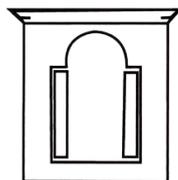


SEPARATA

RPDC N.º 4 (2024)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



AATRIC

*Busca e Apreensão de Correio Eletrónico pela Autoridade da Concorrência: Breves Reflexões sobre a Jurisprudência Recente do Tribunal Constitucional**

Patrícia Fragoso Martins

*Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica; Investigadora do Católica Research Centre for the Future of Law
pfmartins@fd.lisboa.ucp.pt*

I. Notas introdutórias

A recente prolação pelo Tribunal Constitucional dos Acórdãos n.º 91/2023, de 16 de março de 2023, e n.º 314/2023, de 26 de maio de 2023, a respeito da busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico por parte da Autoridade da Concorrência (“AdC”), no âmbito de processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, provocou reações inflamadas e despertou preocupações nos vários envolvidos nos processos de aplicação do direito nacional e europeu da concorrência¹.

Pretende-se, nesta intervenção, deixar breves reflexões sobre o tema, em especial à luz (i) da adoção e transposição da chamada Diretiva

* O presente texto tem por base a intervenção no VI Seminário da AATRIC sobre Jurisprudência Constitucional Recente, que teve lugar no dia 11 de dezembro de 2023.

¹ E.g., NUNO BRANDÃO, “Apreensão de Webmail em Processo Contra-Ordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, n.º 3, 2023, pp. 215-238, considerando que as normas sindicadas nos acórdãos não ferem a Constituição porque não contendem com o direito ao sigilo das telecomunicações, por não estarem em causa comunicações e não por alargamento do conceito de processo penal ao abrigo do n.º 4 do artigo 34.º da CRP.

ECN+², cujo prazo de transposição terminou no dia 4 de fevereiro de 2021, e que foi transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto³, mas também da (ii) especial relevância do direito da União Europeia no quadro do ordenamento constitucional português e da jurisprudência constitucional mais recente a este respeito⁴. Pretende-se ainda deixar alguma perspetiva de futuro quanto ao debate respeitante aos poderes de busca e apreensão da AdC em processo contraordenacional no ordenamento jurídico português.

Para o efeito, a exposição terá lugar em três tempos, começando por referir (i) os pilares fundamentais da jurisprudência constitucional recente sobre o tema; colocando em seguida (ii) algumas dúvidas e comentários sobre os fundamentos dessa jurisprudência; e finalizando com (iii) o elenco das questões que permanecem em aberto e nos ordenamentos jurídicos nacional e europeu.

II. Os pilares fundamentais da jurisprudência constitucional recente

1. O teor dos acórdãos n.º 91/2023, de 16 de março de 2023⁵ e n.º 314/2023, de 26 de maio de 2023⁶ é conhecido. Estava em causa, em particular, a possibilidade de a AdC poder buscar e apreender uma categoria específica de “documentos” armazenados em suporte digital: as mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas e conservadas em caixa de correio eletrónico.

Em ambas as decisões, o Tribunal Constitucional declarou que não viola a Constituição da República (“CRP”) a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico, abertas ou fechadas, pela AdC, no âmbito de um processo contraordenacional, desde que efetuada com autorização judicial

² Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, JO L 11, 14.1.2019, pp. 3-33.

³ Diário da República n.º 158/2022, Série I de 2022-08-17, pp. 2-116.

⁴ Acórdão n.º 422/2020, Processo n.º 528/2017, de 15 de julho de 2020; Acórdão n.º 268/2022, Processo n.º 828/2019, de 19 de abril de 2022.

⁵ Acórdão n.º 91/2023, Processo n.º 559/2020, da 3.ª Secção do Tribunal Constitucional, composta pelos Juízes Conselheiros Joana Fernandes Costa, Gonçalo Almeida Ribeiro, Afonso Patrão, João Pedro Caupers e Lino Rodrigues Ribeiro, onde foi relatora a Juíza Conselheira Joana Fernandes Costa, e que mereceu duas declarações de voto e um voto de vencido.

⁶ Acórdão n.º 314/2023, Processo n.º 145/2021, da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, composta pelos Juízes Conselheiros José Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Gonçalo Almeida Ribeiro, Rui Guerra da Fonseca e José João Abrantes, onde foi relator o Juiz Conselheiro José António Teles Pereira, e que foi adotado por unanimidade.

devidamente obtida para o efeito. Declarou ainda o Tribunal Constitucional que tal autorização não pode, à luz da CRP, ser concedida por magistrado do Ministério Público por se tratar de matéria de reserva do poder judicial. Neste sentido, decidiu-se “julgar inconstitucional a norma contida nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, 20.º n.º 1 e 21.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na interpretação segundo a qual se admite o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, desde que autorizado pelo Ministério Público, não sendo necessário despacho judicial prévio, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição”⁷; e, ao mesmo tempo, “não julgar inconstitucional a norma contida na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do Regime Jurídico da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, mediante autorização judicial”⁸.

2. A questão não é nova. Com efeito, o alcance dos poderes de busca e apreensão da AdC remontam à lei nacional da concorrência de 2003. Como bem reconhece o Tribunal Constitucional:

«... Já a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, que aprovou o regime jurídico da concorrência, incluía no âmbito dos “*poderes de inquérito e inspeção*” atribuídos àquela autoridade, a faculdade de “[p]roceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, quer se encontr[asse] ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostr[assem] necessárias à obtenção de prova” (artigo 17.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 18/2003). Relativamente a esta particular faculdade, a principal alteração operada pela Lei n.º 19/2012 consistiu em estender o poder de busca, exame, recolha e apreensão conferido à AdC a todo o tipo de documentação “*independentemente do seu suporte*”⁹.

Este alargamento justificou-se, naturalmente, pelas dificuldades associadas ao advento da digitalização e à forma de funcionamento característica

⁷ Parte III, n.º 3 alínea a) do Acórdão n.º 314/2023; e Parte III, alínea c) do Acórdão n.º 91/2023.

⁸ Parte III, alínea b) do Acórdão n.º 91/2023.

⁹ Para. 13 do Acórdão n.º 91/2023.

do mundo digital, no que diz respeito em especial ao modo de armazenar dados e de comunicar. Trata-se, enfim, de permitir à AdC a realização de buscas em computadores e outros equipamentos de armazenamento de dados eletrónicos, o que facilmente se compreende num mundo onde, por um lado, a forma cada vez mais habitual de armazenamento de documentos é o suporte digital, e, por outro, as condutas que configuram práticas restritivas da concorrência são habitualmente informais, o que faz com que a maioria dos elementos de prova conste de meios informáticos¹⁰. Esta circunstância é especialmente relevante no domínio dos cartéis, cuja natureza, secreta e disfarçada, a digitalização pode ajudar a reforçar.

