guichard-Perrachon e outra contra Comissão.
81. No primeiro processo (no acórdão Deutsche Bahn), foi posteriormente proferido acórdão pelo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2015 (C-583/13 P, EU:C:2015:404), onde este se pronunciou igualmente sobre as garantias que regulam o poder de inspecção da Comissão num processo de aplicação das regras da concorrência.
82. Nessa sede, o TJ constatou que nem o princípio da inviolabilidade do domicílio nem o princípio da protecção jurisdicional efectiva foram violados devido à inexistência de um mandado judicial prévio, por parte da Comissão, bem como pela circunstância da fiscalização jurisdicional do juiz da União só poder ser exercida *a posteriori*.
83. Segundo o TJ é a intensidade desta última fiscalização, que deve incluir a totalidade das questões de direito e de facto e permitir que a situação seja adequadamente sanada em caso de irregularidade, que é determinante na apreciação da observância dos referidos princípios e não o momento em que essa fiscalização é exercida.
84. Como referiu o advogado geral NILS WAHL, em conclusões apresentadas em 12 de Fevereiro de 2015, nesse processo C-583/13 P, Deutsche Bahn AG contra Comissão, ***“(…) no âmbito do sistema da União, a fiscalização jurisdicional ex post que pode ser realizada pelo juiz da União assegura um nível adequado de protecção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Na minha opinião, não existem dúvidas de que a competência do juiz da União abrange todas as questões de facto e de direito que possam ser relevantes para a fiscalização da legalidade das decisões de inspecção (...), em conformidade com a jurisprudência resultante dos acórdãos Chalkor e KME Germany (...). Acresce que, (...) a anulação de uma decisão de inspecção impede a Comissão de fazer uso dos documentos obtidos nessa inspecção.”***
85. Olhando para o paradigma da União, paradigma esse que tendo directamente que ver com a inviolabilidade do domicílio pode ser transposto para a inviolabilidade das comunicações, suscita-nos fundadas dúvidas sobre se efectivamente, viola o princípio da inviolabilidade da correspondência a apreensão por parte da AdC de correio electrónico marcado como lido



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

devido à inexistência de um mandado judicial prévio, quando investiga a prática de infrações às regras da concorrência.

86. Com efeito, tendo em vista o que se consignou nos pontos 27 a 41 desta exposição, consideramos que o sistema jurídico nacional prevê um quadro legal e limites estritos, nomeadamente, permitindo que seja exercida uma fiscalização prévia por uma magistratura autónoma que tem o dever de assegurar a legalidade democrática (para além de uma fiscalização imediata, pelo menos sobre o modo de execução do mandado do Ministério Público pela AdC, por um juiz) e uma fiscalização judicial robusta *a posteriori*, de facto e de direito (ou seja, parece-nos que, no ordenamento interno, as exigências de controlo são superiores até àquelas que são conferidas aos Visados em processos por infrações à concorrência investigados pela Comissão).

*

87. Para além do exposto, também temos fundadas dúvidas sobre o que é considerado para efeitos do artigo 7.º da Carta e do artigo 8.º da CEDH “correspondência”, ou seja, se correspondência também abarca todas as mensagens de correio electrónico que se encontrem marcadas como lidas em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas.
88. As mesmas dúvidas nos suscitam os casos em que as mensagens de correio electrónico que já não estão na disponibilidade do *provider* mas apenas na caixa de correio electrónico do receptor da mensagem de correio electrónico.
89. *Adensando.*
90. Quanto às mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, na medida em que se encontram lidas, essa leitura é, em princípio, o momento do conhecimento da mensagem por parte do destinatário, sendo esse o momento em que a comunicação parece atingir a sua perfeição, podendo ser esse o momento em que se estabelece a fronteira entre uma realidade protegida por via do sigilo das comunicações, de outra que não é. Ultrapassado o momento fulcral, o correio electrónico metamorfosear-se-ia em mero documento armazenado / guardado / alojado em suporte digital.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

