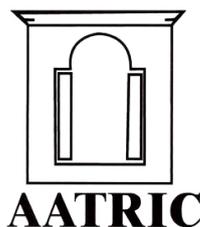


RPDC N.º 4 (2024)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



Ficha Técnica

Revista Portuguesa de Direito Constitucional

Diretor: Miguel João Costa

Diretora-Adjunta: Catarina Gouveia Alves

Conselho de Redação: Joana Silva; José Manuel Ribeiro de Almeida; Nuno Lemos Jorge; Rui Tavares Lanceiro; Sergio Maia Tavares Marques

Sede do Editor e da Redação: RPDC – Rua de “O Século”, n.º 111, 1249-117 Lisboa

Proprietário: Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC)

NIPC: 506272982

Sede: AATRIC – Rua de “O Século”, n.º 111, 1249-117 Lisboa

Estatuto editorial: disponível em www.rpdc.pt

Contacto: rpdc.aatric@gmail.com

Periodicidade: anual (com a possibilidade de edição números especiais ou temáticos)

Preço: gratuito

Design gráfico: APS – Consultoria e formação para empresas

Número de Registo ERC: 127656

ISSN: 2795-4471

Índice

Editorial

pp. 5-6

Comunicações do VI Seminário da AATRIC – Jurisprudência Constitucional Recente

*Acórdãos n.ºs 91/2023, 314/2023 e 533/2024: Apreensão de Emails pela
Autoridade da Concorrência em Processo Contraordenacional*

Paulo de Sousa Mendes

pp. 9-51

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

Patrícia Fragoso Martins

pp. 53-75

Estudos e Comentários

*Inviolabilidade das Comunicações Privadas, Correio Eletrónico e Jurisprudência
Constitucional*

Maria João Antunes

pp. 79-96

*O Clima em Estrasburgo – A Proteção de um Clima Estável após o Acórdão
Verein Klima Seniorinnen Schweiz et al. c. Suíça*

Armando Rocha & Ana Luísa Bernardino

pp. 97-125

*Limites Constitucionais da Automatização Administrativa: Considerações à Luz
da Jurisprudência do Consiglio di Stato*

Beatriz Garcia

pp. 127-152

Editorial

A Revista Portuguesa de Direito Constitucional publica o seu quarto número, fiel à sua matriz editorial, centrada na jurisprudência do Tribunal Constitucional português mas atenta a outras latitudes e longitudes da discussão jurídico-constitucional. Assim, se neste n.º 4 continua a predominar a reflexão crítica sobre a atividade daquele Tribunal, acolhem-se também análises de jurisprudência da mais alta instância judicial italiana em matéria administrativa, o *Consiglio di Stato*, bem como do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, reveladoras do que se pode extrair da experiência de outras instâncias para a compreensão do direito constitucional.

No espaço reservado à documentação do Seminário anual da AATRIC sobre jurisprudência constitucional recente, incluem-se no presente número os contributos apresentados nesse fórum, no ano de 2023, por Paulo de Sousa Mendes e Patrícia Fragoso Martins. Incidem ambos sobre a busca e a apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional, mais especificamente no âmbito da concorrência, tema onde o direito constitucional e o direito da União Europeia confluem e cuja expressão na jurisprudência do Tribunal é notória e significativa. Desde os Acórdãos n.º 403/2015 e n.º 464/2019, ao Acórdão n.º 687/2021 e aos mais recentes Acórdãos n.º 91/2023, n.º 314/2023 e n.º 533/2024, as decisões do Tribunal vêm sendo perpassadas por uma pluralidade de perspetivas muito acentuada, tornando não apenas compreensível mas plenamente justificado que esta Revista tenha já possibilitado o debate sobre esta temática nos seus números anteriores e que lhe dê continuação no presente número.

É o que acontece também através do estudo de Maria João Antunes sobre inviolabilidade das comunicações privadas, correio eletrónico e jurisprudência constitucional, que ora se publica, em que se analisam as divergências na jurisprudência do Tribunal quanto ao momento em que cessa a tutela da inviolabilidade das comunicações privadas por correio eletrónico, quanto ao âmbito da proibição de ingerência nas comunicações privadas e quanto à exigência de reserva de juiz quando a ingerência tenha como visada uma pessoa jurídica.

Passando ao plano europeu, mais especificamente à área normativa do Conselho da Europa, Armando Rocha e Ana Luísa Bernardino avaliam “o clima em Estrasburgo” após o Acórdão *Verein Klima Seniorinnen Schweiz et al. c. Suíça*, dando ainda consideração ao Acórdão *Duarte Agostinho et al. c.*

Portugal et al., ambos de 2024 – as primeiras pronúncias do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos acerca do impacto dos fenómenos relacionados com as alterações climáticas sobre o gozo efetivo de direitos humanos.

Por fim, contra o pano de fundo da utilização crescente da inteligência artificial na decisão administrativa e tomando como referente de análise a jurisprudência do *Consiglio di Stato* a esse respeito, Beatriz Garcia oferece uma reflexão sobre limites constitucionais à automatização administrativa, considerando a tensão entre, de um lado, os desígnios de eficiência, celeridade e eficácia reclamados pelo princípio da boa administração e, de outro, a proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

É sempre com entusiasmo que vemos chegar ao correio eletrónico da RPDC novas mensagens acompanhadas de artigos para publicação e é com redobrado gosto que revemos parte desses títulos no Índice de cada número. A todos, constem ou não do rol de nomes já publicados, esperamos reencontrar no diálogo construtivo que se estabelece entre Autores, Conselho de Redação e Revisores, que vem precedendo cada número, renovando a esperança de que se lhe juntem cada vez mais vozes.

A Direção da RPDC

COMUNICAÇÕES DO VI SEMINÁRIO DA AATRIC – JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL RECENTE

*Acórdãos n.ºs 91/2023, 314/2023 e 533/2024: Apreensão de Emails pela Autoridade da Concorrência em Processo Contraordenacional**

Paulo de Sousa Mendes

*Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
paulosousamendes@fd.ulisboa.pt*

I. Introdução

O Tribunal Constitucional (TC), em recentes decisões¹, não julgou inconstitucional a norma contida na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), 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 (AdC) a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas, mediante autorização judicial.

O TC julgou inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição da República Portuguesa (CRP), a norma extraída das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º do NRJC, 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 AdC a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público (MP).

* O presente texto baseia-se na apresentação realizada no VI Seminário da AATRIC no dia 11 de dezembro de 2023, mas faz referência a desenvolvimentos subsequentes relevantes para a matéria tratada.

¹ Acórdãos TC n.º 91/2023, de 16 de março, e n.º 314/2023, de 26 de maio.

Já depois da minha apresentação no VI Seminário da AATRIC, em 11 de dezembro de 2023, o TC decidiu não julgar inconstitucional o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (na redação original, anterior à conferida pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto), quando interpretado: i) - No sentido de que é possível, em processo de contraordenação da concorrência, examinar, recolher e apreender mensagens de correio eletrónico; ii) - No sentido de admitir a possibilidade de exame, recolha e/ou apreensão de mensagens de correio eletrónico “abertas” ou “lidas”; iii) - No sentido de admitir o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência sem despacho judicial prévio². Tal como assinalado numa das declarações de voto, é praticamente certa a interposição, pela recorrente, de recurso para o plenário, ao abrigo do n.º 1 do artigo 79.º-D da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), ademais considerando que, neste último acórdão, estamos perante um julgamento de não inconstitucionalidade por um colégio de cinco juízes dos quais quatro estão vencidos, ou seja, um acórdão que exprime a posição de um único juiz, o Conselheiro Relator³.

Um recente acórdão do Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça, (STJ) de uniformização de jurisprudência⁴, refere-se ao processo penal, mas não deixa de ser relevante para o presente contexto. Eis a jurisprudência fixada: na fase de inquérito, 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 artigo 17.º, da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime).

Podem-nos uma apreciação crítica aos referidos dois acórdãos do TC (agora três acórdãos do TC), o que faremos nesta apresentação. Mas antes mesmo de nos pronunciarmos sobre esses acórdãos, impõe-se que submetamos a nossa análise ao contexto mais vasto do Direito internacional regional (Direito europeu dos direitos humanos e Direito da União Europeia) e do Direito estrangeiro (Direito norte-americano), este último enquanto termo de comparação. Só depois estaremos em condições de apreciar criticamente, de maneira suficientemente informada, os dois (agora três) recentes acórdãos do TC.

² Acórdão TC n.º 533/2024, de 4 de julho.

³ Declaração de voto do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro.

⁴ Acórdão STJ n.º 10/2023, de 10 de novembro.

O nosso problema é complexo porque cruza o Direito comparado, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH ou Convenção) e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE ou Carta) e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a CRP, o Código de Processo Penal (CPP), a Lei do Cibercrime (LC), o Regime Geral das Contraordenações (RGCO) e o regime jurídico específico da concorrência.

Depois do Tratado de Lisboa, a Convenção, a Carta e as tradições constitucionais nacionais são fontes dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União Europeia.

O Direito comparado é utilizado neste contexto como método de interpretação crítica do nosso Direito interno⁵.

II. O Direito Fundamental à Privacidade Digital

1. A tutela da privacidade na Constituição dos EUA e na jurisprudência do SCOTUS

A Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (EUA) declara que o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, domicílios, documentos e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias não pode ser infringido; e nenhum mandado pode ser expedido a não ser baseado em indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem detidas ou apreendidas.

A Quarta Emenda à Constituição dos EUA limita, portanto, as possibilidades de ingerência legítima da autoridade pública na privacidade às diligências de busca e apreensão (*search and seizure*), as quais, por sua vez, dependem de haver suspeita razoável ou, literalmente, causa provável (*probable cause*), acompanhada de juramento (*oath*) ou declaração junto de um juiz competente e imparcial (que não tenha tido contacto com o caso em qualquer outro contexto), para obtenção de um mandado de busca (*search warrant*), devendo a promoção dessa diligência descrever o lugar a ser buscado (*searched*) e indicar as pessoas que aí devam, porventura, ser detidas e as coisas que devam ser apreendidas (*seized*).

O Supremo Tribunal dos EUA (*Supreme Court of the United States* – SCOTUS) adotou a regra de exclusão relativa a buscas e apreensões ilegais

⁵ Sobre o Direito comparado como método de interpretação, cf. KAI AMBOS, “Estado e futuro do Direito Penal comparado”, *Anatomia do Crime* 6 (2017), pp. 9-42.

(*search and seizure exclusionary rule*) no caso *Weeks v United States* (1914) e tornou-a aplicável não apenas ao nível federal, mas também ao nível estadual no caso *Mapp v Ohio* (1961). Se quisermos, a regra de exclusão funciona num plano equivalente ao da proibição de valoração de prova. A proibição de produção de prova, por sua vez, encontra-se na Quarta Emenda à Constituição dos EUA, que, como vimos, proíbe as buscas e apreensões injustificadas (*unreasonable searches and seizures*) e sem mandado judicial.

2. As Diretrizes Federais para Busca e Apreensão de Computadores e a privacidade digital

Em 1994, o Departamento de Justiça (*Department of Justice – DOJ*) publicou as Diretrizes Federais para Busca e Apreensão de Computadores (*Federal Guidelines for Searching and Seizing Computers*). As Diretrizes foram atualizadas através de Suplementos (*Supplements*), em 1997 e 1999, e sujeitas a uma ampla reformulação em forma de Manual de Busca e Apreensão de Computadores e Recolha de Prova Digital em Investigações Criminais (*Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations Manual*)⁶, publicado em 2001 e amplamente revisto em 2009, e foram ainda complementadas com o Manual de Persecução de Crimes Informáticos (*Prosecuting Computer Crimes Manual*), de 2010⁷.

De acordo com as Diretrizes de 2009, as pesquisas informáticas em disco rígido (*hard-drive*) ou em outros ambientes informáticos (*computer media*) carecem de autorização judicial que contemple, entre outros aspetos, o modo específico de realização dessa diligência de obtenção de provas. Na grande maioria dos casos, a análise forense (*forensic analysis*) de um disco rígido (ou outro ambiente informático) leva tempo de mais para poder ser realizada no local (*on-site*) durante a execução inicial do mandado de busca e apreensão. A decisão mais importante que deve constar do mandado é se podem ser apreendidos computadores e demais equipamentos ou apenas as informações que o *hardware* contém. Na primeira hipótese, o mandado deve descrever o próprio *hardware*. Se a causa provável que justificou a diligência estiver relacionada apenas com certas informações, então o mandado deve

⁶ Existem dois tipos de documentos digitais: o documento eletrónico originário, que é criado em computador com recurso a dígitos binários (*bits*), sendo transmitido e conservado em formato digital, e o documento eletrónico digitalizado, que é aquele que resulta da transposição ou reconversão da informação analógica. No presente artigo usaremos os termos “digital” e “eletrónico” como sinónimos, a benefício da simplicidade de leitura.

⁷ Online: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-ccips/ccips-documents-and-reports> (consultado em 30.09.2024).

descrever as informações a ser apreendidas e autorizar a sua apreensão em qualquer suporte em que possam ser armazenadas, seja eletrónico ou não. Neste caso, os inspetores (*officers*) devem recolher as informações que se enquadram no escopo do mandado através de cópia eletrónica de todo o dispositivo de armazenamento (*image copy*), feita ou não no local, e posteriormente devem produzir uma cópia de trabalho para poderem realizar o exame fora do local (*off-site examination*) por meio de programas de mineração de dados que lhes permitam segregar aqueles registos que correspondam (*responsive records*) aos crimes abrangidos pelo mandado judicial em execução. Mas o mandado judicial não pode simplesmente autorizar uma pesquisa e apreensão de todos os registos (*records*), sob pena de ser um mandado genérico inconstitucional (*unconstitutional general warrant*). Em vez de os inspetores fazerem uma cópia eletrónica de todo o dispositivo de armazenamento, é, pois, admissível que façam uso de técnicas forenses (*forensic techniques*) que, por exemplo, lhes permitam restringir o universo da pesquisa e apreensão apenas aos ficheiros que contenham determinadas palavras-chave (*keywords*) relacionadas com os crimes investigados ao abrigo do mandado judicial, mas esta é uma possibilidade que não deverá ser imposta pela autoridade judicial, embora deva constar da promoção que lhe for dirigida. A restrição do universo de pesquisa e apreensão pode interessar aos titulares da investigação criminal, sobretudo se pensarmos em processos que envolvam empresas e vastas quantidades de dados informáticos. Seja como for, é inadmissível impor qualquer limitação significativa (como uma restrição a pesquisas por palavras-chave) às técnicas forenses que os inspetores pretendam usar para encontrar as provas que caibam no escopo de um mandado judicial. A apreensão do equipamento, em princípio, só é possível se o mesmo for contrabando, prova, instrumento ou produto de um crime, nos termos da Regra 41(c) do Regulamento Federal de Processo Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*)⁸. Se o equipamento for apenas um dispositivo de armazenamento de provas, os inspetores podem, a título excecional, apreendê-lo só se não existirem alternativas menos disruptivas.