Nas suas decisões recentes, o Tribunal Constitucional parece ter optado por fazer uma espécie de “justiça salomónica”, o que justifica que os acórdãos tenham sido recebidos com descontentamento e preocupação dos dois lados “da barricada”: por parte da AdC (e também outras entidades reguladoras), mas também por parte das empresas e seus advogados e, em geral, pela doutrina constitucional penal.

O Tribunal Constitucional afirmou, nos seus acórdãos, três ideias fundamentais: “duas no cravo, uma da ferradura”. Começou por “dar uma no cravo”, quando afirmou que a apreensão de mensagens de correio eletrónico pela AdC cabe no âmbito de proteção do n.º 4 do artigo 34.º da CRP¹¹, e deve ser entendida como se tratando de apreensão de “correspondência”, no sentido constitucional do termo aí vertido. Segundo o Tribunal, neste contexto não merece distinção o correio eletrónico marcado como aberto ou fechado, colocando-se a possibilidade de apreensão de um e de outro na dependência da verificação dos mesmos pressupostos ou condições, à face do disposto nos artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da CRP¹². Além disso, afirmou ainda que mesmo “que fosse possível operar com um critério baseado na distinção mensagens lidas e não lidas, certo continuaria a ser que o acesso a uma caixa de correio eletrónico em que se mantenham mensagens abertas envolve necessariamente a intromissão em comunicações indiscutivelmente abrangidas pelo direito à inviolabilidade das comunicações”¹³, devido à significativa quantidade e qualidade dados de

¹⁰ Cf. MIGUEL MOURA E SILVA, “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 - novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 137, 2014, p. 24.

¹¹ Dispõe o n.º 4 do artigo 34.º da CRP que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”.

¹² Para. 18.1 do Acórdão n.º 91/2023.

¹³ Para. 18.3 do Acórdão n.º 91/2023.

tráfego associadas à abertura da caixa de correio eletrónico. Daqui decorre, por conseguinte, que o acesso ao correio eletrónico cabe no âmbito de proteção do n.º 4 do artigo 34.º da CRP.

Deu, ao invés, “uma na ferradura”, quando afirmou que “a natureza (apenas) contraordenacional do processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência não exclui em absoluto a possibilidade de previsão da ingerência nas comunicações a coberto da autorização concedida pelo inciso final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição”¹⁴. Afirmou, aqui, o Tribunal que a noção de processo criminal constante desta disposição deve ser entendida como uma noção *materialmente* constitucional, incluindo tudo o que tem dignidade penal, ou é “*criminalizável*” à luz da CRP. O Tribunal esclareceu, em todo o caso, que subsiste uma diferença importante quanto ao que *pode ser* criminalizado pelo legislador ordinário e aquilo que o *deve ser*, em virtude do princípio da utilização do direito penal apenas em *ultima ratio*.

Por fim, “deu outra no cravo”, afirmando que a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo contraordenacional pela AdC depende sempre de autorização judicial, uma vez que só ao juiz compete fazer o “juízo de ponderação suscetível de assegurar, no caso concreto, a adequação, necessidade e proporcionalidade daquele meio de obtenção de prova, tendo em conta a gravidade das práticas anticoncorrenciais indiciadas, a consistência das razões invocadas para justificar a necessidade da ingerência nas mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas e a indispensabilidade da diligência para a realização das finalidades que com ela se pretendem prosseguir”¹⁵.

III. Algumas dúvidas e comentários críticos

1. Quanto à primeira questão decidida pelo Tribunal, *i.e.*, saber se mensagens de correio eletrónico podem ser equiparadas a correspondência ou comunicações para efeitos da tutela do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, o Tribunal recordou a sua jurisprudência anterior nos termos da qual:

«A proteção constitucional conferida à *correspondência privada* compreende todas as variantes de correspondência entre indivíduos, desde as formas tradicionais de correspondência postal – cartas, postais, telegramas – até ao correio eletrónico, entendido como tráfego de informação privada, sob a forma escrita, figurativa ou equivalente, entre destinatários definidos e apenas acessível por estes, transmitido

¹⁴ Para. 24 do Acórdão n.º 91/2023.

¹⁵ Para. 26 do Acórdão n.º 91/2023.

através de um suporte de *internet*. Tutela equivalente é conferida, para efeitos de aplicação do n.º 4 do artigo 34.º, às *telecomunicações*, envolvendo telefonemas, mensagens de voz, conversas por via de VoIP e similares, bem como, em geral, a quaisquer formas de comunicação humana, de carácter privado. Efetivamente, a diversidade das formas de transmissão da informação privada e dos respetivos suportes não justifica uma diferença de tutela jusconstitucional, na medida em que esta visa garantir, do ponto de vista *material*, a possibilidade de comunicação privada, enquanto refração do interesse individual na reserva de intimidade da vida privada»¹⁶.

Ora, ainda sem entrar na discussão sobre a diferença entre mensagens abertas e fechadas, lidas ou não lidas, não se pode hoje dizer que as funções do correio eletrónico sejam iguais ou totalmente equiparadas às funções da correspondência tradicional. No mundo em que vivemos, o correio eletrónico permite o desempenho de funções variadas, concentrando os respetivos programas informáticos múltiplas funcionalidades que transcendem, em muito, a mera transmissão de mensagens ou de informação de alguém para outrem. Com efeito, qualquer *software* de correio eletrónico pode, hoje, funcionar como arquivo, gestor documental, agenda, recordatório, sistema de transmissão de recados internos, permitir a elaboração de notas e documentos, entre outras funcionalidades. Existem, assim, no *ambiente* do correio eletrónico, documentos que registam e retratam a vida da empresa e que não se reconduzem a verdadeira correspondência ou comunicações no sentido tradicional destes termos e que justifica a sua proteção constitucional.