91. Para além disso, consideramos que não é de descorar o facto de se estar em ambiente estritamente empresarial, especialmente em ambientes de grandes empresas, onde o normal é que assuntos meramente empresariais sejam tratados mediante correio electrónico, o que acaba por não divergir de uma realidade mais remota: da documentação física empresarial.
92. Em vez de serem produzidos documentos físicos que dizem respeito a relações comerciais / empresariais da empresa, esses assuntos passaram a ser maioritariamente tratados electronicamente, devendo o direito adaptar-se a essa nova realidade.
93. Se importa tutelar o direito à inviolabilidade da correspondência (incluindo de empresas), também julgamos que essa tutela poderá ser menos robusta que a tutela que deve ser dada quando estão em causa pessoas singulares, em ambiente estrito de vida privada, importando temperar tal tutela com o princípio da proporcionalidade a que alude o artigo 52.º da Carta, tendo em vista não apenas o que se expôs no parágrafo anterior, como o facto de se impor a tutela das regras da concorrência.
94. Esta última tutela poderá ficar esvaziada se a tutela que se der àquele direito (da inviolabilidade da correspondência) for, salvo o devido respeito, desproporcional, não se admitindo como suficiente uma sindicância jurisdicional robusta *a posteriori*.
95. Mas ainda que assim não se entendesse, por se considerar ser bastante difícil, por questões técnicas, determinar o momento em que as mensagens de correio electrónico foram efectivamente lidas /conhecidas do destinatário, sempre se nos suscita a dúvida sobre se no momento em que o fornecedor do serviço electrónico deixa de ter qualquer tipo de poder para intervir na mensagem, ainda assim estamos perante "correspondência".
96. Na verdade, quando a mensagem de correio electrónico é totalmente descarregada e apagada do servidor (empresa que fornece o serviço electrónico), passando a estar apenas no equipamento do destinatário, parece, salvo melhor opinião, que o processo de comunicação (em que existe uma especial situação de perigo de terceiro se imiscuir na correspondência) cessou pois passa o destinatário a estar em total domínio sobre a mensagem, deixando esta de estar sob qualquer controlo do fornecedor de serviços electrónicos.
97. Ainda que assim se possa entender, subsiste, porém, a questão dos dados de tráfego.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

98. Na medida em que o destino, o momento e a duração de comunicações constituem dados que configuram natureza privada, sendo de natureza íntima, ainda que tenha sido descarregado e apagado integralmente do *provider* as mensagens e dados de tráfego, sem possibilidade de intervenção do terceiro, pode considerar-se que esse tipo de conteúdo, dada a sua sensibilidade, ainda configura uma “comunicação”, para os efeitos citados. Contudo, nesse caso, se não considerássemos as próprias mensagens como “correspondência”, por ausência de perigo de intromissão do fornecedor do serviço electrónico, tal significaria que se estaria a conferir maior tutela aos dados de tráfego do que ao próprio conteúdo das mensagens de correio electrónico.

*

99. Para além disso, consideramos, com o enorme respeito por entendimento diverso, que considerar que perante as circunstâncias descritas nos pontos 27 a 41 desta exposição se mostra violado o direito à inviolabilidade das comunicações por ausência de mandado prévio do juiz, poderá estar a colocar-se em causa o **princípio da efectividade**.

100. Importa recordar que o sistema jurídico da União, onde Portugal se insere, não confere apenas direitos, mas confere igualmente deveres. Deveres esses que, sob o ponto de vista que importa na abordagem da questão *sub judice*, implicam que seja promovida pelos Estados Membros uma efectiva protecção da livre concorrência, como pilar constitutivo da União Europeia, que a celebra como um dos sustentáculos do próprio Estado de Direito.

