



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Sumário:

I - A decisão que aprecie a validade de diligências de investigação (buscas e apreensões), levadas a cabo pela autoridade administrativa, não se encontra sujeita, enquanto decisão interlocutória, a iguais exigências de fundamentação (de facto e de direito) que uma sentença ou que um acórdão que se pronuncie sobre o objecto da causa.

II - Deve ser determinado o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, previsto pelo art. 267.º do TFUE, quando as questões de direito da UE sejam necessárias para a decisão do litígio em causa.

Acordam os juízes que integram a secção da propriedade intelectual, concorrência, regulação e supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa

I - RELATÓRIO:

A “**IMI – Imagens Médicas Integradas, SA**”, com sede na Avenida Conde Valbom, n.º 30, 2.º, Lisboa, veio interpor **recurso judicial da decisão da “Autoridade da Concorrência”**, datada de 28-11-2022, que indeferiu as nulidades, por si arguidas, das buscas e das apreensões realizadas entre os dias 29-09-2021 e 08-10-2021, ordenadas pelo Ministério Público da comarca de Lisboa, no âmbito de um processo de contra-ordenação referente a alegadas práticas restritivas da concorrência, proibidas pelos arts. 9.º da Lei n.º 19/2012 e 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da UE.

*

Por decisão proferida no dia 19-04-2023 (que aqui se dá por integralmente reproduzida para todos os efeitos legais), o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Juiz 1 afirmou que “(...) *suscitando-se dúvidas (...) importa mobilizar o instituto do reenvio prejudicial a que alude o artigo 267.º do TUFUE (...)*” e, de



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

seguida, determinou que “(...) *nos termos e para os efeitos constantes no artigo 267.º do TFUE e artigo 19.º, número 3 do Tratado da União Europeia, formulam-se as seguintes questões prejudiciais:*

I. Os documentos profissionais, aqui em causa, veiculados através de correio eletrónico, são «correspondência» na aceção do artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?

II. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia opõe-se à apreensão de documentação profissional, resultante de comunicações estabelecidas entre Administradores e colaboradores de empresas através de endereços de correio eletrónico, quando esteja em causa a investigação de acordo e práticas proibidas nos termos do artigo 101.º do TFUE (ex artigo 81.º do TCE)?

III. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia opõe-se à apreensão daquela documentação profissional, mediante prévia autorização de autoridade judiciária, in casu, o Ministério Público, a quem compete representar o Estado, defender os interesses que a lei determinar, exercer a ação penal orientado pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática, nos termos da Constituição e que atua com autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local?”

*

A “**IMI – Imagens Médicas Integradas, SA**”, veio interpor recurso desta **decisão**, que terminou com a apresentação das seguintes **conclusões**:

“Introito e objeto do Recurso

A. A Decisão Recorrida, datada de 19-04-2023 e apelidada de ‘Sentença’, não reúne os requisitos próprios de uma Sentença (artigo 374.º do CPP, aplicável ex vi artigos 83.º da LdC e 74.º, n.º 4 e 41.º do RGCO): entre o mais, não contém



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

dispositivo e a fundamentação de direito encontra-se incompleta e “interrompida” por um subcapítulo dedicado ao “reenvio prejudicial”, onde o Tribunal Recorrido, por ter “dúvidas”, formula três questões prejudiciais (artigos 267.º do TFUE e 19.º, n.º 3 do TUE).

B. Esta Decisão - de desencadear um procedimento de reenvio de questões a título prejudicial junto do TJUE – é a decisão de que se recorre, sendo que a mesma erra nos pressupostos de que parte e foi proferida ao arrepio dos mais elementares Direitos processuais (em particular, do contraditório e defesa), sendo inválida.

Da admissibilidade do presente recurso

C. Nos termos dos artigos 89.º da LdC e, bem assim, 399.º e 400.º, a contrario, do CPP, ex vi artigos 83.º da LdC e 41.º e 74.º, n.º 4 do RGCO, a decisão proferida é recorrível, porque (i) o artigo 89.º da LdC não prevê limitações à recorribilidade das decisões judiciais e, de todo o modo, a Decisão Recorrida (ii) não é uma decisão que caia sob o disposto nas alíneas a) ou b) do artigo 400.º do CPP - não é um mero despacho de tramitação processual nem uma decisão que opera dentro de determinados parâmetros de discricionariedade ou livre resolução, respetivamente, (iii) e, ainda que assim se não entenda, é sempre admissível recorrer das Decisões no que concerne aos pressupostos legais a que estão vinculadas.

D. O Direito da União e sua jurisprudência não impedem, também, o recurso da decisão do órgão jurisdicional que efetua o pedido de decisão prejudicial – em especial, o artigo 267.º do TFUE, que não exclui a possibilidade de se apresentar recurso do pedido de decisão prejudicial, e jurisprudência do TJUE que, consistentemente, aceita expressamente este recurso. O próprio ofício do TJUE, no presente processo, redigido após envio pelo TCRS do seu pedido de decisão prejudicial, requer que, “caso seja interposto recurso do pedido de reenvio prejudicial, a Secretaria do Tribunal de Justiça deve ser informada logo que possível”.

E. Uma interpretação da norma que se retira do n.º 1 do artigo 89.º da LdC e dos artigos 399.º e 400.º, a contrario, do CPP, ex vi artigos 83.º da LdC e 41.º e 74.º,



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

n.º 4 do RGCO, que concluisse no sentido da irrecorribilidade das decisões judiciais que determinam o reenvio prejudicial seria sempre uma interpretação normativa inconstitucional.

F. Se o Tribunal interpretar (primeiro) e aplicar (depois) essas normas, no sentido de que uma decisão de reenvio não é uma decisão recorrível, estará a aplicar uma norma (na interpretação efetuada pelo tribunal) que é uma norma inconstitucional, designadamente por violação dos princípios do acesso ao Direito e aos Tribunais, do processo equitativo e da tutela jurisdicional efetiva, que se retiram dos n.ºs 1, 4 e 5 do art. 20.º da Constituição, bem como dos direitos de defesa previstos no n.º 10 do art. 32.º e ainda do princípio da proporcionalidade consagrado no n.º 2 do art. 18.º da Constituição.

G. Deve assim o Tribunal recusar a aplicação das referidas normas assim interpretadas, preferindo uma interpretação das mesmas em conformidade com a Constituição, ou seja, no sentido de que as decisões que determinam o reenvio prejudicial são sempre recorríveis.

Do regime aplicável ao presente recurso

H. No que respeita ao regime aplicável ao presente recurso, prescreve o artigo 406.º, n.º 2 do CPP que [s]obem em separado os recursos não referidos no número anterior que deverem subir imediatamente, pelo que, não se tratando de recurso interposto de decisão que ponha termo à causa ou recurso que com aquele deva subir – nos termos do disposto no n.º 1 do referido preceito legal –, conclui-se que o presente Recurso deve subir em separado e imediatamente, em decorrência do prescrito pelo artigo 407.º, n.º 1 do CPP, por a sua retenção o tornar absolutamente inútil, e com efeito suspensivo, nos termos do artigo 408.º, n.º 3 do CPP, todos aplicáveis por força do artigo 83.º da LdC e do artigo 41.º do RGCO.

I. Uma interpretação da norma que se retira do artigo 407.º, n.º 1, do CPP, aplicável por força do artigo 83.º da LdC e dos artigos 41.º e 74.º, n.º 4 do RGCO, que concluisse no sentido de que os recursos de decisões que determinam o reenvio prejudicial não devem ter efeito suspensivo (por não serem recursos cuja retenção



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

os tornaria absolutamente inúteis), seria sempre uma interpretação normativa inconstitucional.

J. Se o Tribunal interpretar (primeiro) e aplicar (depois) essas normas, no sentido de que um recurso de uma decisão que determina o reenvio prejudicial não deve ter efeitos suspensivos, por a sua retenção os tornar, pela natureza das coisas, absolutamente inútil, estará a aplicar uma norma (na interpretação efetuada pelo Tribunal) que é uma norma inconstitucional, designadamente por violação dos princípios do acesso ao Direito e aos Tribunais, do processo equitativo e da tutela jurisdicional efetiva, que se retiram dos n.ºs 1, 4 e 5 do art. 20.º da Constituição, bem como dos direitos de defesa previstos nos n.ºs 1 e 10 do art. 32.º, bem como do princípio da proporcionalidade que se retira do n.º 2 do art. 18.º da Constituição.

K. Deve assim o Tribunal recusar a aplicação das referidas normas assim interpretadas, preferindo uma interpretação das mesmas em conformidade com a Constituição, ou seja, no sentido de que o recurso das decisões que determinam o reenvio prejudicial tem efeito suspensivo.

L. O mesmo se diga, por igualdade de razão, da norma que se retira do artigo 408.º, n.º 3 do CPP, aplicável por força do artigo 83.º da LdC e dos artigos 41.º e 74.º, n.º 4 do RGCO, interpretado no sentido de que o recurso de uma decisão que suscita o reenvio prejudicial não deve ter efeito suspensivo do processo e da decisão com todas as consequências daí decorrentes.

M. Com efeito, também neste caso, se o Tribunal interpretar (primeiro) e aplicar (depois) essa norma, no sentido de que um recurso de uma decisão que determina o reenvio prejudicial não deve ter efeitos suspensivos, estará a aplicar uma norma (na interpretação efetuada pelo Tribunal) que é uma norma inconstitucional, designadamente por violação dos princípios do acesso ao Direito e aos Tribunais, do processo equitativo e da tutela jurisdicional efetiva, que se retiram dos n.ºs 1, 4 e 5 do art. 20.º da Constituição, bem como dos direitos de defesa previstos nos n.ºs 1 e 10 do artigo 32.º da Constituição, bem como do princípio da proporcionalidade que se retira do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

N. Deve assim o Tribunal recusar a aplicação da referida norma assim interpretada, preferindo uma interpretação da mesma em conformidade com a



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Constituição, ou seja, no sentido de que o recurso das decisões que determinam o reenvio prejudicial tem efeito suspensivo.

Da nulidade da decisão recorrida: da falta de fundamentação

O. O pedido de reenvio de que consta a Decisão Recorrida é fundado numa série de “considerandos” - em particular, considerandos 11 a 14 (p. 18 da Decisão recorrida e p. 6 do pedido de decisão prejudicial dirigido ao TJUE, datado de 21.04.2023, com a referência 410037). É com base e tendo por fundamento estes Considerandos que o Tribunal Recorrido considera existir fundamento para que seja suscitada a intervenção do TJUE, mas nada se encontra na Decisão Recorrida (nem no Projeto de Sentença onde se encontra enxertada a Decisão) que permita retirar estas Conclusões e formular semelhantes Considerandos e que permita compreender qual o racional subjacente aos mesmos e à Decisão proferida – o que se impunha, ao abrigo do dever de fundamentação e para garantir o direito de defesa e o que torna a Decisão nula (artigos 97.º, n.º 5 do CPP e 205.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP, ex vi artigo 41.º do RGCO e artigo 83.º da LdC) e se aduz ao abrigo do disposto no artigo 410.º, n.os 1 e 3 do CPP, o que se requer seja declarado.

Da violação do princípio do contraditório

P. A questão da conformidade do direito nacional com o direito da União Europeia é inovadora e não foi suscitada pelos sujeitos processuais - tendo surgido oficiosamente a propósito do Acórdão do Tribunal Constitucional de 16.03.2023, posteriormente à interposição de recurso pela Recorrente que originou os presentes autos – pelo que a Decisão Recorrida configura uma verdadeira decisão-surpresa, por ter sido proferida sem prévio contraditório dos sujeitos processuais, assim violando as garantias de defesa da Recorrente (artigos 20.º, n.º 4 e 32.º, n.os 1 e 10 da CRP e 6.º da CEDH).

Q. Pelo que a Decisão Recorrida é nula por violação do princípio do contraditório, do princípio da tutela jurisdicional efetiva e do direito a um processo equitativo, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 20.º, n.ºs 1



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

e 4 e 32.º, n.ºs 1 e 10 da CRP, no artigo 6.º, n.º 1 da CEDH e nos artigos 119.º, alínea b) e 122.º do CPP, aplicáveis ex vi artigos 83.º da LdC e 41.º do RGCO, impondo-se a sua revogação e substituição por outra que venha a ter em conta o contraditório exercido pelos sujeitos processuais.

Dos pressupostos do pedido de decisão prejudicial

R. Apesar do pedido de decisão prejudicial ser da iniciativa do órgão jurisdicional nacional competente para julgar o processo principal, este pedido está sujeito a alguns pressupostos, que ditam a respetiva inadmissibilidade.

Da necessidade de estabilização do quadro factual e jurídico para proceder ao reenvio prejudicial

S. Conforme ditam as regras da boa administração da justiça, da economia e eficiência processual, o pedido de decisão prejudicial deve ser colocado em termos que lhe confirmam utilidade.

T. As questões colocadas pelo órgão jurisdicional nacional devem ser colocadas quando este esteja em condições de definir, com precisão suficiente, o quadro jurídico e factual do processo, para que a resposta por parte do TJUE às questões colocadas permita ao órgão jurisdicional nacional decidir a causa.

U. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 tem relevo para o caso sub judice, uma vez que este Acórdão versa sobre tema próximo dos suscitados nos presentes autos, como reconhece o próprio Tribunal Recorrido. Tendo em conta a ausência de qualquer referência ao Acórdão do Tribunal Constitucional no pedido de decisão prejudicial, adivinha-se que o TCRS acreditasse que o quadro jurídico (legal e jurisprudencial) não estivesse suficientemente estabilizado para que a inclusão desse Acórdão fizesse sentido, o que torna evidente que o TCRS falhou aquando do seu pedido de decisão prejudicial, porquanto não estava condições de definir e partilhar com o TJUE, com precisão suficiente, o quadro jurídico e factual do presente processo.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

V. Não se encontra estabilizado junto dos tribunais nacionais um dos temas em que se inscrevem as questões colocadas ao TJUE, não estando estabilizado, essencialmente, como o Tribunal da Relação vai atuar perante a obrigação de reformar a sua decisão em conformidade com o juízo positivo de inconstitucionalidade.

W. O que faz com que o pedido de decisão prejudicial não cumpra os requisitos de definição, com precisão suficiente, do quadro jurídico e factual do processo, por forma a garantir que a resposta, por parte do TJUE, às questões colocadas seja o mais completa possível, permitindo, dessa forma, que o órgão jurisdicional nacional decida a causa.