Certo que o argumento da AdC, sustentando que mensagens de correio eletrónico abertas devem considerar-se meros “documentos” e não correspondência, é muito duvidoso. Serão ainda, em muitos casos, verdadeira correspondência em forma eletrónica (*e-mail*), que se pode abrir e fechar múltiplas vezes, com ou sem intenção, em diversos dispositivos, segundo critérios que nada revelam acerca do conhecimento da mensagem (marcar como lida/não lida; priorizar; arquivar automaticamente). Não deixam, todavia, de ser em muitos casos genuína correspondência sob forma eletrónica. Sem prejuízo, noutros não o serão. Pelo que, a impossibilidade de se distinguir e separar radicalmente aquilo que é correspondência eletrónica da demais documentação e registos da empresa constantes da caixa de correio eletrónico, conduz a que as empresas possam, na realidade,

¹⁶ Acórdão n.º 687/2021, Processo n.º 830/2021, de 30 de agosto de 2021 (sublinhado nosso).

arquivar e até esconder informação relevante no programa de gestão de *emails* de forma a proteger o respetivo acesso. Tudo isto prejudicando de forma relevante e definitiva a possibilidade de investigação efetiva por parte da AdC e suscitando dúvidas quanto à efetividade da sua missão, tanto ao abrigo do direito da União quanto da própria CRP.

Para além disso, o Tribunal Constitucional fundamenta o seu entendimento acerca da proibição de ingerência nas comunicações na tutela da *segurança* da transação: “o que se tutela é a interação comunicativa, a confiança na segurança e reserva dos sistemas de comunicações”¹⁷. A tutela decorre da “situação de perigo”¹⁸ em que a mensagem se encontra, sujeita ao controlo de um terceiro que controla o sistema de comunicações. Nas palavras do Tribunal Constitucional, a confiança no sistema de comunicações, no terceiro que assegura o processo comunicativo, constitui “o âmage”¹⁹ da proteção conferida pelo n.º 4 do artigo 34.º da CRP.

Não parece, todavia, claro que seja esse o fundamento *principal* ou *exclusivo* da proteção constitucional conferida por esta disposição. Assume-se que o n.º 4 do artigo 34.º garante também, e quiçá antes de mais, a *liberdade individual* de reservar e até esconder informação, partilhando-a apenas com quem se quer, *i.e.*, o destinatário das mensagens, e não com quaisquer terceiros que com ela contactam até chegar ao seu destino²⁰. Não estará, assim, em causa apenas a tutela da segurança da mensagem relativamente ao prestador do serviço de comunicações, mas relativamente a todos aqueles que possam com ela, inadvertida ou voluntariamente, contactar até que a mesma chegue a quem efetivamente se destina.

Neste contexto, sempre importará dizer que a AdC não está na posição de um qualquer terceiro que coloca em risco o segredo da mensagem, nem vale quanto a ela o argumento do controlo de segurança do sistema de comunicações. Não ocupa qualquer posição equiparável. Prossegue uma

¹⁷ Para. 17 do Acórdão n.º 91/2023.

¹⁸ Para. 18 do Acórdão n.º 91/2023.

¹⁹ Para. 18.2 do Acórdão n.º 91/2023.

²⁰ Segundo NUNO BRANDÃO: “Pretende-se que, tanto quanto possível, estes se sintam à vontade para dialogar como se estivessem face a face, decidindo quem pode tomar conhecimento daquilo que é dito enquanto a conversação decorre, o que é condição indispensável para que possam transmitir livremente aquilo que desejam dizer. Neste sentido, a inviolabilidade das telecomunicações serve direitos e liberdades fundamentais, como a reserva de intimidade da vida privada, a liberdade de expressão, o direito à palavra, entre outros, sendo condição de materialização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em todo o caso, o que se visa proteger não é o conteúdo da comunicação, mas o seu sigilo, por isso se considerando que é a *vertente formal do direito à privacidade*, e não a material, que aqui releva”. *Op. cit.*, p. 221.

missão de interesse público que corresponde a uma incumbência prioritária do Estado²¹. Terá um interesse legítimo no acesso ao conteúdo de mensagens e comunicações, sem que esteja aí em causa a devassa do valor do segredo e da liberdade individual.

Por fim, quanto à distinção entre mensagens abertas e fechadas, tem-se entendido que, na correspondência postal tradicional, a tutela do n.º 4 do artigo 34.º cessa com a abertura da mensagem. Ainda que seja discutível que um envelope aberto converta automaticamente uma carta num documento simples, o argumento do Tribunal a respeito da receção e leitura das mensagens de correio eletrónico faz sentido. Com efeito:

«No domínio do correio eletrónico, a marcação de certa mensagem como aberta constitui um evento imprestável para determinar o fim da sua natureza de comunicação – e, em consequência, a paralisação da proteção especialmente concedida pelo artigo 34.º da Constituição –, devendo entender-se que a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações abrange as mensagens de correio eletrónico enquanto permanecerem na caixa (virtual) de correio eletrónico, independentemente da circunstância, contingencial e aleatória, de a mensagem ostentar o estado de “aberta” ou de “fechada”»²².

Nesta sequência, só devem ser consideradas abertas para efeitos do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, e como tal fora do respetivo âmbito de aplicação, aquelas mensagens que tenham sido intencionalmente arquivadas fora da caixa de correio eletrónico²³. Sem prejuízo, surge novamente aqui a dificuldade a

²¹ Cf. Artigo 81.º, alínea f) da CRP e artigo 5.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de agosto.

²² Cf. para. 18.2 do Acórdão n.º 91/2023: «Pelo menos duas razões apontam claramente nesse sentido. Em primeiro lugar, verifica-se que o principal argumento invocado para justificar a cessação da tutela constitucional da correspondência postal no momento em que esta é aberta — a eliminação da barreira física que protege o conteúdo comunicação até ao momento da abertura da carta — não tem pura e simplesmente aplicação no âmbito das mensagens eletrónicas.

(...) Em segundo lugar — e como decorre do ficou dito —, a distinção entre mensagens abertas e fechadas é, no caso do correio eletrónico, artificial e falível.

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

²³ Cf. para. 18.2 do Acórdão n.º 91/2023: “O critério decisivo de que a mensagem chegou definitivamente ao destinatário não será, por conseguinte, a marcação da mensagem como lida, mas sim o seu

que já nos referimos. É que nos tempos modernos, o arquivo de mensagens de correio eletrónico faz-se muitas vezes não fora, mas dentro da caixa de correio eletrónico (designadamente quando esta funciona também como gestor documental), pelo que a distinção entre mensagens arquivadas dentro ou fora do correio eletrónico tem pouco alcance prático.