As restantes possibilidades remetem a continuação da pesquisa para fora do local da apreensão (*off-site search*). Só a possibilidade cada vez menos utilizada de impressão de ficheiros específicos implica que toda a pesquisa seja realizada no local (*on-site search*). Cabe aqui destacar que não é indiferente que a pesquisa se realize no local ou se faça ou prossiga fora

⁸ As *Federal Rules of Criminal Procedure* entraram em vigor em 21 de março de 1946 e foram alteradas pela última vez em 1 de dezembro de 2019.

do local. A pesquisa no local tem um tempo limitado de duração, ao passo que a pesquisa fora do local pode durar o tempo que for necessário para ser completada (alguns juízes impõem um prazo-limite). Tal demonstra, só por si, que a pesquisa fora do local é mais invasiva da privacidade do que a pesquisa no local. Acresce que a quantidade de informação guardada em formato digital pode ser de tal maneira vasta – na ordem dos *gibabytes* ou mesmo *terabytes* – que a devassa da privacidade numa pesquisa fora do local pode suplantar largamente a que ocorreria numa simples pesquisa e apreensão no local, de duração limitada a algumas horas ou dias. Daí que seja da máxima relevância garantir que quaisquer pesquisas informáticas a prosseguir fora do local tenham a devida justificação para poderem ser consideradas legítimas.

As Diretrizes de 2009 enfatizam a importância de os titulares da investigação criminal conceberem uma estratégia minuciosa antes de promoverem junto de um juiz a obtenção de um mandado de busca e apreensão em ambiente digital. Por consequência, a garantia ajuramentada (*affidavit*) da causa provável que é necessária para a promoção do mandado junto de um juiz deve reportar quais os factos específicos que justificam a indispensabilidade de prossecução da pesquisa informática fora do local. Além de o mandado judicial ter de autorizar expressamente a pesquisa fora do local, se forem copiados elementos digitais para posterior pesquisa fora do local o auto de busca e apreensão também deve pormenorizar as circunstâncias concretas que impuseram um tal procedimento.

3. Pesquise antes de apreender

Se os documentos armazenados em equipamentos informáticos estivessem em formato de papel, a seleção exigiria que os inspetores analisassem milhares de detalhes para determinar quais deles continham afinal informações que justificassem a sua apreensão ao abrigo do mandado judicial. Acresce que os inspetores poderiam precisar da orientação de um promotor de justiça (*prosecutor*) para fazer a seleção dos documentos relevantes. Essa orientação aumentaria o tempo necessário para rever os documentos e seleccionar aqueles que pudessem ser legitimamente apreendidos. Se tudo isso fosse feito no local, os referidos agentes de investigação criminal poderiam ter de ocupar as instalações durante várias horas ou mesmo dias.

A migração para o ciberespaço veio, sem dúvida, facilitar a vida aos inspetores, de tal sorte, que a simples possibilidade de fazerem a pesquisa de

documentos relevantes em equipamentos informáticos em tempo real e no local da busca representa, só por si, um ganho de eficácia e de tempo.

As Diretrizes de 2009 não desaconselham que se pesquise apenas uma parte do sistema informático, eventualmente através de palavras-chave ou frases específicas, respeitando os termos do mandado judicial. Tal só é desejável, porém, se os inspetores tiverem de antemão uma percepção rigorosa das provas de que estão à procura, por exemplo, uma evidência conclusiva – vulgo, a metafórica arma fumegante (*smoking gun evidence*) – do delito sob investigação, que lhes tenha sido revelada com exatidão por um denunciante.

Nestes casos, o procedimento de utilização de palavras-chave é preferível para todos os envolvidos. Por um lado, é preferível para os inspetores, pois só trazem consigo aquilo que for essencial para a investigação e evitam trazer documentação irrelevante, a qual acabaria por se transformar em lastro processual, potenciando incidentes e demoras. Por outro lado, é preferível para os visados, pois a devassa da sua privacidade é restringida ao estritamente necessário para a investigação em curso.

4. Apreenda primeiro e pesquise depois

Não sendo possível realizar a pesquisa de documentos em ambiente digital no local da busca, então resta a alternativa de fazer uma cópia integral (*mirror-image copy*) do disco rígido ou servidor de rede ou usar palavras-chave para copiar ficheiros individuais. Mas cabe aqui enfatizar que uma cópia eletrónica de uma unidade inteira é bem diferente de uma cópia eletrónica de ficheiros individuais. Esta última reduz não só o tempo necessário para a posterior seleção de possíveis provas, mas também o risco de ultrapassagem do objeto do mandado.

As evidências geradas por computador (*computer-generated evidences*) podem ser recolhidas e custodiadas usando a automação. Os inspetores podem correr um programa para executar a apreensão de documentos em computadores independentes, servidores de rede ou armazenamento em nuvem. A utilização de palavras-chave tem a vantagem de ser relativamente célere e cirúrgica. Porém, as palavras-chave são insensíveis ao contexto e ficam muito aquém da capacidade de discriminação típica de um investigador humano. Acresce que o emprego de palavras ou frases genéricas como palavras-chave pode ajudar a localizar evidências relevantes, mas produz um número elevado de falsos positivos (*false hits*). Os falsos positivos são documentos que contêm o termo procurado, mas não têm valor probatório e escapam ao objeto do mandado judicial.

5. A pesquisa externa

A questão agora é saber se a Quarta Emenda à Constituição dos EUA autoriza a apreensão de evidências geradas por computador para pesquisa externa. Um tal procedimento implica necessariamente apreender documentos que não têm valor probatório e que estão para além do escopo do mandado. Tão-pouco dispensa a revisão de cada ficheiro (*file-by-file*) por um ou mais agentes de investigação criminal, o que significa que estes vão ter acesso a informação que, em princípio, lhes estaria vedada sob a autoridade do mandado judicial.

A maneira de lidar com este problema, especialmente se estiver ameaçado o segredo profissional entre advogado e cliente (*attorney-client privilege*), poderá passar pela nomeação de uma equipa provisória de agentes de investigação criminal (*filter team* ou *taint team*) à qual se retira o acompanhamento posterior do caso ou até mesmo a nomeação pelo tribunal de um supervisor especial (*special master*), que, por certo, oferece mais garantias de independência em relação ao poder executivo⁹. Poderá ainda tornar-se necessária a intervenção de um juiz especial (*special Magistrate Judge*).

O DOJ baseia a alegação de que as pesquisas externas são necessárias em duas premissas diferentes. A primeira é uma variante das exceções tradicionais à exigência de mandado judicial. As exceções podem ser justificadas pela necessidade de impedir a destruição de provas essenciais. Este é, certamente, um argumento válido, desde que se demonstre que a destruição de evidências estaria, de facto, iminente.

A segunda é a necessidade de envolver técnicos de informática (*computer experts*) na pesquisa para evitar a contaminação ou destruição de provas essenciais, o que normalmente só é possível fazer com segurança e tranquilidade fora das instalações buscadas.

⁹ A figura do *special master* é regida pela Regra 53 do Regulamento Federal de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*) e pode ser caracterizada como uma pessoa externa ao litígio, seja advogado, juiz aposentado ou professor de Direito. No âmbito da investigação criminal, as atenções viraram-se para a figura do *special master* há algum tempo por causa do caso dos documentos confidenciais que estavam na posse de Donald Trump, na sua residência de Mar-a-Lago. É facto conhecido que a defesa do ex-presidente dos EUA solicitou a nomeação de um *special master*, a fim de verificar quais daqueles documentos eram realmente confidenciais e não poderiam ter sido retirados da Casa Branca sem autorização prévia. No entanto, a atuação do *special master* em processos penais não é usual. Um dos motivos apontados para a sua fraca utilização no processo penal é a circunstância de a esmagadora maioria dos casos penais (cerca de 98%) não chegarem a julgamento, à conta da negociação da confissão (*plea bargaining*) ou outros acordos penais. Não chega, pois, a haver oportunidade de requerimentos ao juiz (*pretrial motions*) antes do julgamento, em fase de investigação criminal (*discovery*).

Nas situações que envolvam a criação no local de uma cópia forense para subsequente pesquisa externa, a promoção do mandado pelo titular da investigação criminal diante do juiz deve especificar os métodos de recolha, custódia e pesquisa que serão usados e as precauções que serão tomadas para garantir que a pesquisa respeite o objeto do mandado judicial. O próprio mandado judicial deve indicar, para além dos delitos visados, o método e, se forem recomendáveis palavras-chave, a lista dos termos a utilizar para o efeito. A autorização judicial pode estar contida no mandado original ou em mandado complementar (*supplemental warrant*). Os agentes de investigação criminal promovem o mandado complementar quando, após iniciarem a execução do mandado original, chegarem à conclusão de que uma pesquisa no local simplesmente não é viável.

6. A doutrina jurisprudencial da visibilidade imediata

À luz do direito jurisprudencial norte-americano, a recolha de evidências geradas por computador rege-se pelas normas aplicáveis às tradicionais diligências de busca e apreensão, nos termos da Quarta Emenda à Constituição dos EUA. Mas a proibição constitucional das buscas e apreensões injustificadas implica uma reelaboração de conceitos de cada vez que for aplicada ao mandado de busca digital (*digital search warrant*). Essa reelaboração é sumamente necessária quanto à questão do destino a dar aos conhecimentos fortuitos que ocorram em ambiente digital.

A doutrina jurisprudencial da visibilidade imediata (*plain view doctrine*) é uma exceção ao imperativo constitucional de mandado judicial para a realização de buscas e apreensões. A visibilidade imediata autoriza que sejam utilizados como prova de um delito quaisquer objetos apreendidos por um agente de autoridade que tenha atuado sem ou para além do mandado judicial de busca e apreensão, se forem atendidas as seguintes três condições: (1) a evidência tem de estar imediatamente à vista; (2) o agente de autoridade tem de possuir uma razão justificativa anterior para se encontrar no local a partir do qual consegue visualizar imediatamente a evidência; (3) a evidência por si mesma ou juntamente com factos conhecidos do agente de autoridade no momento da apreensão, tem de fornecer uma probabilidade razoável para se crer que exista uma conexão entre a evidência e alguma atividade criminosa.

A doutrina jurisprudencial da visibilidade imediata baseia-se na experiência empírica da perceção visual no mundo físico. No mundo cibernético, porém, não há, em princípio, analogia com a visão no mundo

físico. Um objeto pode ser imediatamente avistado no mundo físico, ao passo que um ficheiro eletrónico só pode ser visto se for aberto. Aquilo que se vê imediatamente é apenas o nome do ficheiro, que pode nem sequer ser revelador do respetivo conteúdo. Esta dificuldade tem dado azo a uma rica casuística no direito jurisprudencial norte-americano.

7. A tutela da privacidade na Convenção e na jurisprudência do TEDH

O artigo 8.º da CEDH impõe o respeito pela privacidade. Mais exatamente, o artigo 8.º, n.º 1, da CEDH protege, entre outros direitos, o direito ao respeito da vida privada e da correspondência, aparecendo estes dois direitos lado a lado. A privacidade é um conceito mais vasto do que parece.

O TEDH tem vindo a fazer uma interpretação extensiva da CEDH, aplicando o artigo 8.º à proteção da informação guardada em servidores, computadores, ficheiros informáticos e *emails*, como aconteceu nos casos *Leander v. Sweden* (1987), *Amann v. Switzerland* (2000), *Rotaru v. Romania* (2000), *Copland v. United Kingdom* (2007) e *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria* (2007). Por conseguinte, o sigilo das mensagens de correio eletrónico cabe na tutela da privacidade¹⁰.

O TEDH tem alargado o conceito de privacidade à vida profissional não só dos trabalhadores, mas também das empresas, de modo que o ambiente informático do local de trabalho acaba por estar incluído na proteção da privacidade, como aconteceu no caso *Société Colas Est and other v. France* (2002), como segue: § 41. De acordo com a jurisprudência do Tribunal, as ligações telefónicas de estabelecimentos comerciais são *prima facie* cobertas pelas noções de ‘vida privada’ e ‘correspondência’ para os fins do artigo 8.º, n.º 1 (ver *Halford*, já referido, § 44 e *Amann v. Suíça* [GC], n.º 27798/95, § 43, CEDH 2000 II). Segue-se logicamente que os *emails* enviados do trabalho devem igualmente ser protegidos pelo artigo 8.º, assim como as informações recolhidas através de monitoramento do uso pessoal da Internet.

A proteção da privacidade não é absoluta. Há situações em que a autoridade pública pode interferir no direito ao respeito pela vida privada e pela correspondência. Nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da CEDH, a ingerência só é permitida, porém, quando estiver prevista em norma habilitante e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a

¹⁰ Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, “A privacidade digital posta à prova no processo penal”, *Revista do Ministério Público*, 165, 2021, (pp. 109-143) pp. 110-112.

segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção ou repressão das infrações penais (*lato sensu*), a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Quando é chamado a pronunciar-se sobre se o artigo 8.º da CEDH foi ou não violado, o TEDH verifica, primeiro, se houve ingerência em algum dos direitos atrás elencados; segundo, se tal ingerência estava coberta por uma norma habilitante da jurisdição em que foi praticada; e, terceiro, se a medida realizada era proporcional em ordem a satisfazer uma necessidade social premente numa sociedade democrática.

Ainda não há muitos acórdãos do TEDH que tratem da aplicação do artigo 8.º da CEDH à prova digital no processo penal (*lato sensu*)¹¹, mas já há os suficientes para se tirar um retrato da jurisprudência de Estrasburgo a tal respeito. A título de exemplo, recomenda-se a leitura dos seguintes acórdãos do TEDH: *Robathin v. Austria* (queixa n.º 30457/06), de 3 de julho de 2012; *Bernh Larsen Holding As v. Norway* (queixa n.º 24117/08), de 14 de março de 2013; *Sérvulo v. Portugal* (queixa n.º 27013/10), de 3 de setembro de 2015; *Trabajo Rueda v. Spain* (queixa n.º 32600/12), de 30 de maio de 2017; *Ivashchenko v. Russia* (queixa n.º 61064/10), de 13 de maio de 2018; *Rook v. Germany* (queixa n.º 1586/15), de 25 de julho de 2019.

8. A violação do direito à privacidade e o seu remédio ao nível do processo equitativo

A jurisprudência do TEDH tem contribuído, como é sua função, para a edificação de um menor denominador comum na Europa, à luz da CEDH. Mas também é verdade que a Convenção é uma carta de direitos mínimos, pois tem de abrigar ordenamentos jurídicos nacionais muito diversos entre si e tem de dar respostas para todos.