X. Consequentemente, e na medida em que essa questão está relacionada com o pedido de decisão prejudicial, deveria o TCRS ter aguardado pela decisão reformada do Tribunal da Relação de Lisboa - à luz do juízo positivo de inconstitucionalidade proferido pelo Tribunal Constitucional - antes de remeter a questão à apreciação do TJUE.

Y. O direito da União Europeia não obsta a que o sistema jurídico nacional (e no caso concreto, o Tribuna ad quem) imponha um compasso de espera ao próprio pedido de decisão prejudicial, enquanto o quadro jurídico e factual do presente processo não se torne mais definido.

Z. Uma atuação nestes termos estaria em linha com as exigências da eficiência e da economia processual - evitando-se, assim, um cenário em que o TJUE é chamado a pronunciar-se sobre uma questão cujo quadro jurídico não se encontra estabilizado e, por conseguinte, evitando-se assim uma apreciação por parte do TJUE inútil para a resolução do litígio principal, bem como gastos desnecessários de recursos do Tribunal de Justiça.

AA. Se este pedido de decisão prejudicial é inútil é, por definição, inadmissível.

Do conteúdo do pedido de decisão prejudicial

BB. Por forma a que o Tribunal de Justiça possa, de forma adequada, interpretar uma disposição do Direito da União, assim como apreciar e



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

pronunciar-se sobre as questões suscitadas, é necessário que o pedido de decisão prejudicial contenha toda a informação de que necessita, sob pena de dar uma resposta às questões prejudiciais que seja inútil.

CC. Esta indicação precisa das disposições nacionais aplicáveis passa por indicar a natureza jurídica, conteúdo e a finalidade das normas, incluindo a sua história e contexto, bem como a sua evolução e significado de acordo com a jurisprudência nacional.

DD. O racional subjacente ao que se expôs advém do facto de existir um risco da decisão do Tribunal de Justiça não ser útil para a decisão do órgão jurisdicional nacional - e, por conseguinte, o reenvio não cumprir o seu propósito.

EE. O TJUE apenas pode dar uma interpretação útil que permita a decisão da causa pelo órgão jurisdicional nacional se este lhe fornecer uma descrição clara e juridicamente precisa do quadro factual e jurídico do processo principal cuja resolução carece da sua intervenção.

FF. O pedido endereçado ao Tribunal de Justiça é completamente omissa a respeito do Acórdão n.º 91/2023.

GG. Atendendo ao teor das questões suscitadas perante o Tribunal de Justiça, e tendo em conta que o TC se pronunciou em sentido diverso daquele que é o entendimento do Tribunal Recorrido, impunha-se que o pedido de decisão prejudicial tivesse aludido ao Acórdão proferido pelo TC.

HH. Assim sendo, o quadro legal traçado pelo Tribunal Recorrido não se afigura nem suficiente nem preciso, na medida em que dele não consta um desenvolvimento jurisprudencial de relevo para a questão do reenvio prejudicial.

II. À luz do exposto, o facto de o pedido ser omissa no que concerne ao acórdão do Tribunal Constitucional faz com que não se possa vir a extrair da decisão do TJUE um efeito útil que permita a decisão da causa.

JJ. O pedido de decisão prejudicial nos termos em que foi efetuado é, portanto, inadmissível, atendendo ao respetivo conteúdo e ao facto de não permitir ao TJUE interpretar devidamente as disposições em causa à luz do quadro jurídico em vigor e, por conseguinte, por não lhe permitir apreciar devidamente as questões colocadas.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Da inadmissibilidade da Questão i do pedido de decisão prejudicial

KK. *O Tribunal Recorrido cita considerandos do Regulamento 1/2003 sem qualquer relevância para a questão da interpretação do conceito de correspondência.*

LL. *O Tribunal Recorrido não só não analisa a jurisprudência nacional superior e atualizada do Tribunal Constitucional - que, em dois Acórdãos, adota uma posição contrária à dos acórdãos citados pelo TCRS -, como não tem em conta que também o TEDH já se pronunciou sobre este tópico, estendendo a proteção concedida pelo artigo 8.º da CEDH a e-mails enviados e recebidos em contexto empresarial.*

MM. *Tendo em conta que os direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção fazem parte do Direito da União, enquanto princípios gerais, e que o sentido e âmbito de direitos previstos na Carta correspondentes aos garantidos pela Convenção são iguais aos conferidos por esta última, conclui-se que a Questão I apresentada no pedido de decisão prejudicial já mereceu resposta a nível europeu.*

NN. *Assim, a Questão I não respeita a eficiência e economia processual - que será de exigir de uma boa administração da justiça -, uma vez que levanta uma questão que já se encontra esclarecida a nível europeu e que se enquadra no critério de “questão que não suscita nenhuma dúvida razoável” previsto no Regulamento de Processo do TJUE, do qual resulta que, nessa situação, caberá ao TJUE efetuar apenas um despacho fundamento para solucionar o assunto.*

OO. *Para além do referido, o facto de o Tribunal Recorrido omitir a jurisprudência constitucional relevante quanto ao conceito de correspondência, faz com que o seu pedido de decisão prejudicial se torne, uma vez mais, inadmissível.*

Da inadmissibilidade das questões ii e iii do pedido de decisão prejudicial



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

PP. A questão prejudicial III, pelo menos a forma como está colocada, não é necessária ao julgamento da causa no caso sub judice, conflituando com os pressupostos de admissibilidade de questões prejudiciais perante o TJUE – com a consequência de inadmissibilidade –, o que é demonstrado pelas duas situações concebíveis na sequência do reenvio ao TJUE, e no contexto de uma hipotética pronúncia à questão prejudicial.

QQ. Por um lado, se o TJUE se pronunciar no sentido da incompatibilidade com o art. 7.º da CDFUE da apreensão de documentação profissional mediante prévia autorização do Ministério Público, este sentido decisório será redundante, atendendo ao conteúdo do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 e ao efeito prático que dele se adivinha.

RR. Por outro lado, se o TJUE responder que o art. 7.º da CDFUE não se opõe à apreensão de documentação profissional mediante prévia autorização do Ministério Público, não haverá consequências para o processo no qual o reenvio prejudicial foi suscitado, porque a aplicação pelo Tribunal de norma já previamente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (como seria o caso), o que implicaria recurso obrigatório dessa decisão para o Tribunal Constitucional, na medida em que todos os tribunais nacionais estão impedidos de aplicar, nos termos do art. 204.º da CRP, normas inconstitucionais.

SS. É possível que a interpretação de uma norma nacional seja simultaneamente compatível com o disposto na CDFUE e incompatível com a CRP (porquanto é admissível que o standard de proteção do direito fundamental possa ser maior no direito nacional), o que sempre significaria a sua desaplicação da norma em causa.

TT. A questão prejudicial II também não é suscetível de contribuir para a resolução do litígio que corre termos no TCRS, já que mesmo que o TCRS pretendesse aferir da existência de um conflito entre o ordenamento jurídico português e o ordenamento jurídico da União Europeia quando pretendeu convocar, na formulação da questão prejudicial II, uma ponderação entre o art. 7.º da CDFUE e o art. 101.º do TFUE, para aferir da legalidade da apreensão de mensagens de correio eletrónico de foro profissional, a verdade é que as questões II e III continuam a não ser pertinentes e, por isso, inadmissíveis.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

UU. Estas perguntas seriam também inadmissíveis por se pretender que o TJUE aferisse da validade do direito nacional (maxime, como interpretado pelo Tribunal Constitucional).

VV. Não existe verdadeiramente uma possibilidade de conflito entre estes dois ordenamentos jurídicos (da União Europeia e nacional) no que se refere (i) à apreensão de documentação eletrónica classificada pelo Tribunal Constitucional como correspondência e (ii) à competência para autorizar essa apreensão. A inexistência de um conflito deve-se ao facto de os Estados-Membros se encontrarem dotados de autonomia processual na aplicação do artigo 101.º do TFUE.

WW. Ao tempo das diligências de busca e apreensão discutidas no recurso interlocutório de nulidades, o direito da União Europeia não impunha aos Estados-Membros que atribuíssem às autoridades nacionais de concorrência a competência para acederem a mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas (e, por maioria de razão, a mensagens de correio eletrónico marcadas como fechadas).

XX. Pertence à esfera decisória nacional a determinação da autoridade judicial competente para autorizar previamente a apreensão de mensagens de correio eletrónico no âmbito da aplicação do direito europeu da concorrência.

YY. Percebe-se, assim, que a questão subjacente que se discute a nível nacional, – a questão de saber se a autoridade competente para a apreensão de mensagens de correio eletrónico era o Juiz de Instrução ou se era possível a autorização prévia do Ministério Público – não é suscetível de gerar um conflito entre o direito nacional e o direito da União Europeia.

ZZ. Mesmo se se entendesse que a Lei da Concorrência habilitava a Autoridade da Concorrência a aceder a mensagens de correio eletrónico – o que por mera cautela de patrocínio se considera –, essa mesma Autoridade estava, enquanto entidade administrativa, obrigada a interpretar e aplicar a Lei da Concorrência em conformidade com a CRP.

AAA. Da CRP, e, por conseguinte, de uma interpretação da LdC conforme à mesma, só pode resultar que, a ser permitida à Autoridade da Concorrência a apreensão de mensagens de correio eletrónico, esta tem de ser autorizada por Juiz de Instrução.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

BBB. *Ora, não tendo a Autoridade da Concorrência interpretado as normas da Lei da Concorrência em conformidade com a Constituição, esse erro só a si é imputável e não revela qualquer potencial conflito entre o direito da União Europeia e o direito nacional.*

CCC. *Tendo em consideração que, no Acórdão do Tribunal Constitucional, claramente estavam em causa direitos, liberdades e garantias, não se pode afirmar que, neste caso, deveria existir, sem mais, uma situação de primado de aplicação do Direito da União face ao texto constitucional (posição partilhada também pelo TJUE).*

DDD. *Por outro lado, caso o TCRS quisesse, com as questões II e III do pedido de decisão prejudicial, aferir da existência de um conflito entre o ordenamento jurídico português e o ordenamento jurídico da União Europeia (ou caso o TJUE assim as interpretasse), o que é certo é que estas duas questões seriam também inadmissíveis por se pretender ilegitimamente que o TJUE aferisse da validade do direito nacional (maxime, do Direito Constitucional, como interpretado pelo Tribunal Constitucional).*

EEE. *Assim sendo, caso o Tribunal tivesse feito essas questões a fim de aferir como se deveria dirimir um conflito entre o Direito da União e o Direito Nacional (ou caso o TJUE assim as interpretasse), as questões II e III seriam, uma vez mais, manifestamente inadmissíveis.*

FFF. *Pelo que deve a Decisão Recorrida ser revogada por este Venerando Tribunal da Relação, com a conseqüente retirada do pedido de decisão prejudicial pendente junto do TJUE.*

Subsidiariamente - da necessidade de correção das questões formuladas

GGG. *Quanto à questão I, que seria inadmissível pelas razões acima explicitadas, o conteúdo desta pergunta deve, assim, ser substituído pelo texto seguinte: "Tendo em conta a jurisprudência portuguesa relevante quanto a este tópico [que deverá ser devidamente explicitada pelo TCRS nos respetivos considerandos do pedido de decisão prejudicial, nos moldes acima explicitados], as*



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

mensagens de correio eletrónico apreendidas nos autos são «correspondência» na aceção do art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?» pois apenas assim, e como se viu, só com a correta referência ao enquadramento jurídico aplicável (relativamente ao qual os Acórdão do TC citados são elementos indeléveis), será esta questão admissível.

HHH. *Quanto às questões II e III, que seriam inadmissíveis pelas razões acima explicitadas, estas deverão ser substituídas por uma Questão única, com o seguinte conteúdo: “O artigo 101.º do TFUE obsta a que, se os Estados-Membros previrem a possibilidade de busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico, estes definam qual a autoridade competente para autorizar previamente a eventual busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico?”, pois, apenas assim, será esta questão admissível.”*

*

A “Autoridade da Concorrência” veio responder ao recurso interposto pela “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA”, que terminou com a apresentação das **seguintes conclusões:**

“I. É o despacho que procede ao reenvio prejudicial objecto deste recurso, tendo sido suscitadas questões prévias quando à legalidade da referida Decisão e questões substantivas quanto à utilidade e pertinência das questões prejudiciais, tal como formuladas pelo Tribunal a quo.

II. Pelas razões que veremos de seguida, não pode este recurso proceder, devendo ser rejeitado para efeitos do disposto no artigo 420.º, n.º 1, al. b) do CPP, caso assim não se entenda, julgado totalmente improcedente.

Da ausência de previsão legal que permita o recurso da decisão de reenvio

III. O art. 84.º da LdC, muito embora seja uma norma relativa à recorribilidade, aplica-se exclusivamente à recorribilidade das decisões da AdC, conforme resulta do seu texto legal.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

IV. Já o art. 89.º da LdC face à sua inserção sistemática, tem como função identificar o tribunal de recurso e esclarecer que o mesmo decide em última instância. Deste não resulta que as decisões de reenvio prejudiciais são suscetíveis de recurso.

V. O art. 89.º da LdC não admite a recorribilidade de todos os despachos, pois tal interpretação gera uma antinomia normativa com o art. 400.º, n.º 1, al. a) e b) do CPP.

VI. Se no processo penal (indubitavelmente mais garantístico) não é admissível o recurso de decisões que dependem da livre resolução do tribunal, por maioria de razão não deve ser admissível o recurso de tais decisões noutros ramos do direito sancionatório público, como o direito das contraordenações.

VII. A decisão de reenvio prejudicial tem uma natureza sui generis cuja legitimidade emana diretamente do Direito da União, nesta o juiz não resolve nenhuma questão de fundo nem de direito, de modo que a formulação de questões prejudiciais perante o Tribunal de Justiça não prejudica nem decide sobre a posição de nenhuma das partes.

VIII. Há ordenamentos jurídicos onde se admite expressamente a possibilidade de recurso da decisão de reenvio prejudicial, mas não é o caso do direito português.

IX. Sendo certo que, a garantia de acesso ao direito e aos tribunais, consagrada no artigo 20.º da CRP não implica a generalização do duplo grau de jurisdição, dispondo o legislador ordinário de ampla margem de conformação no que toca a determinar os requisitos de admissibilidade dos recursos.