2. Quanto à segunda questão, entendeu o Tribunal Constitucional que, na medida em que constituem comunicações, as mensagens de correio eletrónico beneficiam do regime da tutela da correspondência, quer estejam abertas ou fechadas, aplicando-se, por conseguinte, o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, segundo o qual a ingerência só é permitida “nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Sem prejuízo, nas palavras do Tribunal:

«... a ressalva dos casos previstos na lei em matéria de processo criminal consubstancia uma “reserva qualificada” em matéria de restrição de direitos, cujo sentido é o de só autorizar o legislador a restringir o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações “para essas finalidades, ou seja, para a salvaguarda dos direitos ou valores enunciados” (Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, 2019, p. 279). O problema surge, todavia, quando se pergunta quais são – ou com que critério identificar – os “fins e interesses”, os “direitos ou valores” a cuja salvaguarda se dirige a ressalva contida no inciso final n.º 4 do artigo 34.º da Constituição»²⁴.

O Tribunal dá, nota, aqui, de uma divisão na jurisprudência constitucional. Com efeito, existe, por um lado, uma linha na jurisprudência do Tribunal que proscreve em absoluto a possibilidade de qualquer tipo de ingerência nas comunicações em processos de outra natureza, designadamente contraordenacional, independentemente dos direitos e valores cuja tutela através deles se prossiga. Segundo tal entendimento, uma tal ingerência só será possível em processo penal em curso²⁵. Por outro lado, a jurisprudência decorrente do Acórdão 464/2019²⁶ defende que a noção de “reserva do processo penal” tem de ser entendida em sentido materialmente constitucional. Estará, aqui, em causa um *conceito constitucional* que compete ao Tribunal Constitucional interpretar e garantir, pelo que aquilo que seja “matéria de

arquivamento definitivo, fora da caixa de correio eletrónico virtual”.

²⁴ Para. 19 do Acórdão n.º 91/2023.

²⁵ Acórdão n.º 403/2015, Processo n.º 773/15, de 27 de agosto de 2015.

²⁶ Acórdão n.º 464/2019, Processo n.º 26/2018, de 18 de setembro de 2019.

processo penal” não depende de uma qualificação ou decisão por parte do legislador ordinário acerca da natureza de determinado processo em concreto (a quem compete apenas determinar o que é efetivamente criminalizado num determinado momento). Ora, tendo o direito da concorrência *dignidade penal* no âmbito da CRP, «dispondo o bem jurídico tutelado pelo direito sancionatório da concorrência de inequívoco assento jurídico-constitucional – protegê-lo constitui mesmo, como vimos, um dever prioritário do Estado –, não há dúvida de que nos encontramos em matéria que a Constituição permite que o legislador situe no (ou aloque ao) domínio do direito penal, substantivo e adjetivo»²⁷. Daqui decorre que, pode haver apreensão de correspondência e comunicações nesse contexto, ainda que o legislador tenha optado por estabelecer um processo de investigação e sanção de natureza contraordenacional e não penal. Uma tal decisão do legislador ordinário não afeta o sentido da norma constitucional e a natureza *criminalizável* dos comportamentos anticoncorrenciais ao abrigo da CRP. Segundo o Tribunal:

«Crê-se, aliás, que o regime jurídico *sub judice* constitui um elucidativo exemplo de que tal posição, para além de assegurar o alinhamento do preceito interpretando com o sistema articulado de regras e princípios que a Constituição corporiza enquanto ordenação unitária da vida política e social de uma determinada comunidade estadual – e, com isso, a *cogência intertemporal* do programa normativo que ali se contém –, é a única capaz de colocar o legislador ordinário a salvo do dilema, seguramente não pretendido pela ordem jurídico-constitucional, entre a *ineficácia* da perseguição das práticas restritivas da concorrência – em evidente colisão com os objetivos da Diretiva ECN+ e com as próprias regras comuns relativas à concorrência que constam dos artigos 101.º e 102.º do TFUE – e a *desconsideração* do critério constitucional da *necessidade ou carência de tutela penal*, quando se trate de selecionar o ramo do direito sancionatório que deverá desempenhar aquela função»²⁸.

Estamos, no essencial, de acordo com a interpretação feita pelo Tribunal Constitucional quanto a este ponto por quatro razões fundamentais. Ela encontra, desde logo, suporte na letra do n.º 4 do artigo 34.º que se refere a “matéria de processo penal” e não ao “âmbito do processo penal”. Além disso, uma interpretação contrária inverteria a razão de ser da utilização do direito penal, subvertendo-a e instrumentalizando a criminalização de

²⁷ Para. 20 do Acórdão n.º 91/2023.

²⁸ Para. 19 do Acórdão n.º 91/2023 (sublinhado nosso).

condutas à eficácia do processo, invertendo a lógica substância/processo. A interpretação adotada é a única que responde, aliás, à vertigem da tentação de criminalização de todas as condutas de forma a poder prosseguir efetivamente as investigações necessárias, subvertendo o interesse da utilização do direito penal apenas em *ultima ratio*²⁹. Por fim, a interpretação adotada parece ser a única que permite a compatibilização do direito nacional com o direito europeu da concorrência e com a missão confiada à AdC de recolher prova de práticas anticoncorrenciais e prosseguir eficazmente o combate às práticas restritivas da concorrência.

3. Quanto à terceira questão, o Tribunal Constitucional entende que a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo contraordenacional depende sempre de autorização judicial, retirando essa necessidade da articulação do n.º 4 do artigo 32.º com o n.º 4 do artigo 34.º da CRP, por uma de duas vias: por estarem em causa atos suscetíveis de ferir direitos fundamentais, ou por tal decorrer da proibição do excesso prevista no n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Assim:

«Seja porque conceito de “instrução” constante do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição compreende os atos destinados a instruir probatoriamente uma futura acusação que contendam diretamente com direitos fundamentais (Acórdão n.º 7/1987, n.º 2.4.) – o que, independentemente da natureza da sanção aplicável, converte o juiz de instrução na “entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar ou autorizar certos atos processuais singulares que, na sua pura objetividade externa, se traduzem em ataques a direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente protegidos” (Jorge de Figueiredo Dias, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 16) –, seja porque, ao prevalecer-se da exceção à proibição da inviolabilidade das comunicações em matéria de processo penal prevista no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, o legislador se mantém vinculado ao *princípio da proibição do excesso* a que o n.º 2 do artigo 18.º sujeita as medidas

²⁹ Cf. para. 21 do Acórdão n.º 91/2023: «uma leitura da autorização contida no segmento final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição que reserve a possibilidade de «busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas» à investigação ou produção de prova no âmbito de um processo penal pendente pode subverter dramaticamente os termos desta ponderação, sobretudo se não se perder de vista que, em matéria de criminalização, o Tribunal Constitucional só deve proceder à censura das opções legislativas quando o recurso a sanções penais se apresente manifestamente arbitrário ou excessivo (v., por todos, os Acórdãos n.ºs 643/1993, 99/2002, 494/2003)» (sublinhado nosso).

restritivas de direitos, liberdades e garantias – o que inviabiliza a opção por um regime de acesso que não se encontre numa relação de *justa medida* com a posição do titular do direito atingido –, é inevitável concluir que, também em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas apenas será constitucionalmente viável se for, em regra, precedida da intervenção do *juiz de instrução*. Isto é, se for sujeita a um *controlo judicial prévio*, destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com a realização de buscas domiciliárias, a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, o nível de indicição da participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da convicção de que a diligência pretendida é indispensável para a descoberta da verdade dos factos ou de que a prova tida em vista seria impossível ou muito difícil de obter por meios alternativos, menos intrusivos para os direitos do(s) visado(s)»³⁰.