101. São interesses públicos que ditam a referida disciplina.

102. Essa efectividade encontra reforço na Directiva ECN+ (DIRETIVA (UE) 2019/1 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 11 de Dezembro de 2018), que mais não é do que um diploma que visa tornar mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

103. Ora, a anulação da prova consistente nas mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, em ambiente estritamente empresarial, quando parece que existe um cumprimento das exigências oriundas do direito da União nessa matéria, comporta a aplicação de uma regra que prejudica a aplicação efectiva das normas que impedem práticas restritivas da concorrência, pois invalida que se possa ter em conta prova que,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

muitas das vezes, é aquela que permite, segundo regras de experiência comum, comprovar a infracção às regras da concorrência, incluindo os seus contornos, a sua duração, os seus agentes.

104. Como realça do acórdão do TJ de 19 de Março de 1992, Batista Morais, C-60/91, EU:C:1992:140, n.º 11 e jurisprudência aí referida, ***“importa realçar que, por força do artigo 4.º, n.º 3, TUE, os Estados-Membros são obrigados a não prejudicar, por intermédio da sua legislação, a aplicação plena e uniforme do direito da União e a não tomar ou manter em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas.”***
105. É certo que o artigo 53.º da Carta determina que ***“nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”***
106. Todavia, não menos certo é que tal disposição da Carta, de acordo com o TJ, no acórdão de 26 de Fevereiro de 2013, processo C-399/11, Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal, não ***“autoriza, em geral, um Estado-Membro a aplicar o padrão de protecção dos direitos fundamentais garantido pela sua Constituição, quando este é mais elevado do que o que decorre da Carta, e a opô-lo, se for caso disso, à aplicação de disposições do direito da União.”***
107. E continua o referido acórdão: ***“(…) essa interpretação do artigo 53.º da Carta viola o princípio do primado do direito da União, na medida em que permite a um Estado-Membro obstar à aplicação de actos do direito da União plenamente conformes à Carta, se não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado.***
108. ***“Com efeito, é jurisprudência assente que, por força do princípio do primado do direito da União, que é uma característica essencial da ordem jurídica da União (v. pareceres 1/91, de 14 de Dezembro de 1991, Colet., p. I-6079, n.o 21, e 1/09, de 8 de***



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

Março de 2011, Colet., p. I-1137 n.o 65), a invocação, por um Estado-Membro, de disposições de direito nacional, ainda que de natureza constitucional, não pode afectar o efeito do direito da União no território deste Estado (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Colet. 1969-1970, p. 625, n.o 3, e de 8 de setembro de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Colet., p. I-8015, n.o 61)."

109. Como decorre da jurisprudência europeia, **"é normal que as actividades colusórias decorram cada vez mais clandestinamente, que as reuniões entre os representantes das empresas se realizem secretamente, a maioria das vezes num país terceiro, e que a documentação que lhes diz respeito seja reduzida ao estrito mínimo, precisamente com o objectivo de evitar a identificação do cartel e as sanções justamente severas"** – vide acórdão do TG de 28 de Março de 2019, processo T-433/16, Pometon SpA contra Comissão.
110. O respeito pelo princípio da efectividade **"deve ser analisado tendo em conta o lugar que as regras em causa ocupam em todo o processo, a tramitação desse processo e as particularidades dessas regras nas diversas instâncias nacionais"** – vide conclusões do Advogado-Geral GIOVANNI PITRUZZELLA, apresentadas em 11 de Março de 2020, processo C-86/19, SL contra Vueling Airlines SA e também acórdão de 11 de Setembro de 2019, Călin (C-676/17, EU:C:2019:700, n.º 31) ali citado.
111. Na verdade, a propósito desta mesma questão, a Advogada Geral LAILA MEDINA, nas suas conclusões apresentadas em 20 de Junho de 2024, no âmbito dos processos C 258/23 a C 260/23, defende que aquele princípio da efectividade pode ser afectado caso, perante as circunstâncias concretas, se identifique **"um risco sistémico de impunidade para tais infracções"**.
112. Ora, o entendimento de que a prova obtida nos moldes citados é nula e erigir tal entendimento a standard, quando se verifica que a prova obtida não conduz à violação do direito à inviolabilidade das comunicações, à luz da interpretação que tem vindo a ser realizada em sede do Direito da União sobre as preditas matérias pelos motivos dissecados, poderá acarretar precisamente aquele quadro de risco sistémico de impunidade, que pode



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

ser observado facilmente através das informações prestadas pela ANC e que aqui se dão por integralmente reproduzidas e se consideram parte integrante deste despacho.