X. O Tribunal Constitucional entendeu que não decorre da Constituição que os sujeitos processuais tenham o direito de impugnar todo e qualquer ato do juiz nas diversas fases processuais: a garantia do duplo grau existe quanto às decisões penais condenatórias e ainda quanto às decisões respeitantes à situação do arguido face à privação ou restrição da liberdade ou a quaisquer outros direitos fundamentais. Fora destas espécies de decisões, consideraram-se, assim, conformes à Constituição a impossibilidade de o arguido recorrer de determinados despachos ou decisões proferidas na pendência do processo.

XI. Por maioria de razão, em processo contraordenacional não é constitucionalmente imposta a consagração da possibilidade de recurso de todas as decisões judiciais proferidas no decurso da impugnação judicial da decisão administrativa sancionatória.

XII. O entendimento aqui adotado também não viola o direito de defesa previsto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, conforme resulta do Acórdão do TC n.º 141/2019.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

XIII. O diálogo que se impõe no caso, quanto à questão da admissibilidade ou não de recurso de uma decisão de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro que efetua um pedido de reenvio prejudicial, não é constitucional.

XIV. Ao invés, é preciso que as soluções emanem do Direito Europeu e da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta matéria.

XV. Ponto culminante da citação jurisprudencial realizada pela Recorrente quanto à possibilidade de recurso da Decisão de Reenvio é o Acórdão Cartesio de 2008.

XVI. Neste o Tribunal de Justiça afirmou que o (atual) art. 267.º do TFUE não se opõe que as decisões de reenvio sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, contudo, o resultado do recurso interposto da decisão de reenvio não pode restringir a competência do órgão jurisdicional nacional para submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, se considerar que o processo nele pendente suscita questões relativas à interpretação de disposições e direito da União.

XVII. O Acórdão Cartesio tinha como contexto o direito nacional húngaro que permitia, mediante norma expressa, a interposição de recurso contra a decisão de reenvio prejudicial, podendo o tribunal que decidia em sede de recurso reformar a decisão, rejeitar o reenvio, ou ordenar ao tribunal do reenvio que prossiga a tramitação do processo entretanto suspenso.

XVIII. Ao contrário do direito nacional húngaro, não existe no nosso direito nacional previsão legal expressa que permita reformar ou rejeitar uma decisão de reenvio, da mesma forma que não existe jurisprudência que admita revogar uma decisão de reenvio tomada por tribunal nacional.

XIX. É que a questão tratada pela jurisprudência nacional de admitir recursos de decisões de Tribunais que não aceitaram proceder ao reenvio prejudicial sugerido pelas partes, fosse por falta de pertinência das questões ou por não ser de carácter obrigatório consultar o TJUE, não se confunde, nem infirma a inadmissibilidade do presente recurso.

XX. Nas situações em que o pedido de reenvio foi objeto de decisão expressa, em sentido negativo, verificou-se o indeferimento da pretensão legítima de alguma das partes que entendia ser pertinente ou obrigatória a consulta ao Tribunal de Justiça, aqui, admite-se a realização de um controlo jurisdicional pelo Tribunal Superior do exercício do poder discricionário do juiz nacional quanto à decisão de não reenvio, aferindo-se da pertinência e utilidade da formulação de questões prejudiciais.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

XXI. Todavia, no presente caso, estamos perante uma decisão de reenvio, não suscitada pelas partes, em que o órgão jurisdicional proactivamente fez uso do pedido de apreciação prejudicial, lançando mão da faculdade ilimitada de recorrer ao Tribunal de Justiça que o Direito da União lhe concede.

XXII. Se o Tribunal ad quem der provimento ao presente recurso, no sentido defendido pela Recorrente, da revogação integral da decisão de reenvio, o mesmo significa negar ao Tribunal de Reenvio a faculdade ilimitada de recorrer ao Tribunal de Justiça, quando considere que um processo nele pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação da validade de disposições do direito comunitário com base nas quais têm de decidir.

XXIII. A competência do órgão jurisdicional nacional para decidir sobre a submissão das questões prejudiciais já havia sido qualificada, em 1974, pelo Tribunal de Justiça como “ilimitada” e no Acórdão Cartesio merece a qualificação de “autónoma”.

*XXIV. Tendo em conta que o direito húngaro, com norma expressa quanto à possibilidade de recurso da decisão que procede ao reenvio, em nada se assemelha com o direito nacional, o que efetivamente revela na jurisprudência Cartesio é a afirmação da competência **autónoma e inderrogável** dos órgãos jurisdicionais nacionais para submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça.*

XXV. Competência e autonomia essa que é posta em causa em caso de admissibilidade e procedência do presente recurso. Vejamos melhor porquê:

XXVI. O Direito da União Europeia não se opõe, em princípio, que o direito nacional estabeleça a possibilidade de recurso da decisão de reenvio prejudicial. Contudo, tais recursos não podem obstaculizar o “diálogo jurisdicional” ou o “diálogo de juiz a juiz” que o Tribunal de reenvio deseja estabelecer com o Tribunal de Justiça.

XXVII. Por isso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem vindo a neutralizar a intervenção da jurisdição do Tribunal de Recurso, partindo do entendimento segundo o qual, a competência para submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça é exclusiva do órgão jurisdicional de reenvio devendo ser dado seguimento ao seu pedido de decisão prejudicial mesmo que venha a ser interposto recurso contra a sua decisão de reenvio, pois a utilidade do reenvio é suficiente para produzir efeitos na ordem jurídica (processual) europeia.”



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

XXVIII. Seja qual for a decisão que venha a ser proferida em sede de recurso relativamente ao pedido de reenvio é ao juiz de reenvio que cabe retirar as consequências dessa decisão, e, em particular, determinar se deve manter, alterar ou retirar o seu pedido de decisão prejudicial.

XXIX. Como bem refere a doutrina a autonomia reconhecida aos órgãos jurisdicionais nacionais de instância para exercer a sua faculdade (ilimitada) de reenvio manifesta-se, assim, num triplo sentido/alcance: o pedido de decisão prejudicial pode prosseguir apesar (1) da possibilidade de recurso, (2) da efetiva interposição do recurso, e (3) da decisão do recurso

XXX. Assim, independentemente da decisão que vier a ser proferida pelo Tribunal de Recurso que aceite decidir sobre a utilidade e pertinência do pedido de decisão prejudicial cabe, em exclusivo, ao órgão jurisdicional de reenvio decidir, no caso, ao TCRS, decidir se deve manter, alterar ou retirar o seu pedido de decisão prejudicial.

XXXI. Verifica-se, portanto, uma extensão das competências do juiz nacional que formulou as questões prejudiciais, na medida em que este atua como juiz ordinário do Direito da União, não podendo ser obstaculizada, por nenhuma via, a exclusividade do diálogo entre o juiz nacional e o Tribunal de Justiça.

XXXII. No Acórdão CILFIT, o TJUE estabeleceu que se o tribunal nacional considerar que o recurso ao direito da UE é absolutamente necessário para resolver o processo em causa, o reenvio prejudicial torna-se obrigatório.

XXXIII. Portanto, mesmo nos casos em que a questão não é relevante e não pode ter qualquer influência no resultado do litígio - situação alegada pela Recorrente - o pedido de reenvio pode ser formulado, sendo tal juízo de necessidade da exclusiva competência do Tribunal de reenvio.

XXXIV. Para que o presente recurso fosse admitido, impunha-se uma cláusula legal expressa que, para além de prever a admissibilidade de recurso da decisão que proceda ao reenvio, determine quais os pressupostos, limites e efeitos desse recurso em função das exigências do Direito da União.

XXXV. Sendo certo que o Direito da União Europeia não impede que o direito nacional dos Estados-Membros preveja a hipótese de recurso do despacho de reenvio, tal disposição normativa não pode colocar entraves ao poder dos tribunais inferiores submeterem questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

XXXVI. Porém, no caso do direito nacional português tais entraves não se vislumbram, desde logo porque não há norma expressa que permita o recurso de uma Decisão de reenvio.

XXXVII. O Tribunal ad quem sendo confrontado com a impugnação do despacho de reenvio, não pode apreciar se o processo suscita questões que carecem de uma decisão do Tribunal de Justiça, porquanto tal é da exclusiva competência do tribunal nacional que reenvia e, em última instância, do próprio Tribunal de Justiça.

XXXVIII. Na verdade, os juízes de instância cujas decisões fossem revogadas por um tribunal superior poderiam, invocando a jurisprudência perfilhada acórdão Rheinmühlen-Düsseldorf, ignorar a revogação, quando esta, no seu entender, violasse o Direito da União.

XXXIX. Portanto, qualquer norma nacional recursiva que venha a ser criada não pode pôr em causa a liberdade do tribunal inferior insistir no reenvio prejudicial se o considerar absolutamente necessário.

XL. A este respeito afirmou o Ac. Cartesio que numa situação em que o mesmo processo é novamente submetido ao órgão jurisdicional de primeira instância depois de a decisão por este proferida ter sido anulada por um órgão jurisdicional de última instância, o referido órgão jurisdicional de primeira instância continua a ser livre de submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça nos termos do art. 234.º CE, não obstante a existência, no direito interno, de uma regra que vincula os órgãos jurisdicionais à apreciação de direito levada a cabo por uma instância superior.

XLI. Esta jurisprudência foi reafirmada no Acórdão Elchinov de 2010, no qual o Tribunal de Justiça insiste que uma regra de direito nacional, nos termos da qual os órgãos jurisdicionais que não decidem em última instância estão vinculados por apreciações feitas pelo órgão jurisdicional superior, não deve retirar a esses órgãos jurisdicionais a faculdade de submeter ao Tribunal de Justiça questões de interpretação do direito da União a que essas apreciações de direito se referem.

*XLII. À luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o juiz nacional de instância exerce a sua competência para submeter questões prejudiciais de forma ilimitada, **exclusiva e autónoma** em relação às contingências do seu direito processual nacional e das relações de “subordinação hierárquica” eventualmente existentes em relação a jurisdições superiores.*



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

XLIII. A autonomia jurisdicional e processual dos Estados-Membros cede a fim de garantir o dinamismo do processo das questões prejudiciais, essencial para o desenvolvimento do processo de integração jurídica, fortalecendo os poderes dos juízes nacionais enquanto juízes comuns de Direito da União, tudo, em nome do princípio da efetividade do Direito da União Europeia.

XLIV. Atendendo à natureza discricionária do poder de proceder ao reenvio por imposição da jurisprudência do Tribunal de Justiça, e face à ausência de preceito legal nacional que admita e delimite a possibilidade de recurso da decisão de reenvio, está afastada a hipótese de recorribilidade de um despacho de reenvio.

XLV. Razão pela qual, se pugna pela inadmissibilidade do presente recurso.

Da ausência de interesse em agir da Recorrente

XLVI. A regra da recorribilidade prevista no CPP implica que tenha sido tomada pelo Tribunal a quo alguma decisão desfavorável contra a Recorrente e que esta seja suscetível de afetar algum dos seus direitos. Caso contrário, vigora o disposto no n.º 2 do art. 401.º do CPP que determina a impossibilidade de recurso pela ausência de interesse em agir.

XLVII. Enquanto pressuposto processual, afirmou o STJ que o interesse em agir, também conhecido por interesse processual verifica-se quando a situação de carência em que se encontra (o recorrente) necessita da intervenção dos tribunais.

XLVIII. Já a doutrina tem afirmado que não basta ter legitimidade para se recorrer de qualquer decisão, necessário se torna também possuir interesse em agir que se reconduz ao interesse em recorrer ao processo porque o direito do requerente está necessitado de tutela, não sendo uma necessidade estrita nem sequer de um interesse vago, mas um estado de coisas reputado bastante grave.

XLIX. Conforme resulta da jurisprudência consolidada, o direito ao recurso pressupõe dois requisitos: legitimidade e interesse em agir. A legitimidade resulta diretamente da norma legal que atribui esse direito, e o interesse em agir é aferido pela necessidade de tutela dos interesses da pessoa visada, sendo analisado em função da posição concreta do sujeito em relação à decisão.

L. Importava, pois, perceber que direito da Recorrente se encontra em perigo com a decisão de reenvio? Que posição de carência foi imposta à Recorrente pela decisão do



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Tribunal de Reenvio? Em que medida a pretensão da Recorrente quanto à declaração de nulidade da decisão de 28-11-2022 proferida pela AdC (objecto do recurso interlocutório perante o TCRS) foi afetada, condicionada ou prejudicada com o pedido de consulta realizada ao TJUE?

LI. Cabia à Recorrente responder a estas questões nas suas motivações, justificando o seu interesse objetivo no presente recurso, mas não o fez, e não pode o Tribunal ad quem substituí-la na formulação de respostas.

LII. In casu, a decisão de consulta do TJUE relativamente às questões prejudiciais elaboradas pelo Tribunal Recorrido não é contra a Recorrente, não é violadora de nenhum dos seus direitos e garantias com repercussões na decisão da causa, nem tão pouco, favorece processualmente a AdC em detrimento da visada no processo contraordenacional.

LIII. E não há que falar de inconstitucionalidades pois que o direito ao recurso não se confunde com os requisitos ou condições processuais ou adjetivas do seu exercício cuja definição cabe à lei processual.

LIV. O recurso da Recorrente assenta na alegada inutilidade das questões prejudiciais suscitadas e conseqüente inadmissibilidade, contudo não resulta das suas motivações em que medida a decisão de reenvio afeta a sua defesa, lhe é prejudicial ou obsta à boa decisão da causa.

LV. O reenvio prejudicial é um incidente desenvolvido exclusivamente entre juízes: a questão é colocada pelo juiz nacional ao Tribunal de Justiça, a interpretação é dada por este último e a aplicação da decisão prejudicial ao caso concreto será feita novamente pelo órgão jurisdicional nacional.

LVI. Porventura só a futura decisão sobre a validade das buscas e apreensões proferidas pelo TCRS terá a virtualidade de influir na defesa e interesses da Recorrente.

LVII. Contudo, neste momento, não tem a Recorrente “interesse em agir” por não emergir a mínima suscetibilidade de afetação de direitos ou interesses imediatos ou mediatos do diálogo entre o juiz nacional e o Tribunal de Justiça, conseqüentemente, deve o presente recurso ser rejeitado por falta de interesse processualmente relevante da Recorrente.