Neste ponto, deve reconhecer-se que os argumentos apresentados pela AdC a este respeito não foram plenamente endereçados pelo Tribunal Constitucional. Com efeito, notou a AdC que a ponderação de interesses feita pelo legislador ordinário na lei nacional da concorrência – prevendo uma solução diferente quanto à exigência de mandado por parte do Ministério Público para buscas em instalações de empresas e do juiz de instrução quando estejam em causa buscas domiciliárias, em escritório de advogado, em consultório médico e a apreensão, em bancos e outras instituições de crédito, de documentos abrangidos pelo sigilo bancário – é permitida pelo n.º 4 do artigo 32.º da CRP. Justamente porque o Ministério Público não ocupa num processo por práticas restritivas da concorrência o mesmo lugar que ocupa em processo penal, onde conduz a acusação, a *ratio* da norma constitucional não tem de valer da mesma forma do que em processo penal. Na verdade, o Ministério Público:

«... assume-se com uma autoridade judiciária independente, garante da legalidade democrática e da realização da justiça (cf. n.º 1 do artigo 219.º da CRP), externa e imparcial, sem interesse direto ou confundível com o da AdC na investigação da prática anticoncorrencial. Não é o Ministério Público que dirige o inquérito em processo contraordenacional da concorrência, ou que o conforma. Não é

³⁰ Para. 26 do Acórdão n.º 91/2023.

o Ministério Público que investiga, que acusa, mas a AdC. Não é o Ministério Público o requerente da medida de autorização da diligência de busca, exame e apreensão de correio eletrónico, neste caso aberto e lido, mas a AdC»³¹.

Pelo que, «o facto de a busca e apreensão de correio eletrónico, *in casu* aberto e lido, estarem dependentes de autorização prévia do Ministério Público não garante uma proteção menor aos direitos, liberdades e garantias da empresa visada»³². No essencial, acompanhamos aqui a AdC quando afirma que:

«É que a atuação do Ministério Público em sede de processo contraordenacional de concorrência não se confunde, nem formal, orgânica ou legalmente, com a posição que este assume em processo penal. Em rigor, no direito sancionatório da concorrência, o Ministério Público goza de competência própria atribuída pela lei, e, nessa qualidade, age como um terceiro imparcial e neutro à investigação, exercendo funções de controlo materialmente homólogas àquelas exercidas pelo JIC em processo penal no que respeita à proporcionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Neste caso, cabe ao Ministério Público assegurar a adequação, necessidade e imprescindibilidade da medida»³³.

Neste contexto, considerando que uma eventual exigência sistemática de mandado judicial para ingerência na correspondência não decorre do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, mas do n.º 4 do artigo 32.º da CRP, importa notar que esta disposição admite, ela própria, derrogações, permitindo-se que o juiz possa, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais (como sucede, aliás, no âmbito do processo penal português atualmente). Daqui decorre que, nos termos da CRP, não tem de existir sempre autorização por parte de um juiz para determinadas diligências processuais, nem tem ela de ser, em todos os casos, prévia. Há espaço para ponderações «dos vários direitos e interesses que convergem na conformação da lei processual penal»³⁴. E se assim é, o argumento também tem de valer no âmbito do processo contraordenacional.

³¹ Ponto I das alegações da AdC citadas no para. 1.2.4 do Acórdão n.º 314/2023.

³² Ponto H das alegações da AdC citadas no para. 1.2.4 do Acórdão n.º 314/2023.

³³ Ponto U das alegações da AdC citadas no para. 1.2.4 do Acórdão n.º 314/2023.

³⁴ GERMANO MASAQUES DA SILVA/FERNANDO SÁ, “Anotação ao artigo 34.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.º ed., UCE, Lisboa, pp. 562-563.

É, aliás, este, também, provavelmente, o sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), citada pelo Tribunal Constitucional³⁵, que considera não ser compatível com o padrão de proteção europeu a admissibilidade de acesso generalizado a dados de comunicações eletrónicas, exigindo-se não só uma definição das condições de que depende tal ingerência, como um controlo prévio por órgão jurisdicional *ou por uma autoridade administrativa independente*. Com efeito, no seu Acórdão *Tele* 2³⁶, o TJUE refere expressamente a *alternativa* entre autoridade judicial e não judicial de natureza independente. Assim:

«Para garantir, na prática, o pleno cumprimento destas condições, é essencial que o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados conservados seja, em princípio, salvo em casos de urgência devidamente justificados, sujeito a um controlo prévio efetuado por um órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente, e que a decisão desse órgão jurisdicional ou dessa entidade ocorra na sequência de um pedido fundamentado dessas autoridades apresentado, nomeadamente, no âmbito de processos de prevenção, de deteção ou de ação penal (v., por analogia, no que se refere à Diretiva 2006/24, acórdão Digital Rights, n.º 62; v. também, por analogia, no que se refere ao artigo 8.º da CEDH, TEDH, 12 de janeiro de 2016, Szabó e Vissy c. Hungria, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, §§ 77 e 80)» (sublinhado nosso)³⁷.

III. Questões em aberto e perspetivas futuras

1. Aqui chegados, que mais dizer quanto às questões fundamentais decididas pelo Tribunal Constitucional nos seus mais recentes acórdãos sobre a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico pela AdC no âmbito de um processo contraordenacional versando sobre práticas restritivas da concorrência?

Em primeiro lugar, quanto à questão da possibilidade de acesso a *e-mails* por parte da AdC, é difícil perceber como é que do ponto de vista do direito europeu se pode entender o *contrário*, ou seja, que a AdC não pode apreender mensagens de correio eletrónico no cumprimento da sua missão de fiscalização de práticas restritivas da concorrência. A questão já

³⁵ Para. 14.1. do Acórdão n.º 91/2023.