Os ordenamentos jurídicos nacionais abrangidos ainda estão longe de partilhar na prática os mesmos princípios e garantias penais. Sempre que é chamado a decidir quaisquer casos de violação da CEDH, o TEDH usa de alguma contenção, dado que tem de lidar, à vez, com os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. Não admira, pois, que as decisões e os remédios sejam minimalistas. Tal poderá ser dececionante para quem for

¹¹ O TEDH estabeleceu uma definição ampla de acusação criminal (*criminal charge*) e de ilícito criminal (*criminal offence*) para efeitos de aplicação das garantias da CEDH que abrange os processos administrativos sancionadores e todos os processos sancionadores de caráter público, já desde os casos *Engel and Others v. The Netherlands* (queixas n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72), de 8 de junho de 1976 (§ 81), e *Öztürk v. Germany* (queixa n.º 8544/79), de 21 de fevereiro de 1984 (§ 53).

atrás de soluções jurídicas vanguardistas na jurisprudência do TEDH, já que estaria a procurá-las no lugar errado. Paradoxalmente, a jurisprudência do TEDH ganha, afinal, uma importância acrescida por causa do seu caráter moderado. Podemos, assim, dar por adquirido que, onde o TEDH viu uma violação à CEDH, é difícil de dizer o contrário. Mas, onde o TEDH deixou passar uma eventual violação de direitos humanos, é sempre possível discordar. Neste caso, a fundamentação do acórdão em causa é tão importante como os votos dissidentes. Um voto dissidente de hoje pode ser a jurisprudência de amanhã, como todos sabemos desde que o Chief Justice Oliver Wendell Holmes Jr. ficou famoso como protagonista de votos dissidentes.

No tocante à violação do artigo 8.º da CEDH, a jurisprudência do TEDH, valendo-se de um raciocínio de ponderação de interesses (*balancing approach*), acaba não extraindo consequências dessa violação para o funcionamento do processo equitativo como um todo (*fair as a whole*), à luz do artigo 6.º da CEDH, desde que ao acusado, no caso concreto, tenham sido dadas oportunidades de contestar a prova em questão, tenham sido respeitados os seus outros direitos de defesa e não haja dúvidas sobre a fiabilidade da prova – o que é, genericamente, o caso para as provas obtidas em violação do artigo 8.º da CEDH. A jurisprudência do TEDH parece não fornecer quaisquer regras de exclusão da prova, as quais, enquanto critérios operativos a nível nacional, possam constituir remédios efetivos contra a utilização de provas obtidas em violação do artigo 8.º da CEDH. Mas, dizemos nós, a utilização de provas obtidas através da lesão do direito à privacidade não deveria ser indiferente para a noção do processo equitativo como um todo.

Pelo contrário, deveríamos esperar do TEDH que impusesse aos Estados, quando fosse o caso, remédios efetivos contra a violação da equidade processual (*fairness*), devolvendo assim o acusado à posição processual em que se encontraria se não fosse a lesão da sua privacidade. Muito embora a jurisdição do TEDH não funcione como última instância face aos ordenamentos jurídicos nacionais, aquele Tribunal até já tem decretado a *restitutio in integrum*, em conformidade com a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho Europa N.º R(2000)2, de 19 de janeiro, obrigando à reabertura do processo-crime no ordenamento de origem, sem que isso implique, naturalmente, que o acusado tenha de ser absolvido.

Vamos esperar que a evolução da jurisprudência do TEDH se dê no sentido de um estreitamento da conexão entre o direito substantivo à

privacidade e o direito processual ao processo equitativo, ambos direitos convencionais, ainda que o campo de aplicação do direito à privacidade e a sua violação ocorram muitas vezes fora do processo penal. Mas essa evolução é improvável enquanto o TEDH se mantiver apegado a um raciocínio de ponderação de interesses que contrapõe, fundamentalmente, o interesse do Estado na preservação de uma prova fiável aos olhos do juiz-julgador para poder produzir uma decisão robusta do ponto de vista factual e o interesse do acusado em defender-se, estando este último interesse assegurado, na perspetiva do TEDH, se o acusado tiver tido a oportunidade no processo penal para contestar essa prova.

9. A tutela da privacidade na UE e na jurisprudência do TJUE e (ex-)TJCE

O estado da arte na legislação da União Europeia (UE) é o seguinte: por um lado, estão previstas salvaguardas específicas para o acesso aos dados retidos pelos fornecedores de serviços telefónicos e de Internet (e entre essas salvaguardas, a avaliação prévia sobre a proporcionalidade do acesso por uma autoridade independente e imparcial desempenha um papel fundamental), enquanto, por outro lado, não são expressamente impostas quaisquer limitações às autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal no que diz respeito às pesquisas e apreensões de dados informáticos. Com efeito, a Diretiva 2002/58/CE¹² está atualmente em vigor e determina a competência da UE apenas no domínio da retenção de dados, deixando de lado o tema aqui considerado. Tal traduz-se numa falta de garantias substantivas e processuais para o suspeito ou arguido, uma vez que a questão nunca foi tratada pelo legislador da UE. Embora esta imagem seja claramente inconsistente com a jurisprudência relevante do TEDH, vale a pena recordar que a ausência de regras da UE neste domínio decorre da falta de consenso político numa área muito sensível do processo penal¹³.

10. Conclusões intermédias

A Quarta Emenda à Constituição dos EUA trata do respeito pela privacidade. O artigo 8.º da CEDH trata também do respeito pela privacidade.

¹² Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas).

¹³ LORENZO BERNARDINI e FRANCESCO SANVITALE, “Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings: A New Pattern For Independent Review?”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, 2023, (pp. 73-119), p. 110.

O respeito pela privacidade abrange a privacidade digital, no contexto da desmaterialização crescente dos registos e das comunicações das empresas e dos indivíduos.

Ao contrário da Quarta Emenda à Constituição dos EUA, o artigo 8.º da CEDH não exige causa provável, nem mandado judicial, mas exige, mais vagamente, que qualquer ingerência da autoridade pública na privacidade venha prevista na lei e constitua uma providência necessária numa sociedade democrática.

A jurisprudência do TEDH caracteriza-se por alguma ineficácia na criação de remédios para a violação da privacidade no processo penal, incluindo a privacidade digital, desde logo porque não comina a exclusão das evidências eletrónicas que extravasem do objeto da investigação criminal em curso.

O Direito da UE, por sua vez, é totalmente omissivo nesta matéria, dada a falta de consenso político numa área muito sensível do processo penal.

O conhecimento das leis, das diretrizes e do direito jurisprudencial norte-americano deveria representar um contributo valioso para o aprofundamento da jurisprudência de Estrasburgo, na sua dupla função decisória e nomofilática, assim como para o aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos nacionais europeus ao nível legislativo e ao nível jurisprudencial. A comparação com o direito norte-americano permite destacar que a devassa nas pesquisas e colheitas informáticas decorre sobremaneira da vastidão e da falta de precisão do acervo eletrónico recolhido, o que deveria implicar a nomeação de equipas *ad hoc* de analistas especializados (juristas, economistas e informáticos) cuja função se limitasse à triagem das evidências relevantes para o processo penal em curso, sinalizando os documentos eletrónicos cobertos por privilégios de sigilo profissional ou segredo de negócio e eliminando os documentos eletrónicos irrelevantes. A equipa *ad hoc* deveria ser afastada da prossecução da investigação criminal logo que terminasse a tarefa para que foi designada, dado que ficou contaminada pelo conhecimento de informação que, por definição, não poderia conhecer sob a autoridade dos mandados de busca e apreensão digital.

Não basta a nomeação *ad hoc* de uma equipa de investigação, à qual faltará sempre a suficiente imparcialidade para assegurar a proteção da privacidade digital dos visados ou de terceiras partes. A maneira mais eficaz de mitigar, na prática, a manipulação abusiva da doutrina da visibilidade imediata quando os investigadores tenham de analisar grandes

acervos de documentos eletrónicos é através da intervenção de um juiz especial (dependendo dos ordenamentos jurídicos que o prevejam, essa é função do juiz das garantias ou das liberdades)¹⁴. O juiz especial deve validar as evidências produzidas por computador e confirmar a respetiva correspondência com as autorizações e os mandados de busca e apreensão digital.

Mas não é essencial, do ponto de vista das garantias do processo penal, que a apreensão de documentos eletrónicos, incluindo *emails* ou outros registos de comunicações de natureza semelhante, seja autorizada previamente por um juiz especial, cuja intervenção nesta fase da investigação criminal tenderia a ser meramente formal e ineficaz para a tutela da privacidade digital dos visados ou de terceiras partes.

III. Os Poderes das Agências de Concorrência

1. A deteção e a repressão de cartéis no Direito federal e estadual norte-americano

Nos EUA, as principais leis relativas aos cartéis são as seguintes:

- A Secção 1 da Lei Sherman (*Sherman Antitrust Act* – Sherman Act), de 1890, que proíbe qualquer contrato, acordo ou outra combinação, ou conspiração, para restringir a concorrência ou o comércio entre os vários estados ou com nações estrangeiras (15 U.S.C. § 1);

- A Secção 5(a) da Lei da Comissão Federal do Comércio (*Federal Trade Commission Act* – FTC Act), de 1914, que proíbe métodos desleais de concorrência e atos ou práticas desleais ou enganosas (15 U.S.C. §§ 41–58).

A Lei Sherman pode ser aplicada criminal, administrativa ou civilmente pela Divisão de Concorrência (*Antitrust Division* – AT) do DOJ. A aplicação criminal é reservada para violações graves (*hard core*) da Secção 1: fixação de preços, fraude em licitações e esquemas de repartição de mercado entre concorrentes horizontais. O DOJ pode processar civilmente os casos menos graves.

A Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission* – FTC) não aplica a Lei Sherman, mas pode instaurar investigações administrativas ou civis (*administrative or civil investigations*) ao abrigo da Secção 5(a) da Lei FTC. Entretanto, o SCOTUS reconheceu que todas as violações da Lei Sherman também violam a Lei FTC, permitindo assim que a FTC persiga

¹⁴ Entre nós, é o juiz de instrução, que cumula a função de juiz das garantias com a função de juiz da fase de instrução com poderes autónomos de investigação e competência de pronúncia sobre o mérito da conclusão produzida na fase de inquérito em processo comum, o que não abona a favor da sua desejável imparcialidade.

através da Lei FTC o mesmo tipo de condutas que violam a Lei Sherman. A Lei FTC também abrange outras práticas que não preenchem todos os elementos previstos na Lei Sherman (por exemplo, propostas que não se concretizaram em colusão efetiva).

Os procuradores-gerais estaduais (*state attorneys general*) também podem aplicar a Lei Sherman em nome dos cidadãos de um estado ou do próprio estado. Para o efeito atuam geralmente em redes pluri-estaduais e coordenam-se com o DOJ e a FTC.

Todos os estados norte-americanos possuem leis de concorrência ou de concorrência desleal, que são interpretadas em conformidade com as leis federais. Os procuradores-gerais estaduais têm competência para a aplicação pública dessas leis (*public enforcement*). Os procuradores-gerais estaduais também podem perseguir criminalmente as infrações de concorrência previstas e punidas pela lei estadual, se for o caso (geralmente, casos de fraude em licitações ao nível estadual)¹⁵.

2. A interceção de comunicações

A Lei Ônibus relativa ao Controlo do Crime e às Ruas Seguras (*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*), de 1968, limita o poder do governo de interceptar comunicações presenciais, telefónicas e electrónicas. No contexto do controlo das práticas restritivas da concorrência, o governo só poderá interceptar comunicações no âmbito de investigações criminais de cartéis e mediante mandado judicial de busca e apreensão¹⁶.

3. O acesso a dados informáticos através de terceiras partes

O Título II da Lei de Privacidade das Comunicações Electrónicas (*Electronic Communications Privacy Act – ECPA*) regula o como e o quando qualquer agência de aplicação da lei dos EUA, incluindo a Divisão, poderá obter acesso, através dos fornecedores (*providers*), a comunicações electrónicas armazenadas, tais como *emails* ou registos telefónicos, durante uma investigação criminal. A ECPA foi projetada para fornecer às agências de aplicação da lei ferramentas para investigar eficazmente a prática de crimes, embora respeitando a privacidade das empresas e dos indivíduos e garantindo-lhes proteção contra buscas e apreensões injustificadas, um conceito consagrado na Quarta Emenda da Constituição dos EUA. Uma característica fundamental da

¹⁵ Online: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/usa> (consultado em 01.04.2024).

¹⁶ *Ibid*

ECPA é a distinção entre dados de conteúdo (*content data*) e outros registos ou informações relacionadas com a conta (*non-content data*), incluindo informações de identificação do cliente e registos de transações comerciais, que não são considerados dados de conteúdo. As informações definidas como dados de conteúdo estão sujeitas a um nível mais elevado de proteção de privacidade. Na maioria dos casos, os promotores de justiça terão de obter um mandado de busca e apreensão para qualquer informação de conteúdo, o que requer autorização judicial e demonstração da causa provável de que o conteúdo da comunicação visada contém evidências de um crime. A noção de dados de conteúdo inclui, por exemplo, o corpo de uma mensagem de *email* ou o texto de uma mensagem SMS. Em 2018, o Congresso dos EUA promulgou a Lei de Esclarecimento do Uso Legítimo de Dados Armazenados no Estrangeiro (*Clarifying Legal Overseas Use of Data – Cloud Act*), que alterou a ECPA para deixar claro que uma empresa sujeita à jurisdição dos EUA deve facultar quaisquer dados que controle. Por consequência, agora é indiscutível que os fornecedores de comunicações electrónicas sujeitos a ECPA são obrigados a produzir provas na sua posse, custódia ou controlo, independentemente de os dados estarem armazenados nos EUA ou no estrangeiro¹⁷.

4. A obtenção direta de dados informáticos

Uma ferramenta amplamente utilizada pelas agências de concorrência para detetar e processar cartéis é a inspeção não anunciada ou “incursão matutina” (*“dawn raid”*), realizada tanto em empresas como em domicílios de sócios, dirigentes ou trabalhadores¹⁸. A versão da incursão matutina que é praticada pela AT consiste na execução de uma busca e apreensão em conformidade com um mandado judicial. A Regra 41 do Regulamento Federal de Processo Penal determina o procedimento de promoção e execução de um mandado de busca e apreensão, o qual deverá ser emitido por um agente de justiça imparcial, geralmente um juiz federal, mediante a demonstração de que há motivos sérios para acreditar que foi cometido um crime e que as evidências do mesmo provavelmente serão encontradas no local concretamente especificado no mandado.

Para os promotores da AT importa garantir que as buscas e apreensões são conduzidas de acordo com a lei e respeitando as garantias proporcionadas pela Quarta Emenda da Constituição dos EUA para evitar a potencial exclusão

¹⁷ Online: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2020\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2020)14/en/pdf) (consultado em 01.04.2024).

¹⁸ A designação inglesa dessas operações é expressiva, pois alude à circunstância de começarem sempre de madrugada (*at dawn*).

das provas pelo tribunal durante o eventual julgamento. A AT trabalha em estreita colaboração com os parceiros federais de aplicação da lei, tanto na promoção como na execução dos mandados de busca e apreensão.