113. Nesse quadro podemos observar:

- Uma lista de todas as decisões judiciais proferidas desde a entrada em vigor do RJC, da primeira instância e de instâncias superiores, onde estava em causa a violação dos artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC, em que foi admitida a prova respeitante a correio electrónico apreendido com base na autorização de mandados emitidos pelo Ministério Público, com indicação dos n.ºs de processo, as respectivas datas e as infracções imputadas;

- Uma lista de todas as decisões judiciais proferidas desde a entrada em vigor do RJC, da primeira instância e de instâncias superiores, onde estava em causa a violação dos artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC, em que não foi admitida a prova respeitante a correio electrónico apreendido com base na autorização de mandados emitidos pelo Ministério Público, com indicação dos n.ºs de processo, as respectivas datas e as infracções imputadas com indicação dos respectivos artigos das Leis em causa;

- Uma lista de todos os processos pendentes, desde a entrada em vigor do RJC até agora, onde as Visadas foram condenadas pela violação dos artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC e onde ainda se discute a validade da prova que consiste em correio electrónico apreendido com base na autorização de mandados emitidos pelo Ministério Público, com indicação dos n.ºs de processo, o número de Visados, as infracções em causa, o valor das coimas cominadas e o período em que decorreram as infracções imputadas;

- Informação da percentagem que esses processos representam no âmbito da actividade da AdC no que toca à repressão de condutas que consubstanciam a violação dos artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE e/ou do artigo 9.º e/ou 12.º do RJC, desde a entrada em vigor do RJC e até ao presente, sendo distinguida a percentagem onde se incluem os processos onde foi apresentada impugnação judicial e outra em que não foi.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

114. Não se pode olvidar que várias instâncias judiciais validaram durante mais de uma década a apreensão de correio electrónico efectuada nos apontados termos, ao abrigo de diversos diplomas de defesa da concorrência que incorporaram, precisamente, o Direito da União, especialmente o Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002.
115. Em suma, na medida em que nos parece, salvo melhor opinião, que a interpretação dos artigos 7.º da Carta e 8.º CEDH permitem a apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas como lidas por uma ANC mediante a autorização prévia do Ministério Público e o controlo jurisdicional robusto a posteriori e que interpretação inversa impede fazer uso de tais elementos, enquanto prova das alegadas infracções, já por si naturalmente difíceis de provar, consideramos que a interpretação inversa coloca em causa o princípio da efectividade.

*

E) Das questões prejudiciais:

116. Por tudo o que ficou exposto, consideramos essencial à decisão a proferir nos presentes autos a apreciação pelo TJUE das seguintes questões, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE:
- A)** A interpretação segundo a qual não integra o conceito de “correspondência” mensagens de correio electrónico marcadas na caixa de correio do destinatário como lidas, em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas, sob ponderação do princípio da proporcionalidade a que alude o artigo 52.º da Carta, viola as disposições a que alude o artigo 7.º da Carta e o artigo 8.º da CEDH?
- B)** A interpretação segundo a qual não integra o conceito de “correspondência” mensagens de correio electrónico marcadas como lidas (em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas) e dados de tráfego que tenham sido integralmente descarregados e apagados do servidor do fornecedor do serviço electrónico e por isso passaram a estar apenas na disponibilidade do destinatário daquelas, inexistindo qualquer controlo do fornecedor de serviços electrónicos, sob ponderação do princípio da proporcionalidade a que alude o artigo 52.º da Carta, viola as disposições a que alude o artigo 7.º da Carta e o artigo 8.º da CEDH?