³⁶ Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Tele 2 Sverige*, Procs. C-203/15 e C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, paras. 119 e 121.

³⁷ Para. 120.

nos parecia clara antes da adoção da Diretiva ECN+, e tornou-se ainda mais evidente depois disso.

Com efeito, se outro entendimento vier a fazer vencimento, quer no âmbito dos tribunais ordinários, quer do Tribunal Constitucional – em fiscalização concreta ou abstrata –, estaremos, muito provavelmente, perante um conflito constitucional.

O Tribunal Constitucional reconhece, a este respeito, dois pontos importantes, ainda que não tenha retirado daí consequências no imediato. Por um lado, começou por afirmar que se trata de uma questão que cai no âmbito de aplicação do direito da União, em virtude da inserção da AdC na rede de entidades nacionais da concorrência, e do disposto no Regulamento n.º 1/2003 que encarregou as autoridades nacionais da aplicação do direito europeu da concorrência³⁸. Daqui o Tribunal Constitucional retirou dois corolários: por um lado, a submissão da norma fiscalizada à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos termos do seu artigo 52.º, designadamente quanto aos direitos consagrados nos seus artigos 7.º e 8.º; e, por outro, a convocação da aplicação do n.º 4 do artigo 8.º da CRP.

Em seguida, reconheceu o Tribunal se que se trata de uma questão que ainda não foi decidida pelo TJUE. Com efeito, «a admissibilidade, face à CDFUE, de acesso pelas autoridades públicas a mensagens de correio eletrónico já abertas no âmbito de processos restritivos da concorrência não foi ainda objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça»³⁹. Isso mesmo resulta, claro, aliás, do facto de a jurisprudência europeia citada pelo Tribunal não ter resolvido a questão do acesso a correspondência com base em autorização judicial e não judicial (referindo-se ao Ministério Público apenas na qualidade de parte no processo penal, que não é equiparável à posição em processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência). Assim:

«Da jurisprudência do TJUE relativa às Diretivas 2002/58/CE e 2006/24/CE, resulta não ser compatível com o padrão de proteção europeu a admissibilidade de *acesso generalizado* a dados de comunicações eletrónicas, exigindo-se não só uma definição das condições de que depende tal ingerência, como um *controlo prévio por órgão jurisdicional ou autoridade administrativa independente* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, Tele 2, proc. apensos C-203/15 e C-698/15, n.ºs 119 e 120). Neste último caso,

³⁸ Cf. Artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO L 1, 4.1.2003.

³⁹ Para. 41.1 do Acórdão n.º 91/2023.

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)»⁴⁰.

Significa isto que subsiste dúvida de interpretação, pelo que haveria espaço para um reenvio prejudicial para o TJUE. Pergunta-se, por isso, porque é que o Tribunal Constitucional, aqui chegado, decidiu não colocar uma questão prejudicial ao Tribunal do Luxemburgo. Tratando-se de uma questão que, reconhecidamente, cai no âmbito de aplicação do direito da União, não sendo clara a resposta e adivinhando-se um conflito constitucional, faria porventura sentido desencadear o mecanismo do reenvio prejudicial. O Tribunal não o fez, optando por decidir o tema apenas e só no quadro do direito constitucional nacional.

No entanto, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão decidiu colocar as questões relevantes ao TJUE, em abril de 2023, no âmbito de processos prejudiciais que se encontram atualmente pendentes⁴¹. Pergunta-se aí designadamente se:

- a) Os documentos profissionais ... veiculados através de correio eletrónico, são «correspondência» na aceção do artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?
- b) 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)?
- c) 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,

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Proc. C-258/2023, *Imagens Médicas Integradas*; Proc. C-259/2023, *Synlabhealth II*; Proc. C-260/2023, *SIBS - Sociedade Gestora de Participações Sociais e outros*.

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?

Sem surpresas, as questões foram colocadas, e bem, por referência ao artigo 7.º da Carta. Acontece que, no direito da União não existe uma norma semelhante ao n.º 4 do artigo 34.º da CRP, pelo que a dificuldade e o potencial de conflito resultam evidentes. Significativo é que o juiz nacional não se tenha referido à existência desta disposição particular da CRP, nem à jurisprudência constitucional mais recente a este respeito. Colocando a questão apenas por referência à lei nacional e à Carta dos Direitos Fundamentais, o juiz ordinário dispensou a referência a um potencial conflito constitucional, com o risco que tal omissão pode implicar.

Trata-se, aí, em todo o caso, de esclarecer o sentido da proteção conferida pelo artigo 7.º da Carta. Neste âmbito, é difícil antever que o TJUE venha a considerar que a AdC não pode apreender correspondência eletrónica ao abrigo do 7.º (considerando, desde logo, que a Comissão Europeia o pode fazer ao abrigo dos seus poderes de investigação de práticas restritivas da concorrência). Já quanto à questão de saber se tal busca e apreensão pode ter lugar com base em mero despacho de autoridade judiciária (o Ministério Público, em Portugal), não é impossível que o TJUE venha a remeter para os termos genéricos da autonomia processual nacional⁴².

2. Seja como for, importa notar que tanto o Tribunal Constitucional, quanto o Tribunal da Concorrência colocaram as questões relevantes à luz do regime anterior à Diretiva ECN+ (que não estava em vigor à data da realização das buscas nos casos concretos). Sem prejuízo, no futuro, subsiste espaço para um novo reenvio de interpretação, no contexto da adoção e transposição da Diretiva ECN+ e das precisões e acrescentos que a mesma visou introduzir.

Com efeito, em processos futuros, a questão passará por saber, mais precisamente, se do direito da União, designadamente da Diretiva ECN+ que pretendeu reforçar os poderes das autoridades nacionais da concorrência, decorre a obrigação de prever a possibilidade de acesso por parte das autoridades nacionais a todas as formas de correspondência (incluindo mensagens de correio eletrónico, em qualquer suporte e arquivados de

⁴² Acórdão de 16 de dezembro de 1976, *Rewe/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Proc. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

qualquer modo, em particular mensagens de *e-mail* marcadas como abertas). Ou seja, «se o direito da União Europeia não só não proscreve como na realidade prescreve a atribuição às autoridades nacionais da concorrência da faculdade de acederem a mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas»⁴³. À luz do artigo 6.º da Diretiva ECN+ e em especial dos seus considerandos 32 e 73 não se vê que o TJUE possa responder negativamente a esta questão⁴⁴.