As buscas promovem o medo de deteção que é essencial à desestabilização dos cartéis e incentiva a autodenúncia com vista à participação em programas de clemência (*leniency programs*). O Manual da AT (*Division Manual*) menciona a importância das buscas para a obtenção de evidências de cartéis graves (*hardcore*).

A realização de uma busca numa empresa ou local privado poderá implicar a apreensão de documentos digitais que estejam armazenados em terminais, servidores e *smartphones*. Tais equipamentos poderão conter provas de colusão entre empresas, mas também informações não relacionadas com a investigação em curso. Em princípio, é impraticável analisar durante a operação de busca no local os ficheiros eletrónicos um por um para determinar quais são os documentos realmente relevantes. Quando tal revisão for impraticável, a Regra 41(e)(2)(B) estabelece um procedimento em duas etapas para a apreensão de evidências eletrónicas. Os meios eletrónicos são apreendidos ou copiados no local (*on-site*) durante a execução do mandado de busca e analisados posteriormente para determinar os conteúdos que se enquadram no escopo do mandado.

A proteção do sigilo entre advogado-e-cliente (*attorney-client privilege*) significa que, se houver motivos para crer que os materiais apreendidos incluem documentos privilegiados, a AT tomará medidas para retirar esses documentos antes de a equipa de investigação poder analisá-los. Tal poderá ser feito de várias maneiras: (i) a AT poderá realizar a sua própria análise utilizando uma equipa independente, ou seja, uma equipa de triagem, que separará quaisquer materiais potencialmente privilegiados e, em seguida, fornecerá à equipa da investigação acesso aos materiais restantes; (ii) alternativamente, a análise de materiais privilegiados poderá ser feita pelo advogado da empresa ou do indivíduo visado, após a apreensão e antes que a equipa de investigação analise os materiais apreendidos, devendo a equipa de investigação analisar apenas os materiais considerados não privilegiados pelo advogado da empresa ou do indivíduo visado.

Muitos ordenamentos de direito legislado que não reconhecem o sigilo entre advogado-e-cliente editaram regras legais de confidencialidade que obrigam os advogados a não divulgar informações confidenciais que o cliente lhes tenha fornecido. Mas tal geralmente só se aplica ao advogado, não ao cliente, e pode incluir apenas advogados externos. Como resultado,

uma busca aos escritórios do cliente, ou um pedido de documento dirigido ao cliente, mas não ao advogado, pode não proporcionar qualquer proteção às informações confidenciais de um cliente. E embora esta abordagem fosse viável numa época em que os clientes visitavam os escritórios dos seus advogados para obter aconselhamento e trocar informações, num mundo de comunicação digital e negócios globais esta é uma lacuna fundamental nas proteções de segredos. A AT apoia o trabalho em prol de práticas comuns relativamente ao sigilo entre advogado-e-cliente para promover os padrões básicos do devido processo.

5. A deteção e a repressão de cartéis no Direito da UE

O TEDH e o TJUE têm vindo a contribuir decisivamente para a definição dos poderes de investigação da Comissão Europeia (Comissão) e das Autoridades Nacionais de Concorrência (ANC).

A Comissão e as ANC realizam frequentemente incursões matutinas nas empresas. Mas qual é, exatamente, a natureza jurídica dessas operações? São buscas judicialmente autorizadas? São inspeções administrativas anunciadas? São inspeções administrativas de surpresa?

6. A jurisprudência do TEDH

Já existe um razoável acervo de jurisprudência do TEDH sobre buscas e inspeções das ANC: *Société Colas Est v. France* (2002), *Société Canal Plus v. France* (2010), *Compagnie des Gas de Pétrole Primagaz v. France* (2010), *Société Métallurgique Liotard Frères v. France* (2011), entre outros.

Importa considerar especialmente o caso *Delta Pekárny A.S. v. Czech Republic* (2014). A Delta Pekárny apresentara uma queixa junto do TEDH, alegando que a incursão matutina efetuada pela ANC checa nas suas instalações sem mandado violara o seu direito ao respeito da privacidade, domicílio e correspondência, tal como disposto no artigo 8.º, n.º 1, da CEDH. Numa decisão muito disputada (4 contra 3), o TEDH condenou a República Checa por violação do artigo 8.º, n.º 1, da CEDH. Segundo o TEDH, a tutela conferida pelo artigo 8.º, n.º 1, da CEDH à privacidade, ao domicílio e à correspondência também abrange as pessoas coletivas, ainda que fique aquém da proteção concedida às pessoas singulares¹⁹.

Em 19.11.2003, a ANC checa, no âmbito de um processo administrativo sancionatório contra a Delta Pekárny, fundado em suspeitas razoáveis de

¹⁹ Entre nós, as sedes e instalações das pessoas coletivas não têm sido enquadradas pela jurisprudência no conceito de domicílio.

cartelização, realizara uma incursão matutina de surpresa nas instalações dessa empresa. Embora os inspetores da ANC quisessem copiar *emails* dos trabalhadores da Delta Pelkárny, estes avisaram-nos que alguns desses *emails* não tinham nenhuma relação com a investigação em curso e que outros eram sigilosos (*i.e.*, segredos de advogado e segredos de negócio) ou privados (*i.e.*, mensagens pessoais). Assim, os trabalhadores não permitiram o acesso aos respetivos *emails*. A ANC condenou a Delta Pelkárny por obstrução ao exercício dos poderes de inspeção, aplicando-lhe uma sanção pecuniária de CZK 300,000 (EUR 11,500). No processo administrativo sancionatório principal, a ANC acabaria, mais tarde, condenando a Delta Pelkárny por prática de cartel, aplicando-lhe uma sanção pecuniária de CZK 2.129,000. A Delta Pelkárny interpôs recurso junto do Tribunal Administrativo Regional de Brno, o qual anulou a decisão da ANC por insuficiência da matéria de facto. A ANC repetiria a decisão de condenação, especificando agora que se deveria presumir que os documentos encontrados numa empresa são de natureza comercial, e não de outra natureza. A Delta Pelkárny recorreu também desta decisão, invocando a jurisprudência do TEDH, em especial o caso *Société Colas Est v. France* (2002). A Delta Pelkárny alegou que a base jurídica da inspeção de surpresa, nomeadamente o artigo 21.º, n.º 4, da Lei da Concorrência checa, não respeitava os requisitos estabelecidos na CEDH. A Delta Pelkárny argumentou que essa ação de inspeção carecia de prévia autorização judicial. O Tribunal Administrativo Regional de Brno negou provimento ao recurso, em 27.09.2007, afirmando que o procedimento da ANC era similar ao da Comissão Europeia, o que, neste último caso, já fora aceite pelo TJUE, no caso *Hoechst v. Commission* (1989). A Delta Pelkárny interpôs subsequentemente recurso perante o Supremo Tribunal Administrativo checo, novamente citando o caso *Société Colas Est*. Ademais contestou a aplicação da jurisprudência *Hoechst* à sua própria situação, uma vez que a entrada da República Checa na União Europeia ocorrera em 2004. O recurso foi rejeitado em 29.05.2009. A Delta interpôs ainda recurso de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional checo, alegando que a inspeção carecia de prévia autorização judicial. O recurso de constitucionalidade foi rejeitado em 26.08.2010. Paralelamente, a Delta arguiu a nulidade da inspeção por via de recurso no processo principal. O Tribunal Administrativo Regional de Brno confirmou, porém, a legalidade do procedimento inspetivo. A Delta seria depois absolvida da prática da infração de cartel pelo Supremo Tribunal Administrativo checo.

A queixa da Delta junto do TEDH começou a ser apreciada em dezembro de 2010. O TEDH reconheceu que a inspeção fora levada a cabo nos termos da Lei da Concorrência checa. Mas cuidou ainda de apreciar se era uma restrição à privacidade necessária numa sociedade democrática. Em casos anteriores, o TEDH analisara diligências previamente autorizadas por juiz e com mandados devidamente fundamentados. No entendimento do TEDH, a falta de autorização judicial prévia teria de ser contrabalançada por um controlo judicial efetivo *ex post facto*. No caso vertente, os tribunais checos não escrutinaram os factos que justificaram a inspeção, pelo que a decisão quanto à sua oportunidade, duração e amplitude nunca foi objeto de controlo jurisdicional. O TEDH notou que a inspeção tinha sido ordenada por um Diretor da ANC checa, logo no primeiro dia de abertura do processo administrativo sancionatório, baseada em meras suspeitas de práticas restritivas da concorrência. A notificação da Delta acerca da existência do processo administrativo sancionatório foi feita antes da inspeção, mas era vaga. Incluía a autorização para a inspeção e as credenciais dos inspetores. Em suma, o TEDH concluiu que a inspeção realizada pela ANC checa violava o artigo 8.º, n.º 1, CEDH porque faltava a prévia autorização judicial, faltava o controlo jurisdicional *a posteriori* e faltava a garantia de destruição das cópias dos documentos apreendidos desnecessários.

Em suma, o TEDH exige um conjunto de garantias em tema de buscas e inspeções que importa reter:

- I. A exigência de fundadas suspeitas que justifiquem a busca ou inspeção;
- II. A existência de mandado ou, pelo menos, a possibilidade de controlo jurisdicional efetivo *ex post facto*;
- III. A delimitação precisa do objeto da diligência;
- IV. A presença dos ocupantes das instalações durante as diligências;
- V. O levantamento de auto no final da diligência, elencando os documentos apreendidos;
- VI. A colocação num envelope selado dos documentos controvertidos (*e.g.*, documentos protegidos pelo sigilo entre advogado-e-cliente);
- VII. A presença de um representante da Ordem, no caso de busca em escritório de advogados²⁰.

²⁰ Para desenvolvimentos, cf. HELENA GASPAS MARTINHO, “Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa”, *C&R*, 17 (jan./mar. 2014), (pp. 279-304) p. 295. Também, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, “Poderes de busca e inspeção: O caso especial dos *dawn raids*”, in: Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), *Estudos sobre a Actividade Inspectiva*, Lisboa: AAFDL, 2018, (pp. 151-165) pp. 153-156.

7. O Regulamento n.º 1/2003 e a jurisprudência do TJUE e (ex-) TJCE

Nos termos 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 (atuais artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE), a Comissão Europeia pode realizar inspeções nas instalações das empresas sem mandado judicial, ou sequer judiciário (*i.e.*, não judicial), estando as empresas e associações de empresas obrigadas a sujeitar-se a tais diligências, desde que ordenadas através de decisão da Comissão (artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003). Poderá, porém, ser solicitado um mandado às autoridades judiciárias nacionais competentes, de acordo com o ordenamento jurídico do local da inspeção, se tal for necessário para vencer a eventual oposição da empresa em causa, inclusive com recurso à força pública (artigo 20.º, n.ºs 6 e 7, do Regulamento n.º 1/2003), o que tem vindo a ser feito pela Comissão, a título preventivo (as mais das vezes, as empresas acabam dando o seu acordo à realização da inspeção). Neste contexto, a autoridade judiciária nacional controla a autenticidade da decisão da Comissão, bem como o carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas relativamente ao objeto da inspeção, mas o controlo de legalidade da decisão da Comissão está reservado ao Tribunal de Justiça (artigo 20.º, n.º 8, do Regulamento n.º 1/2003).

No caso das buscas ao domicílio dos administradores, diretores e outros trabalhadores das empresas ou associações de empresas em causa, a decisão da Comissão que ordena as buscas não poderá ser executada sem mandado da autoridade judiciária nacional competente do Estado-Membro em causa (artigo 21.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003).

Apenas 14 Estados-Membros da União Europeia (UE) exigem mandado das autoridades judiciárias para serem realizadas buscas ou inspeções no âmbito de investigações por práticas restritivas da concorrência²¹.

O Acórdão do Tribunal Geral (TG), de 6 de setembro de 2013, *Deutsche Bahn AG e outros v Comissão Europeia*, processos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11, pronunciou-se sobre as garantias de defesa que devem nortear as inspeções realizadas pela Comissão, inspirando-se expressamente na jurisprudência do TEDH.

²¹ Cf. ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process, 2012. Online: http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf (consultado em 29.07.2018).

Em poucas palavras, o caso versava sobre uma inspeção realizada sem autorização judicial, ou sequer judiciária, durante a qual a Comissão encontrara documentos relacionados com outra infração para a qual até já tinha sido anteriormente alertada por via de uma denúncia, tendo os inspetores sido informados também sobre o conteúdo desta denúncia, mas somente para conhecimento do historial da empresa visada. Dado que os documentos fortuitamente descobertos extravasavam o objeto da decisão da Comissão que ordenara a inspeção, a mesma adotou uma segunda decisão de inspeção em tempo real.

Essas duas decisões, assim como uma terceira decisão de inspeção, foram alvo de recurso para o TG. O acórdão do TG confirmou que a Comissão detém ampla margem de manobra em matéria de inspeções, não carecendo de obter autorização judicial, ou sequer judiciária, antes de uma operação intrusiva e que os documentos casualmente descobertos que indiciem a prática de uma infração separada podem ser usados como prova dessa violação, desde que respeitados os devidos requisitos processuais. Não obstante, os amplos poderes da Comissão devem ser utilizados com parcimónia e a sua utilização abusiva deve poder ser sujeita a fiscalização jurisdicional efetiva. Neste caso, a fiscalização *ex post* por parte dos Tribunais da UE já oferece um nível adequado de proteção dos direitos fundamentais.

O TG verificou se o regime instituído pelo Regulamento n.º 1/2003 e a forma como foi aplicado no caso concreto expressavam garantias de defesa adequadas e suficientes para as empresas, assim delimitando rigorosamente os poderes da Comissão.

Em particular, o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe:

“As empresas e as associações de empresas são obrigadas a sujeitar-se às inspeções que a Comissão tenha ordenado mediante decisão. A decisão deve indicar o objeto e a finalidade da inspeção, fixar a data em que esta tem início e indicar as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º, bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça. A Comissão toma essas decisões após consultar a autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efetuar a inspeção”.