Do regime aplicável ao presente recurso



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

LVIII. Ao presente recurso deve ser aplicado o efeito meramente devolutivo tal como fixado por despacho de 17-07-2023 do Tribunal a quo.

LIX. Como se disse, não há previsão normativa que admita o controlo de uma decisão de reenvio por um tribunal superior, conseqüentemente, inexistente regra específica quanto ao efeito desse recurso.

LX. Razão pela qual, há que proceder a uma integração teleológica que permita escrutinar o efeito do recurso de uma decisão de reenvio proferida no âmbito do Direito da Concorrência.

LXI. Em concreto, esta decisão de reenvio prejudicial surge no âmbito de um recurso interlocutório que pretende revogar a decisão da Autoridade, proferida a 28-11-2022, que indeferiu as nulidades arguidas pela buscada quanto aos meios de obtenção de prova utilizados na investigação de práticas anticoncorrenciais proibidas pela LdC.

LXII. Neste caso, a decisão recorrida é uma decisão meramente interlocutória, no âmbito de um recurso também ele próprio interlocutório.

LXIII. O Regime Jurídico da Concorrência regulamenta expressamente a tramitação dos recursos, nos seus artigos 84.º a 87.º, não deixando qualquer margem para aplicação subsidiária, nas partes por si reguladas.

LXIV. A técnica legislativa é bastante evidente, começando o art. 84.º por ser uma norma geral, sendo que os artigos posteriores, designadamente os arts 85.º a 87.º regulam, de forma concreta, o processado específico relativamente aos recursos das decisões interlocutórias, das medidas cautelares e das decisões finais, respetivamente.

LXV. Todavia, no que tange aos recursos das decisões proferidas pelo tribunal na sequência de recurso de impugnação, apenas estipula o artigo 89.º da LdC, que nada refere acerca do modo de subida dos recursos para a Relação.

LXVI. Argumenta-se que a retenção do recurso e a atribuição de efeito meramente devolutivo fará com que o recurso se torne absolutamente inútil.

LXVII. Sobre a expressão utilizada no n.º 1 do artigo 407.º do CPP “cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis”, já esclareceu a jurisprudência que tal verifica-se quando da sua retenção resulta a inexistência, no processo, de qualquer eficácia, na hipótese de provimento.

LXVIII. Um recurso torna-se absolutamente inútil nos casos em que, a ser provido, a Recorrente já não possa aproveitar-se da decisão, produzindo a retenção um resultado



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

irreversivelmente oposto ao efeito que se quis alcançar, sem qualquer reflexo no resultado da ação ou na esfera jurídica do interessado.

LXIX. Ora, no vertente caso, a decisão de reenvio prejudicial, i.e., o uso do instrumento de cooperação judiciária para a interpretação uniforme do Direito Comunitário no conjunto dos Estados membros, não gera para a Recorrente o risco de ser confrontada com um resultado que permanecerá irreversível, na medida em que o Tribunal de Justiça, devendo fornecer uma resposta que possa ser útil para a decisão final da causa, não pode fornecer diretamente ao juiz a solução a dar ao caso concreto, sob pena de ultrapassar os limites da sua competência.

LXX. Por isso, havendo um diferimento da solução das questões, relativas ao recurso interlocutório interposto pela Recorrente junto do TCRS, para o momento posterior, a decisão que vier a ser proferida não é suscetível de causar dano irreversível à Recorrente.

LXXI. Mesmo que a tese da Recorrente proceda quanto à alegada inutilidade das questões prejudiciais suscitadas para a resolução do caso concreto, isso não impede que o Tribunal de Justiça entenda que a resposta às questões tem manifestamente um significado prático para interpretação e aplicação uniformes do Direito Comunitário para além do caso concreto, decidindo pronunciar-se.

LXXII. Por outro lado, caso o Tribunal da Relação venha a decidir pela tese da Recorrente, concluindo que a resposta do Tribunal de Justiça não é necessária à resolução do litígio, o processo final poderá ainda levar o rumo que a decisão do recurso lhe tiver imprimido.

LXXIII. Nestes termos, concluímos que o presente recurso não se enquadra em qualquer uma das situações a que alude o n.º 1 do art. 407.º e o n.º 3 do art. 408.º do CPP, como legitimadoras de um recurso com subida imediata e com efeito suspensivo.

LXXIV. Para além disso, no que tange ao efeito do recurso, tendo em conta o disposto n.º 4 do art. 84.º e do n.º 4 do art. 93.º da LdC, considera-se que a atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso está diretamente consagrada nesta lei especial, sem necessidade de recorrer à aplicação subsidiária do CPP, sendo certo que mesmo para despachos proferidos pelo TCRS, tal efeito se coaduna de forma mais harmoniosa com a própria LdC, cuja regra é exatamente a de efeito meramente devolutivo.

LXXV. Tem sido entendimento da AdC que os recursos das decisões interlocutórias têm efeito meramente devolutivo, assumindo-se esta como uma regra para a generalidade



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

das decisões, ou despachos, admitindo-se como exceção, apenas e tão-somente, as decisões que apliquem medidas de carácter estrutural (art. 29.º n.º 4 da LdC), as sanções acessórias (art. 71.º da LdC) e o disposto no n.º 5 do art. 84.º da LdC.

LXXVI. Ora, o presente recurso não cabe em nenhuma das exceções supra referidas, nem tão pouco está expressamente consagrado na LdC, mas tal não significa que estejamos perante uma lacuna capaz de convocar, por via subsidiária, as normas dos arts. 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do CPP.

Da alegada nulidade da decisão recorrida por falta de fundamentação

LXXVII. Nesta parte invoca a Recorrente a ilegalidade da Decisão recorrida por falta de fundamentação.

LXXVIII. Contudo, podemos constatar que não está em causa a ausência de fundamentação da decisão de reenvio, mas a discordância da Recorrente no que se refere a 4 (quatro) dos 14 (catorze) “Considerandos” indicados na Decisão.

LXXIX. Pese embora a discordância relativamente aos 4 (quatro) Considerandos formulados pelo Tribunal, estes sequer são expressamente impugnados pela Recorrente, não resulta das suas Motivações qualquer razão de facto ou de Direito que permita contraditar, negar ou afastar expressamente tais Considerandos.

LXXX. Só ocorre falta de fundamentação de atos decisórios quando exista falta absoluta de motivação ou quando a mesma se revele gravemente insuficiente, em termos tais que não permitam ao respetivo destinatário a perceção das razões de facto e de direito da decisão judicial.

LXXXI. O que não se verifica no caso concreto, uma vez que da discordância da Recorrente relativamente a 4 (quatro) Considerandos, não resulta uma ininteligibilidade do discurso que permita sustentar a nulidade da decisão de reenvio, nos termos do disposto nos arts. 205.º e 32.º, n.º 10 da CRP e 97.º, n.º 5 do CPP.

LXXXII. Não se mostra violado o grau mínimo de suficiência na argumentação e fundamentação da decisão de reenvio, mas mesmo que assim não fosse, o que se conjetura por mero dever de cautela de patrocínio, a falta de fundamentação de despachos tem como efeito a sua mera irregularidade, nos termos do disposto no art. 118.º, n.º 2 e 123.º do CPP.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

LXXXIII. Acresce que, é o artigo 94.º Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça que determina a completude da decisão de reenvio prejudicial, preenchendo a Decisão recorrida, em conformidade com aquele, todos os requisitos.

LXXXIV. Adicionalmente, o TJUE criou um conjunto de recomendações, não vinculativas, dirigidas às jurisdições nacionais, e que pretendem orientar todo o processo de reenvio prejudicial, complementando o Regulamento de Processo.

LXXXV. O Tribunal de Reenvio deve fundamentar a necessidade de reenvio, explicitando-se as razões que levaram o órgão jurisdicional de reenvio a questionar-se sobre a interpretação ou a validade de certas disposições do Direito da União, bem como o nexo que estabelece entre essas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio no processo principal.

LXXXVI. Mas mais não lhe é exigido, nem nos termos da legislação nacional nem nos termos do Direito da União.

LXXXVII. Afigura-se a Decisão de reenvio suficientemente fundamentada, não se mostrando violada nenhuma disposição legal de carácter imperativo.

Da alegada violação do princípio do contraditório

LXXXVIII. Pese embora, as alegações de espanto da Recorrente quanto à Decisão de reenvio, as questões de reenvio suscitadas não se apresentam como absolutamente inovadoras relativamente aos presentes autos, nem tão pouco representam uma decisão-surpresa por não terem sido previamente suscitadas pelas partes.

LXXXIX. Há um corolário lógico entre os temas suscitados pela Recorrente e a Decisão de reenvio, na medida em que a Recorrente determinou, como objecto central do seu recurso interlocutório junto do TCRS, a nulidade da apreensão de correspondência eletrónica executada pela AdC, fundada na falta de competência do Ministério Público para a emissão do mandado de busca e apreensão.

XC. Porque as buscas e apreensões realizadas pela AdC foram executadas no âmbito de uma investigação por práticas restritivas da concorrência proibidas pelo disposto nas als. a) e c), do n.º 1, art. 9.º da LdC e o n.º 1 do art. 101.º do TFUE.

XCI. Naturalmente, as respostas que vierem a ser formuladas pelo Tribunal de Justiça quanto: a) ao conceito de correspondência eletrónica para efeitos da CDFUE; b)



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

admissibilidade de apreensão de correspondência eletrónica, e c) à conformidade do MP ordenar a apreensão de correspondência eletrónica na investigação das infrações jusconcorrenciais, têm uma relevância prática na resolução do caso concreto.

XCII. A possibilidade de reenvio prejudicial não constitui uma impugnação oferecida às partes num litígio pendente perante um tribunal nacional, não sendo necessário que os interessados suscitem a interpretação do Direito Comunitário.

XCIII. Trata-se, antes, de uma faculdade à disposição dos tribunais nacionais que decidem sobre a pertinência e oportunidade do reenvio, tenha essa solicitação sido ou não requerida pelas partes e independentemente da sua concordância.

XCIV. O Tribunal de reenvio não está obrigado a informar previamente as partes da sua intenção de consultar do TJUE, e menos, ainda, dependente de consultar os sujeitos processuais quanto aos termos em que deve ser formulado esse pedido de esclarecimento.

XCIV. Os sujeitos processuais têm presente, quando judicializam quaisquer matérias, em particular matérias cujas disposições legais de direito nacional têm como fonte primária Diretivas e Regulamentos da União (como é o caso das infrações jusconcorrenciais), que a possibilidade de reenvio é uma probabilidade efetiva. XCVI. Caracterizando-se o reenvio prejudicial como um incidente de instância de um processo judicial nacional, legalmente previsto e plenamente consolidado na prática judiciária, a alegação que as partes não pediram nem esperavam uma decisão de reenvio não se mostra suficiente para concluir pela violação das garantias de defesa da Recorrente.

XCVII. Para que haja uma decisão-surpresa é necessário que estejamos perante uma decisão que decreta uma solução concreta ao litígio trazido pelas partes.

XCVIII. Um pedido de reenvio prejudicial não configura uma decisão final, não é, pois, uma solução oferecida à resolução do litígio, é antes mais um elemento relevante de suporte à decisão final que vier a ser proferida.

XCIX. Como vimos, o Tribunal de Justiça não é mais do que um intermediário neste processo, cuja função, por excelência, é a de assistir o órgão jurisdicional nacional na interpretação de normas de direito da União aplicáveis ao litígio no processo principal ou na apreciação da validade destas normas.

C. Por isso, nunca poderíamos estar perante a violação do princípio do contraditório já que a Decisão de reenvio em si não consubstancia uma decisão sobre o mérito de quaisquer questões.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

CI. No processo contraordenacional da concorrência, o princípio do contraditório traduz-se na possibilidade da visada no processo instruído pela Autoridade reagir junto do TCRS contra as decisões por si proferidas, contradizendo os fundamentos da AdC e apresentando os meios de prova que tenha por convenientes.

CII. O princípio do contraditório é visto como um sistema, dinâmico, de comunicações entre as partes e o Tribunal.

CIII. Há que distinguir dois momentos desse processo dinâmico e comunicacional, aquele que acontece junto do TCRS, e outro de interação com o Tribunal de Justiça. Em todos, a Recorrente tem intervenção direta.

CIV. No primeiro momento tudo decorreu nos termos definidos na LdC, a Recorrente apresentou as suas motivações quanto à discordância da decisão da AdC de 28-11-2022 e a AdC apresentou resposta.

CV. Face aos elementos trazidos pelos sujeitos processuais, o Tribunal decidiu proceder ao reenvio prejudicial, formulando questões com um nexo causal adequado ao que se visa decidir naqueles autos.

CVI. Materializado o Reenvio, as partes no litígio principal têm a faculdade de apresentar os seus pontos de vista ao Tribunal de Justiça mediante observações escritas, onde a alegada inutilidade das questões prejudiciais pode ser tema, entre outros.

CVII. Segue-se a fase oral que permite, além do mais, apresentar comentários à posição defendida pelos restantes interessados no processo de reenvio, admitindo-se ainda um diálogo direto entre as partes e o Tribunal de Justiça, mediante questões e resposta, o que lhe confere um verdadeiro carácter contraditório.

CVIII. Pelo exposto, conclui-se que o princípio do contraditório foi garantido nos tempos processualmente previstos, não estando o Tribunal a quo obrigado a consultar a opinião das partes quanto às questões de reenvio formuladas.

CIX. Entendimento diverso sempre seria antagónico à natureza discricionária do poder de proceder ao reenvio reconhecido pelo Direito da União.

Da alegada necessidade de estabilização do quadro factual e jurídico

CX. A Recorrente, nesta parte, pretende imiscuir-se nas referências jurisprudenciais que o Tribunal a quo, no exercício da sua autonomia jurisdicional, decidiu como relevantes para a boa decisão do Tribunal de Justiça.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

CXI. Equacionando que é legítimo que a Recorrente pretenda dar a conhecer os juízos de inconstitucionalidade estabelecidos no Acórdão 91/2023 ao Tribunal de Justiça, para uma boa apreciação das questões prejudiciais, não se concede que o meio processual indicado para ver acolhida tal pretensão, seja a impugnação para o Tribunal da Relação da Decisão de reenvio.