O Tribunal Constitucional considera que tal obrigação seguramente não existia no quadro anterior à Diretiva ECN+⁴⁵. Admite, contudo, que com a aprovação da nova Diretiva «pode colocar-se, ..., a questão de saber se isso implicou, *ex novo*, a obrigação de os Estados-Membros adotarem medidas que confirmam à AdC tal poder, tendo sobretudo em conta que o objetivo prosseguido é, como se viu também, potenciar a efetividade o direito europeu da concorrência através da atribuição às autoridades nacionais da concorrência de um leque mais amplo de poderes quando apliquem as normas do Direito da União»⁴⁶. Admitindo ainda que os Considerandos 32 e 73 da Diretiva apontam justamente nesse sentido.

Estamos, assim, potencialmente, num cenário muito próximo dos casos tipo-*Melloni*⁴⁷, que convocam não só a interpretação do artigo 7.º da

⁴³ Para. 14.2 do Acórdão n.º 91/2023.

⁴⁴ Considerando 32: «Para ser eficaz, a competência das autoridades administrativas nacionais da concorrência para realizar inspeções deverá permitir-lhes ter acesso a informações acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a inspeção e relacionadas com a empresa ou associação de empresas investigada. Deverá assim incluir necessariamente a competência para pesquisar documentos, ficheiros ou dados em dispositivos não previamente identificados com precisão. Sem uma tal competência, seria impossível obter as informações necessárias à investigação nos casos em que as empresas ou associação de empresas assumissem uma atitude de obstrução ou se recusassem a cooperar. A competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas». De igual modo, o Considerando 73 prevê que «as ANC deverão poder considerar as mensagens eletrónicas como prova relevante, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas».

⁴⁵ Assim: «Apesar de as autoridades nacionais da concorrência serem responsáveis por garantir a efetivação do direito europeu da concorrência (cfr. artigo 5.º do Regulamento [CE] n.º 1/2003, e n.º 1 do artigo 68.º do RJC), não ocorreu, numa primeira fase, qualquer harmonização dos seus poderes de investigação. Pelo contrário, as instituições europeias deixaram à autonomia processual dos Estados-Membros uma ampla margem de liberdade para a modelação da realização do direito europeu da concorrência, ainda que necessariamente limitada [pelos] *princípios da equivalência e da efetividade*, o mesmo é dizer, pela exclusão da possibilidade de previsão de mecanismos (i) *menos eficazes* para a proteção de direitos conferidos por normas europeias face a normas internas ou (ii) que tornem *excessivamente difícil* a sua efetivação (cfr., entre muitos Acórdãos do TJUE de 18 de outubro de 2012, *Pelati*, proc. C-603/10; n.º 23; de 19 de setembro de 2006, *Germany e Arcor*, processos apensos C-392/04 e C-422/04, n.º 57; de 30 de junho de 2011, *Meilicke*, C-262/09, n.º 55)» (para. 14.2 do Acórdão n.º 91/2023).

⁴⁶ Para. 14.2.2 do Acórdão n.º 91/2023.

⁴⁷ Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Melloni*, Proc. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

Carta dos Direitos Fundamentais da União e da Diretiva, mas também do n.º 3 do artigo 52.º e do artigo 53.º da Carta. Tratar-se-á, em concreto, de saber:

- i.) Se os artigos 6.º e 32.º da Diretiva ECN+ impedem a existência uma proibição de acesso a *e-mails* pela AdC (ou seja, se determinam que a AdC tem de poder buscar e apreender mensagens de correio eletrónico);
- ii.) Se tal obrigação, a existir, viola a Carta dos Direitos Fundamentais da União, e designadamente o seu artigo 7.º, quando a busca e apreensão for precedida ou não de mandado judicial;
- iii.) E, se, eventualmente, um Estado-Membro pode estabelecer um nível de proteção mais elevado a este respeito.

Recorde-se que, no Acórdão *Melloni*, o TJUE afirmou, emblematicamente, que uma interpretação segundo a qual o artigo 53.º da Carta autoriza, em geral, um Estado Membro a aplicar o padrão de proteção dos direitos fundamentais garantido pela sua Constituição, quando este é mais elevado do que o que decorre da Carta, e a opô-lo, se for caso disso, à aplicação de disposições do direito da União «viola o princípio do primado do direito da União, na medida em que permite a um Estado-Membro obstar à aplicação de atos do direito da União plenamente conformes à Carta, se não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado»⁴⁸. Assim, se «é certo que o artigo 53.º da Carta confirma que, quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União»⁴⁹.

3. Quanto à questão da exigência de mandado judicial, importa notar que a Diretiva ECN+ ressalva a eventual necessidade de mandado, nos termos do n.º 3 do seu artigo 6.º. Coloca-se, sem prejuízo, a questão de saber se essa exigência pode ser imposta nos termos da lei nacional livremente ou nos termos da autonomia processual nacional, limitada por exigências de efetividade e equivalência.

Além disso, a transposição da Diretiva terá de assegurar o nível de proteção de direitos que resulta da Carta dos Direitos Fundamentais e apenas

⁴⁸ Para. 58.

⁴⁹ Para. 60.

esse (ainda seguindo o Acórdão *Melloni*). Não se exclui que uma exigência excessiva ou uma recusa sistemática de emissão de mandados judiciais possa pôr em causa a efetividade da investigação enquanto objetivo a alcançar pelo Estado na transposição daquela diretiva.

4. Por fim, em termos temporais, importa deixar ainda três notas finais.

Para o passado, não tendo havido lugar a fixação de efeitos por parte do Tribunal Constitucional, coloca-se a questão de saber o que acontece, à luz do princípio da efetividade do direito da União, a todas as buscas realizadas pela AdC ao abrigo da lei anterior, sem despacho do juiz de instrução. Tanto em processos já decididos com coimas aplicadas, quanto em processos em curso, o *vazio* de aplicação do direito da concorrência não será certamente irrelevante.

Será ainda necessário saber o que acontece às buscas que foram realizadas no período que mediou a adoção da Diretiva e a sua transposição. Como dissemos, os acórdãos recentes do Tribunal Constitucional dizem respeito ao regime anterior à Diretiva ECN+ e sua transposição. Espreitaram, é certo, o regime constante daquela diretiva, mas desconsideraram-no no caso concreto em função da data das buscas e pelo facto de a Diretiva não ter sido transposta naquela altura. Afirmou o Tribunal que:

«As normas que integram o objeto do recurso decorrem do RJC, na redação originariamente aprovada pela Lei n.º 19/2012 (...), que foi, e só poderia ter sido, a versão do diploma aplicada no caso *sub judice*, uma vez que as modificações operadas pela Lei n.º 17/2022, entrada em vigor 30 dias após a sua publicação (artigo 10.º), se aplicam apenas aos procedimentos desencadeados após a respetiva entrada em vigor (artigo 9.º, n.º 1)»⁵⁰.