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

- C) A interpretação segundo a qual a Autoridade da Concorrência (a ANC no direito português) pode realizar diligências de busca e apreensão de mensagens de correio electrónico marcadas na caixa de correio como lidas de empresas (ou seja, em ambiente estritamente empresarial e que lá circulem ou estejam arquivadas), para efeitos de obtenção de prova no âmbito de um processo em que se investiga infracções por práticas restritivas da concorrência, mediante um pedido fundamentado de facto e de direito junto de um Magistrado do Ministério Público, enquanto magistratura independente, que não promove a investigação e instrução do processo em curso, cuja intervenção, nessa sede, é meramente incidental, competindo-se assegurar a legalidade democrática e que decide igualmente de forma fundamentada, em que a execução do mandado do Ministério Público pela Autoridade da Concorrência pode ser imediatamente sindicável por um tribunal judicial e em que pode ser ainda exercido *a posteriori* (após a prolação de decisão final pela ANC) um controlo jurisdicional de plena jurisdição, com conhecimento de matéria de facto e de direito, viola o artigo 7.º da Carta e do artigo 8.º da CEDH?
- D) Na medida em que a negação da interpretação indicada em C) implica a anulação da prova consistente em mensagens de correio electrónico marcadas como lidas, em ambiente estritamente empresarial, comprometendo a aplicação efectiva das normas que reprovam práticas restritas da concorrência, sob a égide do princípio da proporcionalidade a que alude o n.º 1 do artigo 52.º da Carta, aquela negação da interpretação viola o princípio da efectividade, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça e por isso não é consentida pelo artigo 53.º da Carta?
- E) Num processo em que é aplicado o artigo 101.º do TFUE, uma interpretação da Lei nacional que passa a invalidar a apreensão de mensagens de correio electrónico já recepcionado (lido, não lido ou apagado) ou um sistema de mensagens instantâneas apreendidas pela Autoridade da Concorrência em ambiente empresarial, ordenada por autoridade judiciária estatutariamente independente e autónoma dos poderes legislativos e executivos nacionais, é compatível com o princípio da efectividade (ou do efeito útil) do direito da UE, nomeadamente tendo em consideração o artigo 101.º do TFUE, o Reg. 1/2003 e a Diretiva ECN+?



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Recurso (Contraordenação)

- F) Uma interpretação dos artigos 18.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, segundo a qual o Ministério Público não pode autorizar a apreensão de correio electrónico em ambiente empresarial para efeitos de investigação de uma infracção ao artigo 101.º do TFUE, opõe-se aos princípios da efectividade e equivalência e ao princípio da interpretação conforme aos artigos 7.º da CDFUE, n.º 3 do artigo 4.º do TUE, considerando 24 e 26 e artigos 20.º a 22.º do Regulamento 1/2003, do Conselho e considerando 30 a 34 e n.º 3 do artigo 6.º da Directiva ECN + , considerando que, nos termos dos seus Estatutos, o Ministério Público, delimitado o respectivo conteúdo funcional, actua com autonomia e independência perante o poder político executivo, pertencendo o dominus de toda a fase administrativa do processo contra-ordenacional da concorrência à ANC; os visados pelas diligências de busca e apreensão podem exercer, em tempo útil, os seus direitos de defesa quanto, pelo menos, ao modo de execução do mandado, perante a instância judicial competente; é o Ministério Público que, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, aprecia e decide, enquanto terceiro independente, imparcial e externo à investigação, da necessidade, pertinência e proporcionalidade das diligências de busca e apreensão (incluindo de correio electrónico aberto e lido em ambiente empresarial) ocorridas nas empresas visadas; e em que pode ser ainda exercido a posteriori (após a prolação de decisão final pela ANC) um controlo jurisdicional de plena jurisdição, com conhecimento de matéria de facto e de direito?

A Juiz de Direito do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão do

Estado Membro de Portugal

Vanda Miguel