CXII. A Recorrente tem dois meses para apresentar observações junto do Tribunal de Justiça, alegando o que tiver por conveniente.

CXIII. Não pode é querer decidir sobre a (in)conveniência ou (in)completude da jurisprudência indicada pelo Tribunal a quo perante o Tribunal de Justiça, porquanto tal pretensão viola a independência e autonomia garantida ao órgão jurisdicional nacional pelo Direito da União.

CXIV. As partes no litígio principal, tal como os restantes interessados, têm a faculdade de apresentar os seus pontos de vista ao Tribunal de Justiça em dois momentos essenciais.

CXV. Através da apresentação de observações escritas, dentro do prazo de dois meses a contar da notificação pelo Escrivão do Tribunal de Justiça do despacho de reenvio e, ainda, na fase oral em audiência perante o TJUE.

CXVI. A Recorrente pode dar conhecimento ao Tribunal de Justiça da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional e da relevância das matérias ali apreciadas, não pode é obter a revogação da Decisão de reenvio com base na ausência de citação de um acórdão que considera fundamental.

Da relevância do Ac. 91/2023 do Tribunal Constitucional no caso concreto

CXVII. Afirma a Recorrente que, na data em que foi proferida a sentença de reenvio, não havia estabilidade no “quadro jurídico (legal e jurisprudencial)” do direito nacional porque, o Tribunal da Relação de Lisboa não tinha ainda reformado a decisão em conformidade com o juízo positivo de inconstitucionalidade do TC.

CXVIII. Mais tarde dirá a Recorrente, também a propósito da alegada inadmissibilidade das Questões II e III formuladas pelo Tribunal a quo, que o efeito prático do Acórdão 91/2023 do Tribunal Constitucional se traduz na impossibilidade de apreensão de correspondência quanto ordenada pelo Ministério Público por imposição constitucional



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

e, nessa medida, as questões prejudiciais formuladas não revelam para esclarecer o que já foi clarificado pelo Tribunal Constitucional: a correspondência eletrónica tem tutela constitucional prevista no n.º 4 do artigo 34.º da CRP e a sua apreensão só pode ser ordenada por juiz.

CXIX. A Recorrente está equivocada, vejamos melhor porquê:

CXX. A Lei n.º 19/2012, na versão em vigor à data dos factos, previa, em conjugação dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), 20.º, n.º 1 e 21.º, a possibilidade de a AdC realizar diligências de busca, exame, recolha e apreensão de documentos ou extratos de escrita independentemente do seu suporte, desde que tais diligências fossem autorizadas pelo Ministério Público, ou, em casos excecionais, e expressamente previstos no artigo 19.º, pelo juiz de instrução criminal.

CXXI. A recondução de mensagens de correio eletrónico apreendidas, mas já rececionadas pelo destinatário ao conceito de “documento” ou de “correspondência” tem origem nas disposições da Lei da Concorrência relativas às diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC, nomeadamente, na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º e n.º 1 do artigo 20.º.

CXXII. Ao longo da última década os Tribunais portugueses reconduziram consistentemente a correspondência eletrónica ao conceito de “documento” uma vez que a AdC apenas apreendia mensagens de correio eletrónico abertas/lidas, não se ingerindo no processo comunicativo, isto é, na “correspondência”, pelo que consideravam não estar abrangidas pela tutela constitucional do artigo 34.º da CRP.

CXXIII. Assim, a jurisprudência dominante afirmava que a AdC, no âmbito das diligências de busca e apreensão apenas apreendia “documentos”, e que de acordo com as regras de competência previstas na LdC para efeitos de autorização das diligências de busca e apreensão, a entidade judiciária competente para emitir o mandado era o Ministério Público (cf. artigo 21.º e artigos 19.º e 20.º a contrario da LdC).

CXXIV. Sucede que, contrariando este entendimento, o Tribunal Constitucional, por acórdão de 16-03-2023, após mais de 10 anos de vigência do atual regime jurídico da concorrência, adotou uma posição disruptiva, considerando ser irrelevante a diferenciação entre mensagens de correio eletrónico abertas/lidas ou fechadas/não lidas, tendo ambas a mesma tutela constitucional conferida à “correspondência”.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

CXXV. Porém, ao contrário do que pretende fazer crer a Recorrente, não resulta deste Acórdão que toda a correspondência eletrónica merece tutela constitucional e, por conseguinte, só o juiz pode ordenar a sua apreensão.

CXXVI. Na fundamentação de tal decisão, o TC esclareceu o alcance do n.º 4 do art. 34.º da CRP, afirmando “o que é tutelado é a interação comunicativa em si mesmo considerada - a confiança na segurança e reserva dos sistemas de comunicações —, o que abrange as comunicações eletrónicas enviadas e ou recebidas através de correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes.”

CXXVII. Considerando que “enquanto a mensagem se mantiver na caixa de correio - sem ser definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider -, ela está sob controlo do fornecedor de serviços eletrónico. [...] Nessa medida, dúvidas não há de que se mantém — ainda que a mensagem tenha já sido lida — a situação de «domínio que o terceiro detém — e enquanto o detém sobre a comunicação (conteúdo e dados). Domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária, subtraída ao controlo dos comunicador(es)» (cfr. Manuel da Costa Andrade, “«Bruscamente...”, cit.y n.º 3951, p. 339)”.

CXXVIII. Para o Tribunal Constitucional o que efetivamente é digno de proteção constitucional é a segurança e privacidade do processo comunicacional.

CXXIX. Tal significa que, de acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, a fronteira entre a qualificação de uma mensagem de correio eletrónico como “correspondência” ou “documento” estabelece-se quando tal mensagem de correio eletrónico deixa de estar na disponibilidade ou domínio do fornecedor de serviços eletrónicos, ou seja, quando este terceiro deixa de ter o domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária no correio eletrónico.

CXXX. Portanto, em consonância com o entendimento do Tribunal Constitucional, uma mensagem de correio eletrónico deixa de ser “correspondência” quando é definitivamente armazenada em qualquer lugar do computador do destinatário e eliminada dos servidores do Provider ou, pelo menos, quando este Provider deixa de ter uma possibilidade efetiva de aceder à mensagem em questão.

CXXXI. Face a este entendimento, não é toda a correspondência eletrónica apreendida pela AdC em cumprimento de mandados emitidos pelo Ministério Público que levanta problemas de constitucionalidade.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

CXXXII. Revelou-se essencial realizar um confronto entre os fundamentos (abstratos) do acórdão do Tribunal Constitucional e o processo eletrónico (concreto) de receção e download das mensagens de correio eletrónico em questão e da sua extração durante as diligências de busca e apreensão, para que se possa concluir se estamos ou não perante comunicações sob a proteção do artigo 34.º, n.º 4 da CRP, sujeitas a autorização do juiz de instrução criminal, de acordo com o juízo de inconstitucionalidade efetuado.

CXXXIII. Ora, existem protocolos, como o POP3, que permitem transferir as mensagens, removendo-as automática e definitivamente do servidor do provider, pelo que os e-mails deixam de estar disponíveis através do webmail ou programa de e-mail, passando, em princípio e de acordo com o critério estabelecido pelo Tribunal Constitucional, a constituir um “documento”.

CXXXIV. Existem outros protocolos como IMAP, que permitem o acesso de vários clientes à mesma caixa de correio, mantendo as mensagens de e-mail disponíveis no servidor para mais tarde lhes aceder através do webmail, passando a estar simultaneamente no servidor do fornecedor e no equipamento do indivíduo.

CXXXV. Neste caso, o próprio titular do correio eletrónico poderá, ainda, descarregá-lo para qualquer dispositivo ou computador, eliminando-o, ele próprio, do servidor do provider.

CXXXVI. Uma vez que, nos autos onde foi proferido o Acórdão 91/2023, não resultava da factualidade provada pelo TCRS em que moldes foram as mensagens de correio eletrónica apreendidas, em que local (computador ou dispositivo) e de que modo as mesmas se encontravam armazenadas, se as mensagens de correio eletrónico apreendidas ainda estavam no domínio do fornecedor de serviços eletrónicos ou se já estavam complemente fora desse domínio, nomeadamente por força de algum protocolo que automaticamente eliminasse tal conteúdo do servidor do provider, revelou-se crucial o apuramento de tal factualidade, para que pudesse ser reformada a decisão em conformidade com o juízo realizado pelo Tribunal Constitucional.

CXXXVII. Assim, e com base nos fundamentos supra mencionados, o Tribunal da Relação de Lisboa ordenou, a 11-07-2023 que os autos baixassem ao TCRS para apuramento da daquela factualidade relevante.

CXXXVIII. Tendo sido devidamente enquadrada a relevância do Acórdão 91/2023 para a discussão aqui em causa, cumpre concluir:



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

CXXXIX. Para subter questões ao Tribunal de Justiça, a lei nacional deve estar estabilizada assim como a jurisprudência, mas não tem de estar uniformizada.

CXL. Se fosse absolutamente unânime e uníssona a interpretação jurisprudencial, não haveria razões para o pedido de reenvio, a existência de certezas legais ou jurisprudenciais sobre a aplicação da norma e a conformidade desta com o Direito da União é, por inerência, um entrave ao reenvio.

CXLI. Tanto a LdC como jurisprudência na última década apresentam-se como estáveis no que respeita à admissibilidade da apreensão de correspondência eletrónica pela AdC, mediante mandado de buscas e apreensões ordenado pelo Ministério Público.

CXLII. Se, na visão da Recorrente, a instabilidade do quadro jurídico nacional se verificava pela ausência de decisão reformada do Tribunal da Relação de Lisboa, facto é que tal decisão foi, entretanto, proferida no passado dia 11/07/2023.

CXLIII. Quanto a esta decisão note-se, em primeiro, que ela não corrobora a tese que toda a correspondência eletrónica apreendida é inadmissível por conta da inconstitucionalidade declarada pelo Ac. 91/2023, ao invés, ordena que se apurem novos factos para compreender em que termos e condições tal prova foi recolhida.

CXLIV. Em segundo, a decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa é muito anterior ao término do prazo de dois meses da Recorrente para apresentar as suas observações junto do Tribunal de Justiça.

CXLV. Quer isto dizer que a razão subjacente à alegada instabilidade do quadro jurídico nacional, tal como arguida pela Recorrente, deixou de se verificar porquanto, não só houve decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, como também foi proferida em tempo de ser introduzida pelas partes no processo de reenvio caso a considerem relevante.

Do conteúdo do pedido de decisão prejudicial

CXLVI. De acordo com o art. 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, conforme abordado, o pedido de decisão prejudicial por parte dos tribunais nacionais para o TJUE deve conter um certo número de elementos fixos, de forma a facilitar a orientação relativamente à interpretação das normas controvertidas por este último.

CXLVII. Assim, para além das questões postas, que devem ser formuladas de forma clara e estar devidamente assinaladas (normalmente separadas do restante texto), deve o



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

pedido conter uma exposição do objeto do litígio e factos pertinentes, assim como as disposições de direito nacional em causa no caso em apreço (e, eventualmente, jurisprudência nacional relevante).

CXLVIII. Cabe realçar que o Tribunal de Justiça pode considerar necessário fazer um pedido de esclarecimento ao órgão de reenvio, sendo esta possibilidade regida pelo artigo 101.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

CXLIX. As partes no litígio principal, tal como os restantes interessados, têm a faculdade de apresentar os seus pontos de vista ao Tribunal de Justiça em dois momentos essenciais.

CL. Através da apresentação de observações escritas, dentro do prazo de dois meses a contar da notificação pelo Escrivão do Tribunal de Justiça do despacho de reenvio e, ainda, na fase oral em audiência perante o TJUE.

CLI. Esta fase oral é decisiva pois permite a apresentação de comentários à posição defendida pelos restantes interessados no processo de reenvio.

CLII. Para a importância desta fase contribui ainda a prática do Tribunal de Justiça de colocar questões aos participantes, atribuindo-lhe um verdadeiro carácter contraditório.

Da alegada inadmissibilidade da Questão I

CLIII. Evitando repetir o que já dissemos, na parte que a Recorrente inova, há que salientar que a Autoridade não ignora, assim como certamente o Tribunal de Justiça não ignora, qual é a interpretação jurisprudencial do TEDH relativamente ao conceito de “correspondência” e o seu alcance.

CLIV. Ainda assim, não resulta da jurisprudência TEDH que os documentos profissionais em causa neste processo sejam equiparáveis a correspondência trocada no âmbito da esfera pessoal do indivíduo.

CLV. Porém, o que aqui revela é que o art. 99.º do Regulamento do Tribunal de Justiça, visa precisamente possibilitar ao Tribunal de Justiça decidir liminarmente não apreciar uma questão prejudicial, por despacho fundamentado, por entender que a mesma é semelhante a uma outra decidida anteriormente, ou por entender que a questão não suscita nenhuma dúvida razoável.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

CLVI. É ao Tribunal de Justiça que compete apreciar e decidir sobre a pertinência da pergunta e a clarividência da resposta.

CLVII. Deve o tribunal nacional recorrer ao reenvio sempre que achar necessário e neste sentido o Acórdão Evroetil, de forma muito previdente, afirma: “a alegada clareza das respostas às questões submetidas de maneira nenhuma impede um órgão jurisdicional nacional de submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais nem tem como efeito tornar incompetente o Tribunal de Justiça para decidir sobre tais questões”

CLVIII. Concludentemente, não há lugar à revogação da decisão de reenvio tendo por fundamento a alegada clareza nas respostas.

Da alegada Inadmissibilidade da Questões II e III

CLIX. A argumentação da Recorrente assenta no pressuposto que o Acórdão 91/2023 declara a inconstitucionalidade da apreensão de toda a correspondência eletrónica quando ordenada pelo MP, e que esta decisão tem um efeito que vai muito para além do caso concreto onde foi proferida.

CLX. Por isso, na visão da Recorrente, a declaração de conformidade com o Direito da União Europeia que venha a ser realizada pelo Tribunal de Justiça quanto à possibilidade do Ministério Público ordenar a apreensão de correspondência eletrónica de carácter profissional, nunca seria capaz de ultrapassar a inconstitucionalidade declarada no Direito nacional.