(...)

«Com efeito, a Diretiva ECN+ entrou em vigor em 25 de janeiro de 2019, estabelecendo como prazo de transposição o dia 4 de fevereiro de 2021. Ora, sendo certo que é apenas desde o momento em que expira o prazo concedido aos Estados para transposição que se iniciaria a eventual produção dos efeitos – direto, indireto (interpretação conforme) e incidental – das normas da diretiva (entre muitos outros, cfr. Acórdão do TJUE de 3.3.1994, Vaneetveld, proc. C-316/93, n.º 16, Acórdão do TJUE de 14.09.2000, Mendes Ferreira, proc. C-348/98, n.º 33, Acórdão do TJUE de 19 de janeiro de 1982, Becker, proc. 8/81,

⁵⁰ Para. 12 do Acórdão n.º 91/2023.

n.º 25, e Acórdão do TJUE de 4 de março de 1999, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik*, proc. C-258/97, n.º 34), dúvidas não há de que, quer no momento em que ocorreram as buscas e apreensões realizadas nos autos (fevereiro de 2017), quer no momento em que foi prolatada a decisão ora recorrida (4 de março de 2020), dela não poderia retirar-se qualquer efeito sobre a regulação nacional da concorrência»⁵¹.

Deve recordar-se que, muito embora seja verdade que os efeitos das diretivas dependem genericamente do decurso do respetivo prazo de transposição, o TJUE já esclareceu que, ainda no decurso desse prazo, as diretivas podem produzir efeitos que não são irrelevantes. Recorde-se que em *Wallonie*⁵², o TJUE afirmou que «incumbe aos Estados-Membros, durante o prazo de transposição, tomar as medidas necessárias para garantir que o resultado imposto pela directiva seja atingido quando o prazo expirar»⁵³ e «que os Estados-Membros, apesar de não estarem obrigados a adoptar tais medidas antes de expirar o prazo de transposição, devem abster-se, durante esse prazo, de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva»⁵⁴. Para mais tarde afirmar, em *Adeneler*⁵⁵, que «a partir da data em que uma directiva entra em vigor, os tribunais dos Estados Membros devem abster-se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de modo susceptível de comprometer seriamente, depois do termo do prazo de transposição, o objectivo prosseguido por essa directiva»⁵⁶, e em *Mangold*⁵⁷ que «cabe ao órgão jurisdicional nacional garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação em razão da idade, não aplicando qualquer disposição da lei nacional em contrário, e isto mesmo que o prazo de transposição da referida directiva ainda não tenha terminado»⁵⁸.

Esta jurisprudência não deixará de ser relevante na interpretação e aplicação da Diretiva ECN+, apesar e para além da sua transposição, justificando certamente um reenvio prejudicial sobre o sentido do artigo 6.º e a sua compatibilidade com a Carta dos Direitos Fundamentais.

⁵¹ Para. 14 do Acórdão n.º 91/2023.

⁵² Acórdão de 18 de dezembro de 1997, *Inter-Environnement Wallonie/Région wallonne*, Proc. C-129/96, ECR 1997 p. I-7411, ECLI:EU:C:1997:628.

⁵³ Para. 44.

⁵⁴ Para. 45.

⁵⁵ Acórdão de 4 de julho de 2006, *Adeneler e outros*, Proc. C-212/04, ECR 2006 p. I-6057, ECLI:EU:C:2006:443.

⁵⁶ Para. 123.

⁵⁷ Acórdão de 22 de novembro de 2005, *Mangold*, Proc. C-144/04, ECR 2005 p. I-9981, ECLI:EU:C:2005:709.

⁵⁸ Para. 77.

Pelo que, a esta luz, importará, clarificar, *no futuro*, a questão da busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico pela AdC à luz da Diretiva ECN+ e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Mas também, e sem prejuízo, saber qual o sentido do *caveat* final que consta dos acórdãos do Tribunal Constitucional, onde se lê que:

«Efetivamente, nos momentos processuais em que esteja em causa uma *atuação restritiva* das autoridades públicas no âmbito dos direitos fundamentais, a intervenção de um juiz – com as virtudes de *independência* e *imparcialidade* que tipicamente a caracterizam – é essencial para uma tutela efetiva desses direitos, mesmo nos casos em que estes devam parcialmente ceder, em nome da salvaguarda de outros bens jusconstitucionalmente consagrados. O juiz tem, nos termos da CRP, *uma competência exclusiva e não delegável* de garantia de direitos fundamentais no âmbito do processo criminal (à luz do artigo 32.º, n.º 4, do CPP), pelo que a lei apenas pode dispensar a sua intervenção em casos excecionais devidamente delimitados e justificados. Por outras palavras, tal dispensa é constitucionalmente admissível apenas em situações pontuais e definidas com rigor, em que não constitua um meio excessivo para prosseguir interesses particularmente relevantes de investigação criminal. Será o caso, por exemplo, de atuções preventivas ou cautelares, em que haja particular urgência ou perigo na demora no que toca à conservação de elementos probatórios, e desde que se assegure uma posterior validação judicial da atuação das autoridades competentes.”⁵⁹

(...)

... justamente por assim ser, o juízo negativo de inconstitucionalidade que incidiu sobre a primeira norma impugnada não poderá deixar de refletir a exigência de um controlo judicial, em regra prévio, que constitui, como se viu, uma condição indispensável à conformidade constitucional do regime»⁶⁰ (sublinhados nossos).

A fórmula decisória final dos acórdãos recentes do Tribunal Constitucional, referindo uma decisão *de princípio*, que admite desvios e exceções em casos limitados e devidamente fundamentados, sugere que haverá situações em que a AdC pode agir sem mandado judicial. Parece estar, aqui, em causa apenas a dispensa de mandado emitido por autoridade judicial, mas não se exclui que, lida no contexto geral da decisão, a exceção permita a busca e apreensão

⁵⁹ Para. 43 do Acórdão n.º 687/2021, citado no para. 26 do Acórdão n.º 91/2023.

⁶⁰ Para. 26 do Acórdão n.º 91/2023.

pela AdC sem necessidade de qualquer mandado, de qualquer natureza, desde que, subsequentemente, elas possam ser confirmadas e validadas pelo juiz competente. Com esta abertura final, o Tribunal Constitucional sugere, enfim, que subsiste um espaço constitucional para ponderações que não pode e não deve ser subestimado.