O TG salientou a existência de seis espécies de garantias de defesa:

a) A necessidade de fundamentação das decisões de inspeção:

“Com vista a garantir à empresa a possibilidade de fazer uso do seu direito de oposição, a decisão de inspeção, além dos elementos formais enumerados no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, deve conter

uma descrição das características essenciais da infração objeto de suspeita, mediante a indicação do mercado presumido em causa e da natureza das restrições de concorrência objeto de suspeita, bem como os setores abrangidos pela pretensa infração a que diz respeito o inquérito, explicações sobre a forma como a empresa visada pela inspeção está supostamente implicada nessa infração, da matéria investigada e dos elementos sobre os quais a verificação deve incidir” (§ 77);

b) Os limites impostos à realização da inspeção:

Os documentos de natureza não profissional ficam excluídos da investigação. As empresas-alvo de uma inspeção gozam dos direitos a assistência jurídica e à proteção do sigilo da correspondência entre advogados e clientes (embora este último direito não se aplique à correspondência com os advogados internos). O dever de cooperação não implica que as empresas tenham de fornecer respostas através das quais sejam levadas a confessar a prática da infração, cuja prova cabe à Comissão. Devem ser notificadas às empresas as decisões de inspeção acompanhadas de notas explicativas, expondo assim o procedimento que a Comissão se autodetermina a respeitar na realização da diligência em causa (§§ 79 a 84);

c) A proibição de uso da força (§§ 85 a 90);

d) A intervenção das instâncias formais de controlo nacionais:

“No tocante às garantias proporcionadas pelo processo de oposição previsto no artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, há que constatar que a Comissão se encontra na obrigação de recorrer à assistência das autoridades nacionais do Estado em cujo território a inspeção deve ser efetuada. Este processo desencadeia a execução dos mecanismos de fiscalização, eventualmente judicial, próprios ao Estado-Membro em causa” (§ 91).

e) O direito de recurso *a posteriori* (§§ 95 a 99), que permita uma fiscalização tanto de direito como de facto (§§ 103 a 114);

f) A eventual anulação da decisão de inspeção acarreta a proibição de utilização das provas e informações obtidas durante as diligências controvertidas (§ 113).

Foi interposto recurso desta decisão junto do Tribunal de Justiça (TJ), processo C-583/13 P. A decisão do TJ, de 18 junho de 2015, constitui um marco importante nesta matéria.

Sobre a necessidade de autorização judicial, o TJ buscou arrimo na jurisprudência do TEDH relativa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, referindo expressamente que: (i) a falta de prévia autorização judicial pode ser contrabalançada por uma revisão pós-inspeção que abranja

tanto as questões de facto como de direito; (ii) a legitimidade dos poderes inspetivos da Comissão é assegurada pelo facto incontestável de os Tribunais da UE realizarem uma revisão aprofundada de facto e de direito, o que é reconhecido até pela jurisprudência do TEDH; (iii) a necessidade de prévia autorização judicial apenas se verifica quando, nos termos do artigo 20.º, n.ºs 6 e 7, do Regulamento n.º 1/2003, a empresa se opuser à inspeção, o que não aconteceu no caso em apreço.

O TJ explicou ainda por que razão este sistema é também compatível com o direito fundamental à fiscalização jurisdicional efetiva, improcedendo assim o segundo fundamento do recurso da empresa visada, ora recorrente.

Sobre as descobertas fortuitas “não totalmente surpreendentes”, a questão perante o TJ centrou-se em saber se a Comissão tinha tido razões válidas para informar os seus funcionários sobre a existência de suspeitas relativas à segunda infração independente, mas anterior à inspeção, o que fora contestado pela recorrente. Não era de presumir que o TJ conhecesse desta questão, que – como argumentado pela Comissão – poderia ser definida mais como uma questão de facto do que de direito, sendo certo que as questões de facto não podem ser objeto de revisão pelo TJ. No entanto, o TJ realçou que a Deutsche Bahn (DB) argumentara que o TG cometera um erro de direito ao considerar que a Comissão tinha razões válidas para informar os seus funcionários sobre a existência de suspeitas relativas à segunda infração independente (§ 54). O TJ não chega a explicar por que razão a alegação era realmente jurídica e não factual, mas aceitou imediatamente a admissibilidade do fundamento alegado, talvez para não ter de lidar com previsíveis críticas nos círculos de especialistas de concorrência.

Quanto ao mérito, o TJ rememorou a jurisprudência relevante nessa matéria e sublinhou que a Comissão só pode pesquisar documentos que se enquadrem no âmbito do objeto da inspeção, tal como definido na própria decisão de inspeção (§ 60), alertando que a Comissão poderá iniciar novas investigações se deparar com novas provas genuinamente fortuitas (§ 59), tendo concluído – tal como o Advogado-Geral (AG) Nils Wahl – que, embora os inspetores necessitem de receber informações básicas sobre cada caso em apreço, “toda essa informação deve, no entanto, referir-se exclusivamente ao objeto da inspeção ordenada pela decisão” (§ 62). Em conformidade, o TJ concluiu que a primeira inspeção padecia de invalidade, “uma vez que os agentes da Comissão, estando anteriormente na posse de informação alheia ao objeto daquela inspeção, procederam à apreensão de documentos que não se enquadram no âmbito da inspeção, tal como circunscrito pela primeira

decisão” (§ 66). O TJ decidiu, portanto, proferir o acórdão final nos termos do artigo 61.º do Estatuto do Tribunal e anulou a segunda e terceiras decisões de inspeção, em vez de reenviar o processo para o TG.

8. Conclusões intermédias

A referida decisão do TJ, de 18 junho de 2015, baseia-se na jurisprudência do TEDH, que é abundantemente citada, bem como na opinião do AG Wahl, que também é repetidamente citada. Já não constitui surpresa para ninguém que as normas processuais do Direito da Concorrência da UE tenham vindo a convergir com o princípio do processo equitativo e outros princípios convencionais, tal como interpretados pelo TEDH, cuja grande influência no Luxemburgo se tornou cada vez mais visível, já mesmo antes da adesão da UE à CEDH.

A dispensa de autorização prévia (judicial ou judiciária) para a realização de operações intrusivas de surpresa por parte da Comissão nas sedes e outras instalações das empresas é legítima porque a revisão judicial *ex post* das decisões da Comissão está disponível para todas as empresas visadas. Na medida em que o TJ assume que a revisão judicial se estende tanto a questões de facto como de direito, o que inclui o poder de avaliar provas e anular decisões, o controlo judicial acaba por ser suficientemente intenso. Mas é preciso confiar que a jurisprudência do TJ se venha a tornar cada vez mais concreta e esclarecida do ponto de vista dos direitos e garantias processuais das empresas visadas.

A pesquisa e a apreensão de mensagens de correio eletrónico durante uma operação intrusiva de surpresa por parte da Comissão também não carece de autorização prévia (judicial ou judiciária), pois essas mensagens são consideradas como documentos eletrónicos iguais a quaisquer outros, a menos que sejam documentos de natureza não profissional (*i.e.*, pessoal), caso em que não podem ser apreendidos, nem usados com prova contra as empresas visadas em processos por práticas restritivas da concorrência.

A Comissão poderá solicitar um mandado às autoridades judiciárias nacionais competentes, de acordo com o ordenamento jurídico do local da inspeção, se tal for necessário para vencer a eventual oposição das empresas em causa.

No caso concreto, a decisão do TJ merece aplauso, mas a situação apreciada era anómala e não se percebe a razão por que a Comissão, gozando de tão amplos poderes – que os Tribunais da UE normalmente amparam –, sentiu necessidade de se envolver em práticas de inspeção menos consistentes, quando poderia, sem problemas, ter adotado uma única decisão de inspeção

para as duas suspeitas de infração independentes ou então duas decisões de inspeção simultâneas. A especificidade do caso torna-o uma lição para a futura prática decisória da Comissão, mas também torna o interesse do caso neste aspeto residual e, porventura, irrepitível.

IV. As Inspeções e as Buscas da Autoridade da Concorrência Portuguesa

Os procedimentos para a aplicação das regras de concorrência da UE pelas ANC são regidos, em larga escala, pela legislação nacional, sujeita aos princípios gerais do Direito da UE, em especial os princípios de eficácia e equivalência. Isto significa que as ANC aplicam as regras de concorrência da UE com base em diferentes procedimentos²².

Em Portugal, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio²³, que contém o atual regime jurídico da concorrência, distingue as inspeções e auditorias (artigo 63.º) das buscas (artigos 18.º e 19.º).

1. As inspeções

A previsão dos estudos, inquéritos, inspeções ou auditorias já constava dos anteriores Estatutos da Autoridade da Concorrência (AdC). À parte essa previsão, cabe ainda referir uma norma geral, muito vaga e remissiva para o Código do Procedimento Administrativo (CPA), sobre poderes de supervisão, no artigo 20.º da velha Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

O atual NRJC dedica agora um capítulo inteiro à matéria dos estudos, inspeções e auditorias. Nesse capítulo, o artigo 63.º, n.º 4, prevê a emissão de recomendações de caráter comportamental ou estrutural se, em resultado de inspeções ou auditorias, a AdC detetar situações que afetam a concorrência nos mercados em causa.

Não diz, porém, se é possível o aproveitamento dos elementos recolhidos em inspeções e auditorias para efeitos de processos sancionatórios, caso surjam indícios de alguma infração às normas de concorrência neste contexto. O artigo 31.º, n.º 5, do NRJC autoriza agora expressamente o aproveitamento como meio de prova num processo sancionatório da informação e documentação obtida no âmbito da supervisão.

²² Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *O Sancionamento das Práticas Restritivas da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 55. Para desenvolvimentos, veja-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 9 de julho de 2014, sobre os Dez anos de aplicação da legislação antitruste ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003: Progressos alcançados e perspetivas {SWD(2014) 230 final} e {SWD(2014) 231 final}. Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0453> (consultado em 08/10/2024).

²³ 4.ª versão – a mais recente (Lei n.º 17/2022, de 17/08).

As diligências de supervisão e, em especial, as inspeções e auditorias são atos administrativos de conteúdo verificativo, no âmbito de uma relação institucional em que o dever de colaboração do inspecionado ou auditado tem como contrapartida a comunicação prévia por parte da AdC do como e quando serão realizadas as diligências, de maneira a assegurar o máximo resultado das mesmas. Tais diligências não visam a descoberta de ilícitos, sob pena de se transformarem em buscas encapotadas (em manifesta fraude à lei), mas o controlo ou fiscalização do cumprimento da lei. É natural, portanto, que, em caso de descoberta de irregularidades ou indícios de infrações, a AdC deva emitir preferencialmente recomendações para adoção de medidas de correção, códigos de conduta e criação ou aperfeiçoamento de sistemas de cumprimento normativo (*compliance*) nas empresas. Pode até, neste contexto e ao abrigo do princípio da oportunidade (prioridades) consagrado no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC decidir não abrir inquérito em processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

Não pode, porém, a AdC ignorar a descoberta desses indícios. Por conseguinte, os mesmos servem de notícia da infração e, por força do artigo 31.º, n.º 5, do NRJC, também como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar.

Neste tocante, o NRJC não pode ser mais restritivo do que a Lei n.º 18/2003, que não continha limitações nesta matéria. De resto, a jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa (TCL) já se vinha pronunciando no sentido de um aproveitamento como prova em processos sancionatórios dos elementos recolhidos na supervisão. Veja-se a Sentença do TCL, de 8 de maio de 2007, no chamado caso das Moageiras²⁴, decidindo um recurso de decisões da AdC que aplicaram coimas às empresas por não terem prestado a informação e os elementos por esta solicitados: “Dentro da AdC e independentemente da natureza dos procedimentos a informação deve circular. O que para uns é informação, para outros podem ser meios de prova incriminatórios”²⁵.

Esta orientação também foi confirmada pelo TC, que, em acórdão de 11 de outubro de 2011, referente a um processo de contraordenação com

²⁴ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 8 de maio de 2007, proc. n.º 205/06.OTYLSB, p. 72.

²⁵ A Lei n.º 18/2003 não continha qualquer norma relativa ao aproveitamento dos elementos recolhidos no âmbito da supervisão para efeitos de processos sancionatórios. O artigo 17.º da Lei n.º 18/2003 tinha por epígrafe “Poderes de inquérito e inspeção” e no corpo do n.º 1 abrangia “poderes sancionatórios e de supervisão”, sem fazer outras distinções. Ainda que se possa apontar a falta de clareza desta disposição, a mesma legitimava, porém, a interpretação de que a AdC gozava dos mesmos poderes em sede de supervisão e em sede contraordenacional, não havendo limitações à passagem de informação de uma para outra sede.

origem na AdC, expressamente considerou que «[...] nenhuma dúvida haverá quanto à possibilidade de utilização de elementos coligidos pela Autoridade da Concorrência, no âmbito dos poderes de supervisão, em ulterior procedimento contraordenacional»²⁶.

Não podemos deixar passar a oportunidade de tecer uma nota crítica em relação à Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto)²⁷. Não se percebe a necessidade de uma disposição avulsa sobre poderes em matéria de inspeção e auditoria, nem, sobretudo, o regime instituído, o qual permite a realização de inspeções e auditorias sem pré-aviso aos inspecionados e, aparentemente, o uso da força (artigo 42.º da Lei-Quadro). Trata-se, a nosso ver, de uma norma que confunde poderes de inspeção e poderes de busca, o que mostra o quanto ainda há para esclarecer entre nós nesta matéria. Felizmente, é norma que não interfere com os poderes da AdC, na medida em que a própria Lei-Quadro exceciona o NRJC na parte em que contenha normas especiais, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da Lei-Quadro.

O NRJC estabelece uma separação entre as funções de supervisão e de sancionamento, mas, como vimos, consagra vasos comunicantes entre ambas, no quadro de um princípio de lealdade na relação da AdC com as empresas e as pessoas afetadas por quaisquer diligências.

2. As buscas

As buscas ocorrem no âmbito de processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência. A busca é um meio de obtenção de prova que implica a entrada em locais vedados ao público, tais como as sedes e demais instalações e terrenos de empresas e associações de empresas, e, eventualmente, a restrição ao próprio direito fundamental de inviolabilidade de domicílio (artigo 24.º, n.º 1, da CRP). Como tal, estamos perante um meio de obtenção de prova relativamente proibido (artigo 34.º, n.º 2, da CRP).

Apenas são permitidas se houver previsão legal, o que é o caso, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, do NRJC. Note-se que o artigo 19.º acrescenta ainda a permissão de buscas ao domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações

²⁶ Acórdão do TC n.º 461/2011, exarado no processo n.º 366/11, em recurso interposto por Abbott – Laboratórios, Lda., publicado in: *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 243, 21 de dezembro 2011.

²⁷ 4.ª versão – a mais recente (Lei n.º 75-B/2020, de 31/12).

de empresas. Acresce que a busca depende de autorização da autoridade judiciária competente, devendo ter-se em especial atenção o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo. Isto é, a ideia de que nenhum direito poderá ser restringido sem que esteja em causa assegurar um direito ou interesse de valor superior. É preciso, pois, atender à necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da diligência, no caso concreto. Por sua própria natureza de meio de obtenção de prova, é diligência realizada sem pré-aviso e pode implicar o uso da força, se tal estiver contemplado no despacho que a autoriza, sendo, de resto, por isso mesmo que a lei prevê a possibilidade de a AdC recorrer à colaboração de entidades policiais, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, alínea g), do NRJC.