CLXI. Em síntese, as conclusões da Recorrente quanto à alegada inutilidade das questões prejudiciais suscitadas, assentam em vários erros e falácias, que cumpre esclarecer:

CLXII. O Acórdão 91/2023 não afirma que toda a correspondência eletrónica está protegida pelo nº 4 do art. 34.º da CRP, ao invés, defende que é o processo comunicacional entre o emissor e recetor que está sob alçada constitucional enquanto for possível ao Provider aceder ao conteúdo das mensagens. (ver subtítulo 3.1.2 supra);

CLXIII. O Acórdão 91/2023 não tem força obrigatória geral, e o seu efeito apenas se repercute no caso concreto. Nos autos onde foi proferido, o Tribunal da Relação de Lisboa ordenou que o processo baixasse à 1.ª instância (TCRS) para apuramento das



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

circunstâncias em que foram apreendidas as mensagens de correio eletrónicas de forma a dar cumprimento ao juízo de inconstitucionalidade decretado pelo TC;

CLXIV. O entendimento de que toda a correspondência eletrónica apreendida pela AdC, por ordem do Ministério Público, em cumprimento da LdC e do art. 101.º do TFUE é inconstitucional por falta de autorização legal do juiz, é suscetível de violar o princípio da efetividade do Direito da União e, só por esse motivo, sempre se justificaria a consulta do Tribunal de Justiça mediante a decisão de reenvio recorrida.

CLXV. Não há subordinação do Direito Europeu ao Tribunal Constitucional, ao invés, a jurisprudência do Tribunal de Justiça vincula o Tribunal Constitucional.

CLXVI. A pronúncia do Tribunal de Justiça sobre as questões suscitadas afigura-se mais do que útil, é essencial para que o órgão jurisdicional nacional possa ser assistido na interpretação de normas de forma a estas não afrontem o princípio da efetividade do direito da União.

CLXVII. Ainda que se considere que as questões prejudiciais suscitadas são perfeitamente despiciendas, o que se conjectura como mera hipótese académica, só ao Tribunal de Justiça compete tal juízo, não pode o Tribunal superior revogar a decisão de um órgão jurisdicional nacional que considera que as respostas às questões submetidas que têm por objecto a interpretação de disposições do direito da União, lhe serão necessárias.

CLXVIII. Afirma a jurisprudência da União que uma decisão de um órgão jurisdicional superior, pela qual um pedido de decisão prejudicial é declarado ilegal com o fundamento de que as questões submetidas não são pertinentes e necessárias para a resolução do litígio no processo principal, é incompatível com o art. 267.º do TFUE, uma vez que a apreciação destes elementos é da exclusiva competência do Tribunal de Justiça para julgar a admissibilidade das questões prejudiciais.

CLXIX. Tal jurisprudência não pode ser ignorada ou revogada pelo juiz nacional.

CLXX. Consequentemente, só ao Tribunal a quo cabe avaliar a necessidade das questões prejudiciais por si formuladas, cabendo, por último, ao Tribunal de Justiça ajuizar a utilidade e pertinência da sua pronúncia.

Da alegada necessidade de correção das questões formuladas



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

CLXXI. Por último, a Recorrente requer que as questões prejudiciais formuladas pelo Tribunal a quo sejam substituídas pelas suas, sugerindo duas questões prejudiciais sem fundamentar os motivos e a conveniência das mesmas.

CLXXII. Por tudo o quanto foi exposto (nomeadamente nos títulos 2.1.1. e 3.2.2) sobre a autonomia e poder discricionário concedida pelo Direito da União ao Tribunal de reenvio, as perguntas formuladas pela Recorrente são incabíveis.

CLXXIII. O Acórdão Consorzio Italian Management de 6-10-2021, afirmou que a determinação e a formulação das questões a submeter ao Tribunal de Justiça são da competência do órgão jurisdicional nacional e as partes no processo principal não podem alterar o seu teor.

CLXXIV. Não se acolhe que o Tribunal superior possa revogar as questões formuladas pelo Tribunal de reenvio e substituí-las, a lei nacional não o admite e menos ainda o Direito da União.

CLXXV. Ademais, as perguntas sugeridas pela Recorrente incidem de forma explícita sobre questões de direito interno, o que não é admissível em caso algum.”

*

Por seu turno, o **Ministério Público**, junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, também apresentou **resposta ao recurso** interposto pela recorrente “**IMI – Imagens Médicas Integradas, SA**”, na qual apresentou as seguintes **conclusões**:

“1. Vem o presente recurso interposto da decisão que, no âmbito dos presentes autos, dirigiu um pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos exactos termos ali melhor discriminados.

2. Ao contrário do que a recorrente pretende, tal decisão é irrecorrível, uma vez que se reconduz ao conceito plasmado no art. 400.º n.º 1 al. b) do CPP.

3. Com efeito, o pedido de reenvio prejudicial facultativo é a expressão de um poder-dever, ainda que discricionário, colocado à disposição do juiz nacional que, quando confrontado com dúvidas sobre a interpretação de uma norma de Direito da União Europeia, estabelece um diálogo directo com o órgão jurisdicional desta Instituição



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

supranacional, tendo em vista a correcta aplicação de tal fonte de direito e daquela mesma norma em concreto.

4. O princípio da livre convicção do julgador, também aplicável no domínio do Direito Penal Secundário, possui, a par da sua natureza substantiva, uma «vertente externa» ou «adjectiva» que se traduz na legitimidade de encontrar a melhor forma de resolver as dúvidas que determinadas questões lhe suscitam.

5. Nessa mesma medida, não caberá a qualquer Tribunal Superior sindicar a bondade dessa mesma resolução, sendo certo que, não se tratando, no caso concreto, de uma mera «motivação interior», mas de uma faculdade legalmente prevista, não estamos, no caso concreto, perante um qualquer «arbítrio» inadmissível.

6. Por outro lado, convirá não confundir, como parece fazer a recorrente, o regime de subida do recurso com a produção de efeitos da admissão do mesmo.

7. À subida imediata de um recurso não se encontra indissociavelmente ligado o efeito suspensivo do mesmo.

8. Se com a subida imediata se pretende que a decisão a proferir sobre a questão suscitada não se torne completamente inútil, já com o efeito suspensivo o que se deseja é que decisão posta em crise não venha a ditar consequências de impossível ou difícil reparação dos direitos pela mesma afectados.

9. Valendo o mesmo por dizer que a subida imediata estará, outrossim, correlacionada com o que se entende ser o melhor procedimento, ou as melhores regras, legalmente previstas, a serem adoptadas no julgamento do caso concreto, deixando os méritos do mesmo – e da decisão que sobre os mesmos versa – integralmente intocada.

10. O pedido de reenvio prejudicial efectuado pelo tribunal a quo em nada degrada os direitos de defesa da recorrente, ou as garantias constitucionais que a mesma pretende fazer valer.

11. O juízo produzido pelo TJUE, sendo um juízo interpretativo, mas sempre aberto ao prudente arbítrio do julgador do caso concreto, não dita a solução a ser dada ao caso concreto.

12. A entender-se que o elemento central do recurso interlocutório que deu origem à decisão ora posta em crise diz respeito matéria relativa a direitos, liberdades e garantias que assistem à recorrente – e que têm o seu regime próprio ínsito no artigo 18.º da CRP –



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

sempre aquela terá a faculdade de, a final, fazer valer a sua tese e muito antes que o sentido da decisão proferida possa lesar tais direitos.

13. Pelo que o efeito suspensivo atribuído ao presente recurso não deve ser modificado.

14. De resto e tomando como ponto de partida o artigo 9º do Código Civil, caso o legislador tivesse querido ver em tais decisões de reenvio a susceptibilidade das mesmas poderem afectar de forma permanente as garantias dos visados, sempre teria incluído as mesmas, de forma expressa no catálogo estabelecido no art. 408º do CPP.

*15. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso traduzir-se-ia na preclusão de o Tribunal de Justiça da União Europeia apreciar, **no momento próprio** e no exercício de um poder-dever próprio, a decisão de reenvio prejudicial ora posta em crise.*

16. Mesmo que se pudesse entender, nada mais havendo, que apenas pela via do efeito suspensivo do recurso que viesse a analisar da pertinência de um qualquer pedido de reenvio prejudicial estaria garantida a preservação dos direitos fundamentais de um nacional de um Estado-Membro, o certo é que é o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia que salvaguarda essa mesma protecção, logo por referência à CDFUE.

17. A decisão recorrida não padece de qualquer nulidade por falta de fundamentação.

*18. Ao formular considerandos como os expostos no pedido de reenvio, haverá que reconhecer que os mesmos têm uma estreita ligação com o objecto do processo em causa: **a validade, enquanto meio de prova, de comunicações electrónicas apreendidas e que se encontravam na posse da recorrente.***

*19. Na verdade, é sempre legítimo da parte do Juiz poder formular considerações que se prendem directamente com o objecto do processo que tem perante si, mesmo que não encontrem **correspondência literal** na própria decisão em que são formuladas.*

20. De resto, caso tal exercício não fosse permitido, o recurso à própria figura da analogia estaria vedado, uma vez que a análise de casos análogos, quando exposta numa dada fundamentação, não faria, como não tem que fazer, parte do elenco dos factos dados como provados.

21. O instituto do reenvio prejudicial não prevê qualquer audição dos sujeitos processuais envolvidos, assumindo-se como um poder-dever que se encontra na «discricionariedade» do julgador;



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

22. Do mesmo modo que a formação da sua livre convicção, no caso do Direito e Processo Penal, não depende, de modo constitutivo ou vinculativo, da audição prévia do arguido ou do Ministério Público, mas sim dos elementos processuais existentes.

23. A altura em que o pedido de reenvio é efectuado, no âmbito dos presentes autos revela-se, ao contrário do defendido pela recorrente, como a ideal para, longe de um tempo em que determinados entendimentos se mostrem consolidados, poder o Tribunal de Justiça da União Europeia dar resposta cabal às perguntas formuladas pelo Tribunal a quo.

*24. As mesmas perguntas que, no fim de contas, clamam pela resposta a uma distinção que o próprio Tribunal Constitucional no seu Acórdão 91/2023, não fez: saber afinal se **as comunicações electrónicas na posse de uma dada empresa** - entendida enquanto organização de meios e agindo na interposição das trocas num contexto de um mercado, prosseguindo o lucro -, integram tout court o **conceito de «correspondência»**, nos termos do **Considerando 26 do Regulamento 1/2003, do Conselho, ou se, ao invés, poderão incluir-se ainda na categoria de correspondência, gozando da protecção conferida pelo artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.***

25. Nesta mesma medida a falta de menção ao Acórdão do Tribunal Constitucional acima referido não é sequer motivo para apontar uma qualquer «sonegação» de informação ao TJUE sobre a questão em causa.

26. Como se disse, a questão colocada é diversa, anterior, à analisada pelo TC em tal aresto, que, para mais, nem goza de força obrigatória geral.

27. Não cabe a qualquer outro órgão jurisdicional que não o TJUE a apreciação do modo como as perguntas que lhe são feitas, podendo sempre o mesmo, caso entenda que aquelas não atingem um grau de inteligibilidade suficiente para aquilatar da questão decidenda, rejeitar o pedido de reenvio de forma liminar.

28. Pretender como pretende a recorrente que seja este Tribunal a formular as perguntas que entende como correctas, seria postular a existência de um «prontuário» ou de um «cânone» que não se encontra, de forma alguma, previsto nas fontes de Direito da União.

29. Dito de outra forma, ao admitir-se um duplo grau de jurisdição no âmbito nacional relativo ao reexame das questões colocadas ao TJUE, tal solução teria a «virtude» de impor o termo do diálogo de «juiz a juiz» que o pedido de reenvio prejudicial pressupõe –



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

na justa medida em que se admitiria a intrusão de um terceiro órgão que não encontraria o seu patamar em tal relação dialéctica.

30. As questões suscitadas pela recorrente neste particular serão, outrossim, próprias para a alegação junto do próprio Tribunal Europeu e não perante este Tribunal da Relação.

31. No mais, a alegada inconstitucionalidade de normas suscitada pela recorrente, e cuja apreciação a mesma pretende que seja feita por este Tribunal peca, salvo o devido respeito, por uma deficiente formulação, uma vez que ali se confundem direitos de defesa com inutilidade do pedido de reenvio e ainda a suposta possibilidade de sindicância, por um tribunal superior e em termos hierárquicos subordinados – o que violaria o princípio da independência dos tribunais, constitucionalmente previsto –, da correcção com que o TJUE é interpelado e até se o deverá ser.

32. Dito de outra forma, não resulta do pedido da recorrente um sentido interpretativo concreto de uma norma exacta sobre a qual a mesma pretende a tal declaração de inconstitucionalidade.

*33. No mais, e como já se foi dizendo, o pedido de reenvio prejudicial reconduz-se à categoria de acto da livre resolução do tribunal, que se encontra expressamente previsto no Código de Processo Penal, aqui também aplicável e que, bastando a sua existência, é uma regra de tal **corpus adjectivo**, admitido pela Constituição.*

34. Destarte e face a tudo quanto se deixa dito, não merece a decisão ora recorrida qualquer reparo ou remédio.”

*

O Senhor Procurador-Geral Adjunto, junto deste Tribunal da Relação de Lisboa, emitiu parecer em que se pronunciou pela improcedência do recurso interposto e pela manutenção da decisão proferida pelo tribunal *a quo*.

*

Admitido o recurso e colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

a) Factos provados:

O tribunal *a quo* considerou como **provados** os seguintes **factos**:



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

I. No âmbito do processo de contraordenação, que correu termos na AdC sob a referência interna PRC/21/3, foi a Recorrente IMI – IMAGENS MÉDICAS INTEGRADAS S.A. (“IMI”) alvo de diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC, entre os dias 29.09.2021 e 08.10.2021, por alegadas práticas restritivas da concorrência proibidas pelo artigo 9.º da Lei da Concorrência e pelo n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

II. A sobredita diligência foi precedida de autorização emitida por autoridade judiciária, realizando-se em cumprimento de mandado emitido pelo Ministério Público, datado de 29-09-2021.

III. A diligência ocorreu nas instalações da Recorrente, com sede na Avenida Conde Valbom, n.º 30, 2.º, Lisboa.

IV. De acordo com o mandado do Ministério Público, acima referido, foi ordenada a busca às instalações da Recorrente para exame, recolha e apreensão de:

“Cópias ou extratos da escrita e demais documentação, que se encontrem já abertos e arquivados ou circulando abertos nos serviços, designadamente mensagens de correio eletrónico e documentos internos de reporte de informação entre níveis hierárquicos distintos e de preparação de decisões a nível da política comercial das empresas, bem como atas de reuniões de direção ou de administração, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo quaisquer suportes informáticos ou computadores, e exame e cópia da informação que contiverem, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência”.