3. Conclusões intermédias

O NRJC veio clarificar a distinção entre poderes de busca e de inspeção, a saber:

- Separa os procedimentos de inspeção e auditoria dos procedimentos sancionatórios;
- Mas não estabelece barreiras entre ambos os domínios;
- Admite o aproveitamento da informação e da documentação obtida no âmbito dos procedimentos de inspeção e auditoria não apenas como notícia da infração, mas até como meio de prova em processo sancionatório em curso ou a instaurar;
- Favorece a obtenção de informação e de documentação por parte da AdC junto das empresas através da consagração de deveres de colaboração, estabelecidos sob cominação de coimas para a desobediência;
- Não concede imunidades às empresas ao abrigo do cumprimento desse dever de colaboração;
- Mas impõe à AdC um dever de lealdade em relação às empresas, na medida em que o aproveitamento probatório da informação e da documentação assim obtida depende de prévio esclarecimento da possibilidade dessa utilização;
- No âmbito das ações inspetivas e auditorias a realizar pela AdC impõe-se que seja dada a informação necessária sobre o caráter da diligência (que não se confunde com uma busca no quadro de um processo sancionatório), mediante notificação prévia da sua realização;
- Não obstante o dever de colaboração, todas as pessoas notificadas pela AdC gozam da prerrogativa de não autoinculpação, no sentido de não serem obrigadas a confessar a prática de quaisquer ilícitos (ou seja, de não

terem de prestar declarações que por si só e independentemente de outros meios de prova e valorações sejam equivalentes à admissão da prática de uma infração), mas apenas de deverem fornecer as informações estritamente factuais que lhes forem pedidas e os documentos preexistentes referenciados pela AdC (jurisprudência Orkem);

- E têm garantida a possibilidade de revisão das decisões da AdC por via de recurso judicial de jurisdição plena.

O NRJC estabelece, pois, uma separação entre as funções de supervisão e sancionatórias, mas consagra vasos comunicantes entre ambas, no quadro de um princípio de lealdade na relação da AdC com as empresas e as pessoas afetadas por quaisquer diligências.

O sistema de separação relativa entre as funções puramente supervisoras e as funções repressivas pode ser sintetizado da seguinte forma: a AdC pode executar de modo próprio e sem qualquer autorização externa todas as funções de pura supervisão (por exemplo, inspeções e auditorias), mas, ainda que possa também realizar autonomamente algumas das diligências de investigação das práticas restritivas da concorrência (por exemplo, solicitação de informações e inquirições), a AdC depende de autorização externa para aquelas diligências de investigação que são mais invasivas, precisamente por serem lesivas da privacidade das empresas e dos respetivos dirigentes e demais colaboradores (por exemplo, buscas a instalações, terrenos, meios de transporte, dispositivos ou equipamentos de empresas, buscas domiciliárias, buscas em escritórios de advogados, consultórios médicos ou escritórios de revisores oficiais de contas, apreensões, incluindo em bancos ou outras instituições de crédito de documentos abrangidos por sigilo bancário).

A autorização externa para as diligências invasivas, quando necessária, será, em algumas situações, da competência do MP e, noutras situações, do Juiz de Instrução (JI). A promoção junto do MP é necessária, designadamente, quanto à busca, exame, recolha e apreensão de documentos nas instalações e outros locais relativos às empresas visadas (artigo 18.º, n.º 1, alíneas a) a d), do NRJC). A promoção junto do JI é necessária, designadamente, quanto à busca domiciliária (artigo 19.º do NRJC). Tratando-se de busca em escritório de advogado, em consultório médico ou em escritório de revisor oficial de contas, esta é realizada, sob pena de nulidade, na presença do JI, o qual avisa previamente o presidente do conselho regional ou, na sua falta, do conselho geral, da Ordem dos Advogados, da Ordem dos Médicos ou da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, respetivamente, para que o mesmo ou um representante seu possa estar presente (artigo 19.º, n.º

7, do NRJC). A apreensão em bancos ou outras instituições de crédito de documentos abrangidos por sigilo bancário é efetuada pelo JI, quando tiver fundadas razões para crer que eles estão relacionados com uma infração e se revelam de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao visado (artigo 20.º, n.º 6, do NRJC). Por conseguinte, o JI autoriza, preside ou realiza diretamente as diligências, consoante os casos.

A razão para o NRJC ostentar um sistema de divisão de competências decorre da sintonia com o regime das buscas previsto no CPP (artigos 174.º, n.º 3, 177.º, n.º 1, 268.º, n.º 1, alínea c), 269.º, n.º 1, alínea c), do CPP), dada a relação estreita com o CPP (artigo 59.º, n.º 2, do NRJC), ainda que intermediada pelo artigo 41.º, n.º 1, do RGCO. Não sendo um caso de aplicação subsidiária do CPP porque o NRJC contém uma previsão própria do regime das buscas, a sintonia de regimes não é indesejável numa matéria que pode afetar direitos, liberdades e garantias dos visados. Mas é uma questão que fica na memória para analisar *infra*, nas conclusões gerais.

V. A Apreensão de Mensagens de Correio Eletrónico

A questão da apreensão de mensagens de correio eletrónico no decurso de pesquisas informáticas era um irritante (*vexata quaestio*) do processo penal doméstico, até que ficou relativamente pacificada na doutrina e na jurisprudência após a publicação da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro²⁸. O regime previsto na LC, apesar das suas múltiplas imperfeições de que não cabe aqui tratar, ainda assim permitiu ultrapassar muitas das dúvidas práticas nesta matéria²⁹.

As mesmas dúvidas práticas renasceram, porém, com acrescida intensidade no domínio da apreensão de correio eletrónico no decurso de buscas realizadas pela AdC em processos de contraordenação relativos a práticas restritivas da concorrência.

1. A apreensão de mensagens de correio eletrónico à luz do NRJC

O NRJC não exhibe quaisquer semelhanças com a LC, embora o legislador pudesse ter seguido essa via. É manifesto que não o fez. O legislador deixou a questão da apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de

²⁸ 2.ª versão – a mais recente (Lei n.º 79/2021, de 24/11).

²⁹ Para desenvolvimentos, cf. RICARDO WITTER CONTARDO, “A apreensão de correio eletrónico em Portugal: Presente e futuro de uma questão de ‘manifesta simplicidade’”, Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira (coord.), *Novos Desafios da Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 277-313.

natureza semelhante subentendida no trecho: “[...] apreensões de documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte [...]” (artigo 20.º, n.º 1, do NRJC).

O legislador teve pressa de aprovar o NRJC por causa do Memorando de Entendimento (MdE) celebrado entre o Estado Português e o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia (a então chamada *Troika*), em 17 de maio de 2011, que incluía uma secção relativa à concorrência, contratação pública e ambiente de negócios, na qual se destacava a necessidade de, através da aplicação das regras de concorrência e de regulação setorial, se conseguir minorar a economia rentista. Se o NRJC, porventura, tivesse incluído a previsão expressa da apreensão de *emails* no âmbito das diligências de obtenção de prova das práticas restritivas da concorrência, então, provavelmente, tal obrigaria a suscitar a sua fiscalização preventiva pelo TC, o que atrasaria a entrada em vigor do diploma e violaria o compromisso estabelecido no MdE. Mas, ainda assim, já à época tínhamos entendido que seria preferível enfrentar imediatamente a questão de constitucionalidade, em vez de se procrastinar a resolução do problema, bem sabendo que era inevitável o seu surgimento. De resto, o Parecer do Conselho Superior da Magistratura (CSM) sobre a Proposta de Lei n.º 45/XII/1.^a (GOV) sinalizou oportunamente a “falta [de] uma norma habilitante da apreensão de mensagens de correio ele[t]rónico durante as buscas nas instalações das empresas, a qual deveria replicar o regime previsto na Lei do Cibercrime”³⁰. Aproveita-se para referir que, longe de representar uma imposição externa, a intenção de propor uma revisão da Lei n.º 18/2003, em função da experiência dos primeiros anos de aplicação, partiu da própria AdC, muito antes da crise financeira que levou à intervenção da *Troika*³¹.

Não há dúvida de que as mensagens de correio eletrónico são documentos³², embora em formato eletrónico (quanto aos anexos) e especificamente digital (quanto às próprias mensagens)³³. Mas são documentos

³⁰ Online: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=36753> (consultado em 09.10.2024).

³¹ Neste sentido, MIGUEL MOURA E SILVA, “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012: Novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, 137, 2014, (pp. 9-45) p. 4.

³² Para efeitos do Código Penal (CP), considera-se documento “a declaração corporizada em escrito, ou registada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, inteligível para a generalidade das pessoas ou para um certo círculo de pessoas, que, permitindo reconhecer o emitente, é idónea para provar facto juridicamente relevante, quer tal destino lhe seja dado no momento da sua emissão, quer posteriormente” (artigo 255.º, alínea a), do CP).

³³ Estamos habituados a imaginar um documento por referência a um suporte físico de papel. Mas já não é novidade para ninguém que passámos a viver numa época que privilegia a desmaterialização dos

que beneficiam de um regime especial de proteção por razões de tutela da privacidade e do próprio meio de comunicação.

Os acórdãos do TC n.ºs 91/2023 e 314/2023 vieram agora aproximar a aplicação do NRJC ao regime da LC, no tocante ao regime de busca, exame, recolha e apreensão previsto nos artigos 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012³⁴, exigindo a autorização do JI para casos em que o NRJC se basta com a autorização do MP. Recordamos que a LC aceita a autorização do MP para as pesquisas informáticas (artigo 15.º, n.º 1, da LC) e apreensões de dados informáticos (artigo 16.º, n.º 1, da LC), mas exige a validação do JI para a apreensão de dados ou documentos informáticos cujo conteúdo seja suscetível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respetivo titular ou de terceiro (artigo 16.º, n.º 3, da LC), além de que exige a autorização do JI para a apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante (artigo 17.º da LC), até parecendo que esta apreensão nunca poderá ser contemplada à partida no despacho que autoriza a pesquisa informática.

Repare-se, porém, que nenhum JI aceitaria a promoção da AdC fora dos casos previstos no NRJC. A resposta que daria à AdC seria sempre: bateu à porta errada! Será que, no final do dia, temos de aceitar que a única interpretação do NRJC conforme à CRP seja aquela que, na prática, não poderia ser seguida por incompetência legal do JI? Agora a AdC promove as buscas junto do JI, mas já tem o conforto dos acórdãos do TC. Dantes, enquanto autoridade administrativa, não tinha competência para desaplicar o NRJC com fundamento em suposta inconstitucionalidade.

documentos. A desmaterialização vale para os documentos eletrónicos, que admitem a distinção entre o original e a sua reprodução. É o caso dos documentos digitalizados que tiveram origem num formato físico. Não faz sentido falar de desmaterialização no caso de documentos eletrónicos originários, desde logo porque foram pristinamente codificados em dígitos binários e acedidos por meio de um sistema computacional. Nos documentos eletrónicos originários, o original é igual à cópia, pois trata-se de pura informação codificada em *bits* e *bytes*. Ainda assim, é possível falar de cópias digitais (ou seja, reproduções), já que podem ser guardados em arquivo digital, sendo assegurada a integridade da informação através da atribuição de um valor *hash* criptográfico, que resulta da implementação de uma função algorítmica que transforma a informação num conjunto alfanumérico com comprimento fixo de caracteres. A própria lei, para assegurar a cadeia de custódia na apreensão de dados informáticos, recomenda, consoante seja mais adequado e proporcional, a realização de uma cópia dos dados, em duplicado, sendo uma das cópias selada e confiada ao secretário judicial dos serviços onde o processo correr os seus termos e, se tal for tecnicamente possível, certificando os dados apreendidos por meio de assinatura digital (ou seja, *hash*), nos termos do artigo 16.º, n.º 7, alínea b), e n.º 8, da LC.

³⁴ O NRJC foi alterado, a partir de 16 de setembro de 2022, pela Lei n.º 17/2022 de 17 de agosto, que transpõe a Diretiva 2019/1. Esta lei aditou um n.º 4 ao artigo 18.º do NRJC, nos termos do qual da recusa, por parte da autoridade judiciária competente, em conceder à AdC a autorização referida nesse artigo cabe “a) [n]o caso de decisão do Ministério Público, reclamação para o superior hierárquico imediato; b) [n]o caso de decisão do juiz de instrução, recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância”.

Mas percebe-se que o TC tenha acentuado o respeito pelas fontes, especialmente pela CRP. Não podia o TC ignorar o artigo 34.º, n.º 4, da CRP com o argumento de que não é assim noutros países europeus, só em Portugal. A menos que a questão esteja vinculada ao Direito da UE, o que é difícil de defender numa matéria processual, embora esteja em causa a eficácia de uma política essencial da UE, ou seja, a defesa da concorrência.

O artigo 34.º da CRP é uma idiossincrasia nacional porque separa a tutela das comunicações da tutela da reserva da intimidade da vida privada estabelecida no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, ao contrário do artigo 8.º, n.º 1, da CEDH, que inclui a tutela da correspondência no âmbito do respeito pela vida privada e familiar. Ao ter uma norma autónoma para a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, a CRP reserva o artigo 34.º, n.º 4, para a tutela do próprio meio de comunicação, em si mesmo, independentemente da reserva da privacidade. Passa a ser uma proteção formal do veículo de comunicação, contenha ou não informação privada. Para este efeito, tanto vale uma mensagem publicitária como uma mensagem íntima. É um absurdo, mas é assim. A combinação de um cartel pode não ser uma mensagem privada, enquanto conspiração ilícita, mas o meio usado garante-lhe a proteção constitucional. Custa-nos a aceitar uma proteção formal do meio de comunicação, que só não é absoluta porque são excecionados os casos previstos na lei em matéria de processo criminal. Mas o artigo 34.º, n.º 4, da CRP existe.

O TC fez um trabalho notável para não o tornar um obstáculo intransponível à apreensão de mensagens de correio eletrónico nos processos por práticas restritivas da concorrência, que são de natureza contraordenacional. Ou seja, o TC conseguiu aplicar a exceção dos casos previstos na lei em matéria de processo criminal também aos casos de processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, com apelo a um conceito material de crime. Podemos acompanhar o argumento do conceito material de crime, mas até se chegaria ao mesmo resultado mais diretamente através da jurisprudência do TEDH. Não devemos esquecer que o TEDH estabeleceu uma definição ampla de ilícito criminal (*criminal offence*) para efeitos de aplicação das garantias da CEDH, que abrange os processos administrativos sancionadores e todos os processos sancionadores de carácter público³⁵.

³⁵ Já desde os casos *Engel and Others v. The Netherlands* (1976), § 81, e *Öztürk v. Germany* (1984), § 53. O mesmo entendimento foi recentemente reafirmado em *Jesus Pinhal v. Portugal* (2024), § 152 ss.

O problema dos acórdãos do TC n.ºs 91/2023 e 314/2023 é a dificuldade de agradar a Gregos e Troianos³⁶. Os referidos acórdãos convocam o JI, em vez do MP, para autorizar a apreensão de *emails*, por parte da AdC, ao aceder aos dispositivos ou equipamentos das empresas visadas durante as buscas a todas as suas instalações. Afastaram-se assim da lógica do NRJC, que tem regime próprio, embora equívoco quanto à apreensão de *emails*. Mas permitem que a AdC doravante promova junto do JI as diligências de busca que envolvam – ou previsivelmente envolvam – a apreensão de mensagens de correio eletrónico que constituam prova da prática de infrações de concorrência, o que dantes seria difícil por falta de previsão legal de uma tal diligência junto do JI. A AdC facilmente se adaptou a essa nova exigência, mas ficaram por resolver os processos antigos e agora temos os reenvios prejudiciais que podem comprometer a validade da prova eletrónica apreendida em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência pendentes no TCRS.