V. O sobredito mandado circunscreveu o local em cuja busca era autorizada, nos seguintes termos:

“As buscas terão lugar apenas nos locais nos quais as empresas identificadas têm em funcionamento os seus órgãos de administração e serviços administrativos e onde apenas se encontra arquivada documentação de natureza comercial, administrativa e financeira, não visando locais onde sejam prestados cuidados de saúde (clínicas, centros de diagnóstico e de recolha de



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

amostras de material biológico e consultórios médicos), ou onde estejam arquivados documentos sujeitos a sigilo médico.”

VI. O mandado acima referido fundou-se na constatação da existência da necessidade de se proceder à “aquisição e recolha de elementos constitutivos de prova” por se ter concluído, pela existência de indícios fortes de um acordo entre as empresas supra identificadas no âmbito de procedimento de contratação pública, que tem um objeto restritivo da concorrência”, diligência que, neste âmbito, foi qualificada pela autoridade judiciária como imprescindível.

VII. Na sequência do que antecede, o mandato determinou que se levassem a cabo buscas nas instalações de 24 empresas.

VIII. O mandado excluiu do âmbito da autorização, conferido pela autoridade judiciária, locais onde fossem prestados cuidados de saúde (clínicas, centros de diagnóstico e de recolha de amostras de material biológico e consultórios médicos) ou onde estivessem arquivados documentos sujeitos a sigilo médico.

IX. Em execução do mandado acima identificado e para efeitos de exclusão de pesquisa informática a realizar, a Recorrida, Autoridade da Concorrência solicitou, aos representantes da empresa visada, uma lista de advogados com quem a empresa mantém uma relação profissional, a qual foi disponibilizada.

X. Para efeitos das pesquisas em documentação digital, a Autoridade recorreu à utilização de um programa de pesquisa forense.

XI. O procedimento utilizado pela AdC na diligência de busca e apreensão foi explicado aos Mandatários da Requerente, conforme resulta do auto de suspensão de 01-10-2021, após solicitação “da lista das expressões usadas na busca aos sistemas informáticos da ora Requerente”, “os funcionários da Autoridade informaram os mandatários legais da IMI – Imagens Médicas Integradas, S.A dos procedimentos utilizados na delimitação” e que “as strings (palavras-chave) de pesquisa são evolutivas durante o processo de pesquisa, podendo os mandatários acompanhar a diligência”.

XII. No final da diligência, foram entregues aos mandatários da Requerente cópia de todos os documentos apreendidos pela AdC.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

XIII. Na sequência da pesquisa realizada aos ficheiros de correio eletrónico dos colaboradores tidos por relevantes para a investigação, foram copiados 1405 ficheiros informáticos para um dispositivo de armazenamento externo da Autoridade da Concorrência, tendo sido feito uma cópia integral dos mesmos, para um dispositivo externo disponibilizado pela Recorrente e entregue à mesma, na ocasião.

XIV. No final da diligência, os computadores portáteis da Autoridade da Concorrência e o dispositivo de armazenamento externo utilizado na cópia temporária, foram totalmente apagados.

XV. A Recorrente integra o Grupo Affidea, sendo que, nestes autos e na fase administrativa foi, em 28 de novembro de 2022, proferida Nota de Ilícitude pela Recorrida, imputando à Recorrente e às demais Visadas, o Grupo Lifefocus e a GS24 – juntamente com outras duas empresas, que foram já objeto de uma decisão final sancionatória, por terem aderido a procedimento de transação – o estabelecimento de acordo e/ou prática concertada, nos termos dos quais definiam conjuntamente quais as empresas que, em procedimentos de contratação pública para a prestação de serviços de telerradiologia, iriam apresentar as propostas vencedoras.”

O tribunal *a quo* não considerou demonstrado mais nenhum facto.

b) Enquadramento jurídico dos factos:

O recurso em processo contra-ordenacional, por infracção do regime jurídico da concorrência, deve seguir a tramitação dos recursos em processo penal, com excepção das especialidades que resultem, quer da Lei n.º 19/2012, de 08-05 (*vide* art. 83.º do denominado “*Novo Regime Jurídico da Concorrência*”), quer do Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas, aprovado pelo DL n.º 433/82, 27-10 na redacção que lhe foi introduzida pelo DL n.º 244/95, de 14-09.

Como decorre do disposto nos arts. 402.º, 403.º e 412.º, todos do CPP, as conclusões do recorrente delimitam o recurso apresentado, estando vedado ao



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

tribunal hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão recorrida conhecer de questões ou de matérias que não tenham sido suscitadas, com excepção daquelas que sejam de conhecimento oficioso.

Isto significa compete ao sujeito processual, que se mostra inconformado com a decisão judicial, indicar, nas conclusões do recurso, que segmento ou que segmentos decisórios pretende ver reapreciado(s), delimitando o recurso quanto aos seus sujeitos e/ou quanto ao seu objecto.

A delimitação (objectiva e/ou subjectiva) do recurso condiciona a intervenção do tribunal hierarquicamente superior, que se deve cingir à apreciação e à decisão das matérias indicadas pela parte recorrente, com excepção de eventuais questões que se revelem de conhecimento oficioso.

Está vedado ao tribunal de recurso proceder a uma reapreciação de questões que não tenham sido suscitadas e, por consequência, os seus poderes de cognição encontram-se delimitados pelo recurso interposto pelo sujeito processual, sem prejuízo daquelas que se revelem de conhecimento oficioso.

Os recursos não se destinam a proceder a um novo julgamento de todo o objecto da causa, antes visam a reapreciação de questões anteriormente decididas, mediante o impulso processual do sujeito que se mostre afectado pela decisão.

No caso vertente, para além de questões jurídicas relacionadas com a admissibilidade e com os efeitos a atribuir ao recurso por si interposto, a empresa “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA” veio alegar que a **decisão recorrida está ferida de nulidade, por falta de fundamentação**, na medida em que não permite compreender o raciocínio subjacente ao pedido de decisão prejudicial que dirigiu ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

A recorrida “Autoridade da Concorrência” veio sustentar, a este propósito, que não se mostra violado o grau mínimo de suficiência na argumentação e fundamentação da decisão recorrida, mas, mesmo que assim não se entenda, a falta de fundamentação de despachos tem como efeito a mera irregularidade, nos termos do disposto nos arts. 118.º e 123.º do CPP.



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Por seu turno, o Ministério Público, junto do tribunal de primeira instância, veio defender que o pedido de reenvio prejudicial se reconduz a um dos elementos essenciais do objecto do presente processo, pelo que a decisão recorrida não padece de qualquer nulidade que mereça remédio.

Importa, então, averiguar se merece (ou não) procedência a questão suscitada da nulidade da decorrida recorrida, por violação do dever de fundamentação, a que, por princípio, devem obediência todas as decisões judiciais (art. 379.º, n.º 1, al. a), em conjugação com o art. 374.º, n.º 2, ambos do CPP).

O dever de fundamentação tem, desde logo, consagração no Título II, do Livro II, do CPP, que, a propósito da forma dos actos processuais, estabelece, de modo singelo, no n.º 5 do art. 97.º que *“os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão.”*

Da leitura deste preceito ressaltam, de imediato, estas ideias fundamentais:

Em primeiro lugar, o dever de fundamentação não se impõe irrestritamente a todos e a quaisquer actos judiciais, mas somente aos *“actos decisórios”*, nos quais se compreendem, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do citado artigo, os acórdãos, as sentenças e os despachos judiciais que decidam questões interlocutórias ou que ponham termo ao processo mas sem conhecer do mérito da causa.

Por exclusão de partes, todos os restantes actos processuais dos juízes, assumam ou não um cunho decisório, não se encontram subordinados ao dever de fundamentação, como, *v.g.*, os actos ou as decisões de mero expediente, ou seja, aquelas que se limitam a ordenar ou a regular a marcha processual, mas sem interferir com os direitos ou com os interesses juridicamente protegidos dos sujeitos processuais envolvidos no processo (aliás, o art. 205.º, n.º 1, da CRP, afasta expressamente o dever de fundamentação quanto às decisões de mero expediente).

Portanto, a fundamentação dos actos judiciais não deve ser compreendida como uma finalidade em si mesma, mas antes como um instrumento ou como uma exigência inscrita em nome dos direitos e das garantias de todos sujeitos processuais, mais



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

particularmente do arguido, que logo cede e deixa de ter sentido quando esse acto não seja susceptível de interferir com a resolução do litígio.

Assim compreendida, a fundamentação justifica-se para que os sujeitos processuais percepcionem com facilidade o sentido da decisão, para que possam conscientemente optar pela sua aceitação ou pela sua impugnação, se necessário for, dela interpondo recurso para um outro tribunal, mas também para que a autoridade judiciária avalie convenientemente as vantagens e as desvantagens de seguir por um determinado caminho, de modo ponderado, longe do livre e do puro arbítrio.

Ou, conforme se afirmou, muito a este propósito, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27-01-2009, proferido no Proc. n.º 3978/08 - 3.ª Secção (in www.dgsi.pt): *“a motivação das sentenças judiciais é um dos Direitos do Homem, constante do art. 6.º, § 1, da CEDH, reputada como o direito do acusado a um processo justo, consagrado no art. 20.º, n.º 4, da CRP, e é considerada como o remédio essencial contra o arbítrio, através dela prestando o juiz contas, aos sujeitos processuais e à colectividade, dos critérios adoptados e dos resultados adquiridos. Não tem que consistir na análise aprofundada de todas as deduções das partes nem num exame pormenorizado de todos os elementos do processo, não tem que apresentar uma extensão “épica” (observa o Juiz Franz Matscher, citado no estudo de Lopes Rocha, in Documentação e Direito Comparado, BMJ n.ºs 75/76, págs. 99 e ss.), convertendo a motivação num complexo processo escrito e por vezes contraditório, satisfazendo-se com um raciocínio justificativo mediante o qual o juiz mostra que a decisão se funda em “bases racionais idóneas” para a tornarem aceitável, credível.”*

Em segundo lugar, a parte final do citado n.º 5 do art. 97.º do CPP, explicita que o dever de fundamentação se desdobra quer na fundamentação de facto quer na fundamentação de direito, prendendo-se a primeira com a prova ou com a falta dela, com todos os motivos que levaram o tribunal a considerar provados determinados factos em detrimento de outros que não ficaram demonstrados, enquanto que a fundamentação de direito se relaciona com a argumentação jurídica de que o tribunal se socorreu (ou se deve socorrer) para encontrar a solução concreta para o caso ou, dito



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

por outras palavras, o enquadramento jurídico que foi encontrado pelo juiz para o quadro factual que foi objecto de julgamento no processo.

Da conjugação deste normativo, com os demais atinentes aos actos decisórios dos juízes, muito em particular com os arts. 118.º, n.ºs 1 e 2, 123.º, n.ºs 1 e 2, 374.º, n.º 2, 379.º, n.º 1, al. a), e 425.º, n.º 4, todos do CPP, resulta inequívoco que o dever de fundamentação não assume exactamente a mesma extensão consoante o acto decisório seja um simples despacho interlocutório, uma sentença ou um acórdão de um tribunal singular ou colectivo de 1.ª instância ou, ao invés, um acórdão de um tribunal de superior grau hierárquico, proferido em sede de recurso.

Por isso, são diferentes as consequências da falta de fundamentação.

As sentenças e os acórdãos que conheçam do objecto da causa estão feridos de nulidade, caso não explicitem os motivos de facto e de direito da decisão, como decorre expressamente da conjugação do disposto no n.º 2 do art. 374.º, com o art. 379.º, n.º 1, al. a), do CPP. Ao invés, a falta de fundamentação dos demais actos decisórios dos juízes constitui, por princípio, uma simples irregularidade, em resultado da aplicação do regime geral das invalidades dos actos processuais previsto nos arts. 118.º, n.ºs 1 e 2, e 123.º, n.ºs 1 e 2, ambos do CPP.

Aliás, como é facilmente compreensível, o despacho judicial que decida uma questão interlocutória, por mais relevante que ela seja, não se encontra sujeito a (iguais) exigências de fundamentação de facto e de direito de um acórdão que avalie, em primeira mão, toda a prova produzida em sede de audiência de discussão e julgamento, que pondere, em toda a extensão, os argumentos apresentados pela acusação e pela defesa e que decida a causa sob o ponto de vista jurídico, as quais, por seu turno, não são equivalentes às exigências de fundamentação de facto e de direito de um acórdão proferido em fase de recurso, quando se pede ao tribunal hierarquicamente superior que reaprecie a decisão do tribunal de 1.ª instância.

No caso vertente, como a decisão recorrida diz respeito à validade de diligências de investigação (máxime buscas e apreensões), levadas a cabo pela “Autoridade da Concorrência”, não se encontra sujeita, enquanto decisão



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

interlocutória, a iguais exigências de fundamentação (de facto e de direito) de uma sentença ou de um acórdão que se pronuncie sobre o objecto da causa (*v. g.* sobre o eventual cometimento do ilícito de mera ordenação social).

Não obstante, a “*sentença*”, para além de explicitar os motivos que levaram o tribunal *a quo* a considerar como provada e como não provada a matéria de facto que se deixa vertida no texto da decisão, também esclarece, ao nível da matéria de direito, que é “*controversa*” a qualificação da documentação apreendida como “*correspondência*” para efeitos de aplicação da tutela constitucional que demanda a intervenção do juiz de instrução.

Em face destas dúvidas, o tribunal recorrido considera que se justificava lançar mão do instituto do reenvio prejudicial, por forma a que o Tribunal de Justiça da União Europeia se viesse a pronunciar sobre as questões controvertidas suscitadas pelo recurso judicial, muito em particular, sobre o que se deve considerar como correspondência e sobre que autoridade (juiz de instrução ou Ministério Público) pode ordenar a sua apreensão, de acordo com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Deste modo, compreende-se o processo lógico seguido pelo tribunal *a quo* para solicitar a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia, partindo das dificuldades sentidas na delimitação do conceito de correspondência e dos poderes em confronto (autoridade administrativa, Ministério Público e juiz de instrução) relativamente às apreensões de mensagens de correio electrónico no âmbito de processos contra-ordenacionais que são da competência da “Autoridade da Concorrência”.

Recorde-se que o Tribunal Constitucional, através do acórdão n.º 91/2023, datado de 16-03-2023, proferido no Proc. n.º 559/2020, tinha acabado de julgar “(...) *inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de*



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público (...)”.

Ainda que eventualmente se venha a discordar do sentido da decisão no que diz respeito à necessidade de fazer intervir o Tribunal de Justiça, não se consegue afirmar que o tribunal *a quo* não tenha exposto (muito em particular através de “*considerandos*”), de modo minimamente esclarecedor, o que determinou o pedido de reenvio prejudicial, apresentado ao abrigo do disposto no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de modo a permitir a sua compreensão por parte dos sujeitos processuais.

Em face do exposto, **improcede o recurso interposto pela “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA”**, na parte em que pretendia que, por falta de fundamentação, fosse declarada **a nulidade da decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Juiz 1.**

Prosseguindo:

A recorrente “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA” veio também alegar que **a questão da conformidade do direito nacional com o direito da União Europeia não foi suscitada pelos sujeitos processuais**, pelo que entende que se impõe a sua revogação e a sua substituição por outra que venha a ter em conta o contraditório exercido pelos sujeitos processuais.

A “Autoridade da Concorrência” veio defender, a este propósito, que o tribunal de reenvio não está obrigado a informar previamente as partes da sua intenção de consultar o Tribunal de Justiça da União Europeia, ainda menos consultar os sujeitos processuais sobre os termos desse pedido.

Por seu turno, o Ministério Público, junto do tribunal de primeira instância, deixou consignado, em síntese, que o art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia não impõe ao juiz nacional a necessidade de



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

audição das partes envolvidas no pedido de reenvio prejudicial, pelo que deverá improceder o pedido de nulidade invocado no recurso.

Apreciando e decidindo:

Em primeiro lugar, importa deixar assinalado que a inobservância dos princípios ou dos dispositivos legais somente determina nulidade, nestes processos, nos casos expressamente consignados na lei, pelo que, quando tal não acontece, o acto processual viciado deve ser considerado irregular (*vide* art. 118.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, aplicável por força do disposto no art. 83.º do Lei n.º 19/2012, de 08-05 e no art. 41.º, n.º 1, do DL n.º 433/82, de 27-10).

Para além de outras, consagradas noutros preceitos, os arts. 119.º e 120.º, ambos do CPP, preveem nas suas alíneas, os casos, respectivamente, de nulidades insanáveis e de nulidades sanáveis (estas últimas devem ser arguidas pelos interessados dentro dos prazos estabelecidos para o efeito), expressamente decorrentes da inobservância dos dispositivos legais.

No caso vertente, não obstante a recorrente “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA” ter vindo invocar o disposto na al. b) do art. 119.º do CPP, para defender a nulidade da decisão recorrida, a falta de notificação do sujeito processual interessado para se pronunciar sobre o pedido reenvio prejudicial ordenado pelo tribunal *a quo* não consubstancia qualquer uma das nulidades prevista por este preceito, *v.g.*, seja por “*falta de promoção do processo pelo Ministério Público nos termos do art. 48.º*”, seja por “*(...) ausência a actos relativamente aos quais a lei exigir a respectiva comparência (...)*”.

O pedido de reenvio prejudicial, formulado pelo tribunal recorrido, ao abrigo do disposto no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, não está dependente do impulso processual do Ministério Público (o que não significa que esteja impedido de o promover), nem da sua presença física (nem do arguido ou de outros sujeitos) em qualquer acto processual.

A falta de notificação dos sujeitos processuais para, querendo, se pronunciarem sobre o pedido de reenvio dirigido pelo Tribunal da Concorrência,



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Regulação e Supervisão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, não consubstancia nulidade, mesmo em caso de decisão-surpresa (ao contrário do que deixado alegado a “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA” no recurso interposto), por este vício não se enquadrar em nenhuma das situações que estão previstas pelos arts. 119.º e 120.º, ambos do CPP.

Deste modo, a falta de cumprimento do princípio do contraditório configura uma mera irregularidade processual, que estaria sanada, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 123.º do CPP, por não ter sido invocada pela “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA” dentro do prazo fixado para o efeito.

Acresce que não se verifica a violação do disposto nos arts. 20.º, n.ºs 1 e 4, e 32.º, n.ºs 1 e 10, da Constituição da República Portuguesa, nem tão-pouco do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que o regime jurídico lhe concedeu a possibilidade de ter reagido dentro do prazo legalmente fixado para o efeito, optando por se pronunciar sobre a pertinência ou necessidade do pedido de reenvio prejudicial, determinado pelo tribunal *a quo*, mediante a interposição do presente recurso.

Em face do exposto, **improcede o recurso interposto pela “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA”, na parte em que pretendia que, por violação do princípio do contraditório, fosse declarada a nulidade da decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Juiz 1.**

Mais:

A recorrente “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA” veio também pedir que a decisão recorrida seja revogada e que seja **retirado o pedido de reenvio prejudicial dirigido ao Tribunal de Justiça da União Europeia**, na medida em que não cumpre os requisitos de definição, com a precisão suficiente, do quadro jurídico e factual do processo, por forma a garantir que a resposta às questões colocadas seja a mais completa possível.

A “Autoridade da Concorrência” veio defender, com particular destaque para a apreciação desta questão, que a recorrente “IMI – Imagens Médicas



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Integradas, SA” pretende imiscuir-se nas referências jurisprudenciais que o tribunal *a quo*, no exercício da sua autonomia jurisdicional, decidiu relevantes para a boa decisão e que dispõe de dois meses para apresentar as suas observações junto do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por seu turno, o Ministério Público veio defender que o pedido de reenvio prejudicial se afigura ideal, longe de um tempo em que os entendimentos estejam consolidados, para que o Tribunal de Justiça da União Europeia possa vir dar resposta às perguntas formuladas pelo tribunal *a quo*.

Apreciando e decidindo:

Dispõe o art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que “*O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: (...) b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados 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 suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.”

Do confronto dos dois parágrafos resulta que o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça é meramente facultativo quando a decisão a proferir pelo tribunal nacional admita “*recurso judicial previsto no direito interno*”.

Isto significa que a questão de direito da União Europeia pode ser suscitada, quer perante um tribunal de primeira, quer perante um tribunal de segunda instância, desde que se revele necessária para o julgamento da causa.

Por seu turno, o reenvio prejudicial é obrigatório, ou seja, o tribunal pertencente a um dos Estados-Membros da União Europeia está obrigado a



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

sobrestar a decisão e solicitar a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia quando se verificarem, de modo cumulativo, os seguintes requisitos: o tribunal nacional esteja a julgar em última instância; a apreciação da questão de direito da União Europeia seja necessária para a decisão do litígio;

Como se escreveu no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-02-2023, proferido no âmbito Proc. n.º 28/22.0YFLSB, a propósito do reenvio prejudicial (www.dgsi.pt): *“nos termos do art. 267.º TFUE, o tribunal nacional pode, sempre que surja alguma dúvida quanto à validade e interpretação do direito da UE, «pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie» através do reenvio prejudicial. O reenvio prejudicial tem de reportar a uma questão cuja consulta e decisão preliminar seja necessária para a justa composição do litígio concreto, pressuposto sem o qual não é admissível o reenvio (...)”*.

No caso vertente, conforme resulta da matéria de facto considerada como provada e das alegações do recurso de impugnação judicial, discute-se, *grosso modo*, a validade da apreensão das mensagens de correio electrónico, determinada pela “Autoridade da Concorrência” no âmbito do presente processo de contra-ordenação, em execução de mandado de busca, emitido pelo Ministério Público para as instalações da recorrente “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA”, sem intervenção de um juiz de instrução.

À data em que foi proferida a decisão recorrida, o Tribunal Constitucional já se tinha pronunciado sobre estas matérias no acima citado acórdão n.º 91/2023, no qual se afirmou, designadamente, que *“(...) coloca-se o problema de saber se a CDFUE, com especial incidência nos direitos ao respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações (artigo 7.º) e à proteção de dados pessoais (artigo 8.º), se opõe à adoção de medidas nacionais que postulem um acesso a mensagens de correio electrónico no quadro de um processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência”, para, de seguida, se considerar que “Da jurisprudência do TJUE relativa às Diretivas 2002/58/CE e 2006/24/CE, resulta não ser compatível com o padrão de proteção europeu a admissibilidade de acesso*



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

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

A terminar, invocando os arts. 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 4, e 34.º, n.º 4, todos da Constituição, o Tribunal Constitucional concluiu que “(...) é inevitável concluir que, também em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas apenas será constitucionalmente viável se for, em regra, precedida da intervenção do juiz de instrução. Isto é, se for sujeita a um controlo judicial prévio, destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com a realização de buscas domiciliárias, a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, o nível de indiciação da participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da convicção de que a diligência pretendida é indispensável para a descoberta da verdade dos factos ou de que a prova tida em vista seria impossível ou muito difícil de obter por meios alternativos, menos intrusivos para os direitos do(s) visado(s).”.

Mais tarde, mediante o acórdão n.º 314/2023, datado de dia 26-05-2023, proferido no âmbito do Proc. n.º 145/2021, o Tribunal Constitucional, em idêntico sentido, julgou “(...) 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



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição (...)”.

Afirmou-se na parte final deste aresto que “(...) assim resultam, necessariamente, afastados os argumentos apresentados nas contra-alegações, seja por assentarem na ideia de relevância da distinção entre correio lido e não lido (aliás, não refletida no enunciado normativo que é objeto do recurso), como sustentou a Autoridade da Concorrência, seja por via de se afirmar que «a eventual apreensão de meros documentos armazenados em equipamentos ou sistemas informáticos, bem como a norma que a autorize, não se revelam violadoras do disposto nos n.ºs 1 e 4, do artigo 34.º, da Constituição», posição em que se fundou, também, a conclusão dos recorridos no sentido da desnecessidade de controlo judicial (...)”

Ainda muito recentemente, mediante acórdão proferido no dia de 26-06-2024, o Supremo Tribunal de Justiça fixou a seguinte jurisprudência a este propósito: “(...) Em processo de contraordenação 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 eletrónico ou de outros registos de comunicações de natureza semelhante, independentemente de se encontrarem abertas (lidas) ou fechadas (não lidas), que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, nos termos do art. 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15/09 (Lei do Cibercrime), aplicável por força do disposto no art. 13.º, n.º 1, do RJC, e do art. 41.º, n.º 1, do RGCO (...)”.

Em face do que se deixa exposto, verifica-se que, neste momento, a jurisprudência nacional traçou linhas orientadoras sobre o que se deve considerar como correspondência e sobre os poderes em confronto das autoridades administrativas, do Ministério Público e do juiz de instrução no âmbito de processo de contra-ordenação



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

relativo a práticas restritivas da concorrência, pelo que deixou de subsistir o fundamento que tinha determinado o pedido de reenvio prejudicial.

Da jurisprudência acima citada ressalta que, quer o Supremo Tribunal de Justiça, quer o Tribunal Constitucional, já se pronunciaram nos moldes acima expostos, sobre as questões jurídicas que, *grosso modo*, constituem o objecto deste processo, seja afirmando que compete ao juiz de instrução autorizar a apreensão de mensagens de correio electrónico, independentemente de estarem abertas (lidas) ou fechadas (não lidas), no âmbito de processo de contra-ordenação relativo a práticas restritivas da concorrência, seja julgando inconstitucional a interpretação normativa dos arts. 18.º, n.ºs 1, al. c), e 2, 20.º, n.º 1, e 21.º, da Lei n.º 19/2012, de 08-05, no sentido de ser desnecessário despacho judicial prévio para se proceder ao exame, à recolha e/ou à apreensão das ditas mensagens.

Não obstante já tenham sido proferidas decisões a nível nacional sobre as matérias em causa, importa unicamente, nesta sede, averiguar se as questões de direito da União Europeia são (ou não) necessárias para a decisão do litígio em causa, na medida em que compete exclusivamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia julgar da admissibilidade e de mérito das questões jurídicas suscitadas pelo reenvio prejudicial determinado pelo tribunal *a quo*.

As questões jurídicas em causa podem e devem ser avaliadas de acordo com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo que, segundo o critério da necessidade, aceita-se a decisão do tribunal *a quo* ao dirigir as questões prejudiciais em causa ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Isto significa que a apreciação das questões de direito da União Europeia, suscitadas pelo tribunal recorrido, podem ser necessárias para a decisão deste litígio, pelo que se mostram preenchidos os pressupostos previstos pelo art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia para solicitar a intervenção, a título prejudicial, do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por seu turno, a admissibilidade das questões jurídicas colocadas, a sua eventual reformulação e a resposta a conceder às dúvidas suscitadas pela interpretação de direito



Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

européu, constituem matérias da exclusiva competência do Tribunal de Justiça, pelo que não pode proceder o recurso interposto pela recorrente “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA” quando pede a este tribunal a sua substituição por outras que considera mais indicadas.

De igual modo, não compete a este tribunal recurso proceder à indicação das normas nacionais aplicáveis, incluindo a sua história e seu contexto, nem tão-pouco fornecer referências jurisprudenciais nacionais ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com vista a enquadrar as questões prejudiciais colocadas.

Em face do exposto, sem necessidade de outras considerações, **deverá**, também nesta parte, **ser julgado improcedente o recurso interposto pela recorrente “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA”**, seja quando pede a retirada do pedido de decisão prejudicial perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, seja quando pede a reformulação das questões formuladas.

III – DECISÃO:

Em face do exposto, acordam os juízes que integram a secção da propriedade intelectual, concorrência, regulação e supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa **em julgar improcedente o recurso interposto pela recorrente “IMI – Imagens Médicas Integradas, SA”**.

Custas a cargo da recorrente, fixando-se em 3 UCs. a taxa de justiça devida (art. 513.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, em conjugação com o art. 8.º, n.º 9, do RCP e com a Tabela III anexa a este diploma legal).

Lisboa, 16 de Outubro de 2024

Paulo Registo

Alexandre Au-Yong Oliveira



Processo: 42/23.8YUSTR.L1
Referência: 22208910

Lisboa - Tribunal da Relação
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão
Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Bernardino Tavares