2. Os pedidos de reenvio prejudicial enviados pelo TCRS ao TJUE e as Conclusões da Advogada-Geral Laila Medina

No dia 20 de junho de 2024, foram publicadas as Conclusões da AG Laila Medina sobre três pedidos de decisão prejudicial (reenvio prejudicial) dirigidos pelo TCRS ao TJ relacionados com a compatibilidade das leis nacionais com o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (Carta) no que concerne à apreensão de *emails* realizada pela AdC no decurso de buscas às instalações de empresas, no âmbito de três processos contraordenacionais por práticas restritivas da concorrência devidamente identificados³⁷. Os três pedidos do órgão jurisdicional de reenvio surgiram na sequência dos dois acórdãos do TC de 2023, que declararam inconstitucional a regra relativa ao artigo 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2 e ao artigo 20.º, n.º 1, do NRJC, com base na qual a AdC procedia à pesquisa e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas, ou seja, mensagens de correio eletrónico marcadas como lidas, mediante mera autorização do MP. Dado

³⁶ Mas há também quem discorde totalmente das posições avançadas pelo TC, tanto na parte respeitante à definição do âmbito normativo do direito à autodeterminação comunicativa, como na parte atinente à ressalva feita à matéria de processo criminal. Neste sentido, cf. NUNO BRANDÃO, “Apreensão de webmail em processo contraordenacional e reserva de processo criminal – Contraponto a uma nova jurisprudência constitucional duplamente equivocada”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* 3 (2023), (pp. 215-238) p. 220.

³⁷ Online: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=875B5FD7AA350F5768A16A75E7DB3CDA?text=&docid=287318&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7628636> (consultado em 09.10.2024).

que as questões foram submetidas no âmbito de três processos pendentes de julgamento, o TCRS decidiu suspender a instância e aguardar pela decisão do TJ em cada um dos processos principais. As conclusões da AG valem por si mesmas, mas não vinculam o TJ. Importa, em qualquer caso, destacar que a decisão final que vier a ser proferida nestes processos prejudiciais balizará os poderes de investigação das ANC defronte das exigências impostas pela tutela da vida privada e do sigilo das comunicações, especialmente no nosso país, considerando o risco iminente de anulação das decisões da AdC e das coimas aplicadas às empresas.

As três questões prejudiciais são as seguintes:

1. Os documentos profissionais em causa, veiculados através de correio eletrónico, são “correspondência” na aceção do artigo 7.º da Carta?

2. O artigo 7.º da Carta 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 acordos e práticas proibidas nos termos do artigo 101.º do TFUE (ex-artigo 81.º do TCE) ou, no processo C-260/23, do artigo 102.º do TFUE (ex-artigo 82.º do TCE)?

3. O artigo 7.º da Carta opõe-se à apreensão daquela documentação profissional, mediante prévia autorização de autoridade judiciária, *in casu*, o MP, 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?

As Conclusões da AG Laila Medina dão resposta às três questões que sustentaram os três pedidos de decisão prejudicial.

Quanto à primeira questão, a opinião dada vai no sentido de que: “[...] as apreensões de mensagens de correio eletrónico efetuadas no decurso das visitas domiciliárias às instalações profissionais ou comerciais de uma pessoa singular ou às instalações de uma sociedade comercial constituem ingerências no exercício do direito ao respeito pela correspondência garantido pelo artigo 8.º, n.º 1, da CEDH e, logo, em aplicação do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, no exercício do direito correspondente consagrado no artigo 7.º desta. Esta afirmação aplica-se às apreensões efetuadas quer no quadro de um processo penal quer no quadro de um processo administrativo. Além disso, a qualificação das mensagens de correio eletrónico enquanto ‘correspondência’ na aceção do artigo 8.º, n.º 1, da CEDH e ‘comunicações’ na aceção do artigo 7.º da Carta é independente da circunstância de essas mensagens já terem sido recebidas pelo

seu destinatário, lidas, não lidas ou suprimidas, do facto de a comunicação ter sido enviada a partir das instalações ou equipamentos profissionais ou através de uma caixa de correio eletrónico profissional ou de a morada do remetente ou do destinatário ser a de uma pessoa coletiva, ou, ainda, da questão de saber se o seu conteúdo tem ou não um carácter privado. Assim, o facto de, à luz do seu conteúdo, uma mensagem de correio eletrónico poder ser qualificada de ‘documento profissional’ não permite privá-la da proteção que o artigo 7.º da Carta garante às comunicações. Por fim, esta proteção não respeita apenas ao conteúdo das mensagens de correio eletrónico, estendendo-se também aos dados de carácter pessoal relativos ao tráfego por elas gerados, que são também protegidos pelo artigo 8.º da Carta” (§ 31).

Quanto à segunda questão, a opinião dada vai no sentido de que: “[...] o artigo 7.º da Carta não se opõe à revista e à apreensão, por uma [ANC], de mensagens de correio eletrónico trocadas através da caixa de correio interna de uma empresa sujeita a uma inspeção nas suas instalações profissionais ou comerciais no quadro de um inquérito por infração às regras da concorrência, desde que essas mensagens sejam pertinentes para o objeto da inspeção” (§ 39).

Quanto à terceira questão, onde, pensando bem, tudo se joga, a opinião dada vai no sentido de que: “[recordando a jurisprudência do TEDH no que respeita ao artigo 8.º da CEDH, assim como a jurisprudência do TJUE no que respeita ao artigo 7.º da Carta,] não havendo autorização judicial prévia, a proteção dos indivíduos contra as infrações arbitrárias do poder público aos direitos garantidos por esse artigo exige um enquadramento legal e limites estritos dessa apreensão. [P]or um lado, [que] esta apreensão só é compatível com o referido artigo 7.º se a legislação e a prática internas oferecerem garantias adequadas e suficientes contra os abusos e a arbitrariedade e, por outro, que a não existência de um mandado judicial prévio pode, em certa medida, ser contrabalançada pela possibilidade de a pessoa visada na apreensão solicitar *a posteriori* a fiscalização judicial quer da legalidade quer da necessidade desta, devendo essa fiscalização ser eficaz nas circunstâncias particulares do processo em causa” (§ 44).

Que fazer, porém, se: “[...] um Estado-Membro apli[car] um nível nacional de proteção do direito fundamental ao respeito pelas comunicações garantido pelo artigo 7.º da Carta mais elevado do que o previsto por essa disposição, como interpretada pelo [TJUE], nomeadamente ao impor à autoridade nacional da concorrência que obtenha uma autorização judicial

prévia para poder proceder a inspeções e apreensões nas instalações de uma sociedade” (§ 46)?

A resposta é que: “[o TJUE] afirmou repetidamente que, quando, numa situação em que a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da União, uma disposição ou uma medida nacional aplique este direito na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa nem o nível de proteção previsto na Carta, conforme interpretada pelo [TJUE], nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União” (§ 48).

“Ora, no caso em apreço, por um lado, [a AG Laila Medina] consider[a] que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, quando da apreciação das consequências a retirar dos Acórdãos de 2023, ter em conta a necessidade de assegurar uma aplicação efetiva das regras de concorrência da União, recorrendo a todas as possibilidades oferecidas pelo direito nacional – incluindo, sendo caso disso, a de sanar, em circunstâncias como as dos litígios nos processos principais, a inexistência de autorização judicial prévia através de uma fiscalização judicial *a posteriori* – para assegurar que o desrespeito dessas regras seja punido” (§ 61).

“Por outro lado, a fim de dar plena execução aos artigos 101.º e 102.º TFUE, os tribunais portugueses podem ser levados a não aplicar uma regra nacional que reconhece à interpretação adotada nos Acórdãos de 2023 um efeito retroativo que tem como consequência pôr em causa a responsabilidade das empresas em questão em situações em que uma infração ao direito da concorrência da União foi definitivamente constatada pela AdC, gerando um risco sistémico de impunidade para tais infrações” (§ 62).

Assim, a AG Laila Medina sugere ao TJ que responda como segue à terceira questão prejudicial submetida pelo TCRS em cada um dos processos apensos C-258/23 a C-260/23:

“O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à legislação de um Estado-Membro ao abrigo da qual, durante uma inspeção nas instalações de uma empresa, conduzida no quadro de uma investigação por violação do artigo 101.º ou 102.º TFUE, a autoridade nacional da concorrência procede à busca e à apreensão de mensagens de correio eletrónico cujo conteúdo está relacionado com o objeto da inspeção sem dispor de uma autorização judicial prévia, desde que estejam previstos um enquadramento legal estrito dos poderes dessa autoridade, bem como garantias adequadas e suficientes

contra os abusos e a arbitrariedade, nomeadamente uma fiscalização judicial *ex post* completa das medidas em causa”.

VI. Conclusões Gerais

A AG Laila Medina entende que as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa nem o nível de proteção previsto na Carta, conforme interpretada pelo TJUE, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

A primeira questão é saber se a necessidade de autorização judicial prévia para proceder a pesquisas e apreensões de mensagens de correio eletrónico concede um nível de proteção superior ao de uma autorização judiciária prévia, ou seja, do MP³⁸.

Importa destacar que tanto o MP como o JI são independentes do poder executivo. Será que o MP pode ser considerado menos independente do que o JI? À primeira vista, dir-se-ia que sim porque o MP assume as vestes de acusador público, em caso de recurso de impugnação judicial da decisão condenatória da AdC (artigo 62.º, n.º 1, do RGCO)³⁹. Essa função, porém, só se manifesta se houver recurso da decisão condenatória da AdC, não havendo até lá nada que ligue a titularidade da investigação pela AdC na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação à atuação do MP. Nem o MP perde, em fase judicial, a independência perante a AdC. Embora seja discutível, do ponto de vista da igualdade de armas, a solução legal de a AdC ter atuação autónoma no tribunal, acrescentando à atuação do MP.

Mas a independência do JI também pode ser questionada, uma vez que não é um autêntico juiz das garantias. O sistema português do JI, em declínio na maior parte dos ordenamentos jurídicos de estrutura acusatória, confia ao JI as funções antagónicas de juiz garantidor, na fase de inquérito, e de juiz investigador, na fase de instrução, com poderes autónomos de investigação e competência para pronunciar o arguido, se for o caso, antecipando-se assim ao julgamento da causa⁴⁰. Dir-se-ia que as suas funções de juiz investigador

³⁸ Cf. RUI CARDOSO, “A Apreensão de correio eletrónico após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021: Do Juiz das Liberdades ao Juiz Purificador Investigador?”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 1 (2021), (pp. 141-170) p. 153.

³⁹ DL n.º 433/82, de 27 de outubro (Ilícito de Mera Ordenação Social), cuja 7.ª versão, a mais recente, foi dada pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

⁴⁰ Questionando a independência dos juizes de instrução europeus (e.g., belgas), cf. CLÉMENCE VAN MUYLDER, “La conservation des données de télécommunication à des fins de poursuites pénales – Influence de la jurisprudence européenne sur le droit belge”, *Rev. dr. pén. entr.*, 4 (2022), pp. 343-365.

só relevam no processo penal, não tendo, por isso mesmo, qualquer expressão no processo contraordenacional. O JI seria, pois, uma figura independente, ademais totalmente imparcial no processo contraordenacional, designadamente no processo especial por práticas restritivas da concorrência. Mesmo concedendo que a ambivalência das funções do JI possa deixar intocada a sua função de garante dos direitos fundamentais, a surpresa advém agora da convocação de uma figura alheia ao processo contraordenacional para intervir em procedimentos e matérias que lhe são completamente estranhos. Será que o JI poderá então fazer mais do que cancelar as promoções da AdC? Não se antolha, pois, que as diligências de investigação das práticas restritivas da concorrência que carecem de autorização externa sejam mais eficazmente controladas pelo JI do que pelo MP.

Seja como for, o TC não pode impor um efeito retroativo em casos em que a AdC não teria alternativa para cumprir a sua missão de defesa da concorrência, a não ser procurando obter uma autorização judiciária para pesquisas e apreensões de mensagens de correio eletrónico em equipamentos informáticos situados na sede ou em outras instalações de uma empresa. Enquanto autoridade administrativa, a AdC não podia desaplicar a lei com fundamento em inconstitucionalidade.

Manifestamente, os acórdãos do TC n.ºs 91/2023 e 314/2023 redundam na imposição de uma solução meramente formalista (*i.e.*, a chancela do JI), que não é mais garantidora de direitos fundamentais do que a consagrada no NRJC (*i.e.*, a autorização do MP), até pelo contrário.

Acresce, como segunda questão, que a interpretação do artigo 34.º, n.º 4, da CRP como se contivesse uma remissão implícita para o regime da apreensão de correio eletrónico estabelecido no artigo 17.º da LC, enquanto regime de referência em matéria de processo criminal e agora – na perspetiva adotada nos acórdãos do TC n.ºs 91/2023 e 314/2023 – também tornado aplicável ao processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, tem de ser entendida com as maiores cautelas quanto ao papel do JI. Cabe destacar que o artigo 17.º da LC não impõe a autorização prévia do JI para a apreensão de correio eletrónico, mas exige, isso sim, a autorização posterior do JI se forem encontradas durante a pesquisa informática mensagens de correio eletrónico, o que significa que as mesmas podem ser apresentadas em suporte autónomo juntamente com requerimento fundamentado, que o JI apreciará, tomando conhecimento do seu conteúdo, e decidirá autorizar

ou não autorizar a apreensão formal⁴¹ e, se for o caso, a junção aos autos, o que corresponde a um controlo judicial *a posteriori* da apreensão⁴². Esta interpretação teria, pelo menos, a vantagem de não comprometer nem o nível de proteção previsto na Carta, conforme interpretada pelo TJUE, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União. De maneira nenhuma se pode aceitar que o juízo de (in)constitucionalidade normativa comprometa nem o nível de proteção previsto na Carta, conforme interpretada pelo TJUE, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

O acórdão do TC n.º 533/2024 reconhece que o Direito interno não pode constituir um obstáculo à efetividade do Direito europeu na jurisdição nacional e a CRP não pode ser interpretada em sentido que represente a obstrução da vigência e efetividade prática do Direito da Concorrência em Portugal, ademais sublinhando o caráter crucial das medidas de busca e apreensão de documentos eletrónicos contendo mensagens no âmbito de infrações contra a concorrência, bem como a sua centralidade para a punição deste tipo de infrações. De resto, o sistema português excede o padrão de garantias europeu, que reside na exigência de controlo jurisdicional *ex post facto*, ao passo que a lei portuguesa estabelece um quadro de duplo controlo judiciário (MP, prévio à operação e controlo por Juiz, subsequente). Dos três analisados, o acórdão do TC n.º 533/2024 afigura-se, assim, o mais alinhado com o princípio da interpretação conforme ao Direito da Concorrência da União Europeia, o que merece aplauso, desde que seja respeitado o padrão de garantias europeu (CEDH e Carta), o que é o caso.

Tirando a questão de constitucionalidade, que, obviamente, não é de somenos importância, a questão remanescente – ou seja, a terceira e mais relevante de todas as questões – é saber se o modelo doméstico de apreensão de mensagens de correio eletrónico em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência está bem pensado e construído.

Creemos que a resposta deve ser negativa, designadamente à luz do Direito internacional regional (Direito europeu dos direitos humanos e Direito da União Europeia)⁴³ e do Direito estrangeiro (Direito norte-americano),

⁴¹ Cf. RUI CARDOSO, “Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX”, *Revista do Ministério Público*, 153 (2018), (pp. 167-214) p. 214.

⁴² Cf. RUI CARDOSO, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* 1 (2021), cit., pp. 157-161 e 165.

⁴³ Cf. MANUEL PELICANO ANTUNES, “Prática restritiva da concorrência – busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência nas instalações das empresas por mandado do Ministério Público – o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023”, *Revista do Ministério Público*, 176 (2023), (pp. 105-139) p. 105.

este último enquanto termo de comparação, salvaguardadas as diferenças entre todos e evitando soluções de puro transplante legal avulso⁴⁴. Faz falta sobremaneira um regime legal que estabeleça a necessidade de controlo e triagem judicial *a posteriori* do conjunto das mensagens de correio eletrónico apreendidas, mas com nomeação pelo tribunal de um supervisor especial que ofereça garantias de independência em relação à AdC e às empresas visadas. Do ponto de vista técnico, importa que o controlo e a triagem judicial obedeçam aos requisitos da pesquisa eletrónica (*e-discovery*) assistida por ferramentas de inteligência artificial, designadamente para codificação preditiva (*predictive coding*) baseada em aprendizagem automática (*machine learning*) e suportada por modelos de linguagem de grande escala (*large language models*), quando o acervo digital apreendido assim o justificar em função de grandes volumes de dados (*big data*)⁴⁵.

⁴⁴ A designação de transplante legal (*legal transplant*), que refere um fenómeno indesejável por si mesmo, foi criada pelo especialista de história do Direito Alan Watson (1974) e adotada por todos os comparatistas a partir daí.

⁴⁵ Cf. SEAN BRODERICK, DONNA LEE ELM, ANDREW GOLDSMITH, JOHN HARIED E KIRAN RAJ, *Criminal E-Discovery – A Pocket Guide for Judges*, 2.ª ed., Washington, DC: Federal Judicial Center, 2015, pp. 13-14 e *passim*.

*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 conversa 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 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)»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 MASQUES 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

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.

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.

**ESTUDOS E
COMENTÁRIOS**

Inviolabilidade das Comunicações Privadas, Correio Eletrónico e Jurisprudência Constitucional

Maria João Antunes

Professora Catedrática e Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
mja@ci.uc.pt

Resumo: Relativamente à busca e recolha de mensagens na caixa de correio eletrónico, a jurisprudência constitucional é divergente quanto ao momento da cessação da tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas através de correio eletrónico, ao âmbito do que é ressalvado da proibição constitucional de ingerências nas comunicações privadas e à exigência de reserva de juiz quando a intromissão nas comunicações via correio eletrónico vise uma pessoa coletiva.

Abstract: Concerning the search and collection of e-mail inboxes, constitutional jurisprudence is divided as to the point at which the constitutional protection of the inviolability of private e-mail communications ceases, the scope of what is exempt from the constitutional prohibition of interference with private communications, and the requirement that a judge must be involved when the intrusion into e-mail communications is directed at a legal person.

Palavras-chave: mensagens de correio eletrónico; processo de comunicação; comunicação; reserva absoluta de processo criminal; privacidade formal; pessoa coletiva; reserva de juiz

Keywords: e-mails; communication process; communication; absolute reservation of criminal proceedings; formal privacy; legal person; reservation of judge

I. Comunicações privadas através de correio eletrónico e jurisprudência constitucional

É cada vez mais necessário proteger a comunicação à distância entre as pessoas, além da proteção que já decorre dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência, à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informacional, e é particularmente evidente a extensão do âmbito de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações privadas às efetuadas através de correio eletrónico. Essa necessidade e esta evidência estão presentes em jurisprudência constitucional recente, simultaneamente reveladora de novas questões no plano jurídico-constitucional e de respostas divergentes em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas de direito infraconstitucional, nomeadamente as questões e as respostas que decorrem dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 e 533/2024. Em ambos é questionada a conformidade constitucional de norma do Novo Regime Jurídico da Concorrência, 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 ou lidas, mediante autorização do Ministério Público. No primeiro, cujos fundamentos foram depois integralmente acolhidos no Acórdão n.º 314/2023¹, a norma foi julgada 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, da CRP; no segundo, a norma foi julgada não inconstitucional, por referência ao direito à privacidade, associado à liberdade de empresa (artigos 26.º, n.º 1 e 61.º, n.º 1, da CRP), ao direito à autodeterminação informacional (artigo 35.º, n.º 4, da CRP) e à reserva de juiz (artigo 32.º, n.º 4, da CRP)².

Das decisões acabadas de mencionar vamos destacar três questões no plano jurídico-constitucional: quando é que cessa a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas através de correio eletrónico, à luz do artigo 34.º da CRP; qual o âmbito da ressalva contida na parte final do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, no que se refere à proibição constitucional de ingerências nas comunicações privadas; e se integra a reserva de juiz a intromissão nas comunicações via correio eletrónico em que a visada seja pessoa coletiva, por referência ao artigo 32.º, n.º 4, da CRP.

¹ Os fundamentos do Acórdão n.º 91/2023 foram acolhidos também na Decisão Sumária n.º 227/2024, mantida no Acórdão n.º 510/2024.

² Note-se, porém, relativamente ao Acórdão n.º 533/2024, que o julgamento de não inconstitucionalidade resultou apenas de ao juízo de inconstitucionalidade feito pela maioria dos juizes não corresponder a maioria de fundamentação a que obriga o princípio da constitucionalidade, consagrado no n.º 3, do artigo 3.º da CRP.

Quanto à primeira, respondemos-lhe adotando o critério da localização da comunicação recebida, o mesmo que foi adotado no Acórdão n.º 91/2023; relativamente à segunda, entendemos que o âmbito da ressalva vale apenas para o processo criminal, em concordância com o Acórdão n.º 533/2024; e, no que se refere à terceira, defendemos que a reserva de juiz não vale quando a pessoa visada seja um pessoa coletiva, na linha do Acórdão n.º 533/2024.

II. Momento da cessação da tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas através de correio eletrónico

1. Relativamente ao âmbito de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações privadas é entendimento pacífico que nele se incluem as mensagens de correio eletrónico compreendidas nas duas fases dinâmicas do processo comunicativo – do envio pelo remetente para o *servidor* do seu *fornecedor* e até à chamada pelo destinatário para o seu sistema informático para a subsequente leitura e tomada de conhecimento – e que nele já não se incluem as mensagens de correio eletrónico recebidas pelo destinatário e por este guardadas no seu computador ou em qualquer outro suporte sob o seu domínio exclusivo, por terem perdido, entretanto, a natureza de *comunicação*³.

É também consensual que o que se questiona hoje, em bom rigor, é apenas quando é que *cessa* a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas e não tanto, portanto, quando é que se inicia essa mesma tutela. No fundo, o que importa saber é se a tutela vai até ao momento em que as mensagens de correio eletrónico chegam à esfera de domínio do destinatário ou, antes, até ao momento em que permanecem na caixa virtual de correio eletrónico. Para a resposta foi-se abandonando a distinção entre mensagens de correio eletrónico abertas (lidas) e mensagens de correio eletrónico ainda fechadas (não lidas), por ser hoje maioritário o entendimento doutrinal e jurisprudencial de que se trata de um critério imprestável para responder à questão⁴.

³ Assim, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, comentário ao artigo 194.º, § 27.

⁴ Assim, na doutrina nacional, nomeadamente, COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal. *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 163 e ss., e SÓNIA FIDALGO, “A apreensão de correio electrónico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29 (2019), p. 69 e s. Na jurisprudência, vão neste sentido, nomeadamente, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 287/2021 e 91/2023 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 10/2023.

A resposta à questão de saber qual é o momento em que cessa a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas é, porém, tudo menos consensual na doutrina e na jurisprudência. São identificáveis três critérios essenciais: o da *localização* da comunicação recebida (*fora* da caixa virtual de correio eletrónico ou *na* caixa virtual de correio eletrónico⁵); o do *conhecimento do conteúdo* da comunicação por parte do destinatário (mensagens de correio eletrónicos *abertas/lidas* ou ainda *fechadas/não lidas*); e o da *recepção da mensagem* por parte do destinatário (mensagem de correio eletrónico ainda *em trânsito* ou *já não*, isto é, ainda dependente da intermediação do terceiro prestador do serviço de transmissão ou já não dependente dessa intermediação)⁶.

2. No Acórdão n.º 91/2023 do Tribunal Constitucional o critério escolhido é o da *localização* da comunicação recebida: a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas cessa quando as mensagens estão *fora* da caixa virtual de correio eletrónico. O critério decisivo é o seu *arquivamento definitivo, fora da caixa de correio eletrónico virtual*. Na fundamentação da decisão pesou a circunstância de persistir uma “*específica situação de perigo*”, enquanto a mensagem estiver na caixa de correio eletrónico e o fornecedor de correio eletrónico mantiver controlo sobre a mensagem, que apenas cessa quando o destinatário retira a mensagem da caixa de correio eletrónico virtual e a arquiva em outro lugar do computador — passando, só então, a ter o controlo total e exclusivo sobre ela, deixando de ter de confiar no sistema de comunicações e podendo protegê-la como entender. Confiança essa que é o âmago da tutela especialmente conferida pelo artigo 34.º da Constituição.

Já o Acórdão n.º 533/2024 do Tribunal Constitucional segue o critério da *recepção da mensagem* por parte do destinatário: a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas cessa quando a mensagem de correio eletrónico já não está em trânsito. O critério decisivo é a circunstância de a *informação estar em trânsito (comunicação)*, porque se encontra *fora da esfera de controlo e de gozo do seu titular*. Segundo a decisão, *o correio eletrónico e os sistemas de mensagens eletrónicas beneficiam da proteção conferida pelo artigo 34.º, n.º 4, da CRP, quando realizam transferências*

⁵ Neste sentido, na doutrina espanhola, RIDAURA MARTÍNEZ, “El legislado ausente del artículo 18.3. de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, *Revista de Derecho Político*, 100 (2017), p. 375.

⁶ Para uma síntese destes três critérios, OCÓN GARCÍA, “Constitución y secreto de la comunicaciones: desafíos tecnológicos para el derecho fundamental”, *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, 2 (2022), p. 93 e s.

de informação entre utilizadores, mas já no que respeita a ficheiros resultantes dessa transferência de informação fixados em dispositivos eletrónicos, estes não beneficiam da proteção conferida pela autodeterminação comunicativa, por se tratar de informação armazenada e não de um processo comunicativo.

3. Entendemos que a especificidade das mensagens de correio eletrónico justifica a adoção do critério da *localização* da comunicação, sem prejuízo, porém, de devermos distinguir o *processo de comunicação* da *comunicação* (do que é comunicado).

3.1. Entende-se, maioritariamente, que a inviolabilidade das comunicações protege o *processo de comunicação* que é assegurado através de meios técnicos que são disponibilizados por um terceiro alheio aos sujeitos da comunicação. Prescreve-se a *inviolabilidade* das comunicações, precisamente porque durante a intervenção do prestador do serviço de comunicação/transmissão, o controlo sobre o processo comunicativo é subtraído aos sujeitos da comunicação. O carácter autónomo do direito fundamenta-se, precisamente, na circunstância de haver um terceiro que se intromete entre o emissor e o destinatário, o que justifica que se garanta a “segurança das comunicações”, a “confiança nas comunicações”, a “liberdade das comunicações”. E claro está, que se garanta também o que já se denominou “privacidade à distância”. Nas palavras de Costa Andrade, “a tutela jurídica da inviolabilidade das telecomunicações está vinculada ao meio de comunicação e ao processo de comunicação. É determinado pela *específica situação de perigo* decorrente da mediação do serviço de telecomunicações e da sua posição de domínio enquanto dura a transmissão: pode aceder, tomar conhecimento e comunicar a terceiros (designadamente aos poderes públicos) sem conhecimento nem possibilidade de oposição dos interlocutores. Por ser assim, a tutela jurídica não cobre o que corre fora ou à margem do processo de telecomunicação: cessa a partir do momento em que a mensagem (notícia, dados, etc.) é recebida e lida pelo destinatário e entra na sua esfera de domínio. A partir daí, deixa de subsistir aquela qualificada *necessidade de tutela* jurídica, cabendo ao destinatário atualizar as formas de autotutela possíveis e exigíveis. A partir daí, os interlocutores já não gozam da tutela da inviolabilidade das telecomunicações, mas apenas, sendo caso disso, a título de *autodeterminação informacional*”⁷.

⁷ Cf., *Comentário Conimbricense do Código Penal, op. cit.*, comentário ao artigo 194.º, § 26. E, ainda, quanto ao que se segue, os §§ seguintes.

As especificidades do correio eletrónico têm vindo, porém, a interpelar o intérprete da Constituição quanto à subsistência daquela *específica situação de perigo*, quando as mensagens recebidas, abertas (lidas ou não) ou fechadas, continuam em caixa virtual de correio eletrónico. Ou seja: quando as mensagens estão guardadas na conta de *email* do fornecedor dos serviços: “tanto na fase intermédia, em que a mensagem não foi ainda chamada nem aberta ou lida pelo destinatário; como na fase final, nas constelações em que, depois de aberto e lido, o *e-mail* é depositado no *servidor* do *fornecedor*”. É de entender, por isso, que as mensagens que continuam na caixa virtual de correio eletrónico também devem ser enquadradas no âmbito do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações, com o conseqüente alargamento a mensagens “estáticas”, que já não estão “em trânsito”, isto é, em *processo de comunicação*. Isto, porque “os tópicos nucleares são agora a particular *carência de tutela* do utilizador, associada à «*específica situação de perigo*» devida ao *domínio fáctico* sobre a comunicação que o *fornecedor* continua a deter”.

Neste sentido, a garantia da inviolabilidade das comunicações vale até ao momento em que as mensagens permaneçam em caixa virtual de correio eletrónico, independentemente de já terem sido abertas (lidas ou não) ou ainda permanecerem fechadas. O momento temporal justifica-se pela “*específica situação de perigo*» devida ao *domínio fáctico* sobre a comunicação que o *fornecedor* continua a deter”. Sem prejuízo, porém, de se dever entender que a específica situação de perigo é *distinta*, por o *fornecedor* ter deixado de ter o domínio exclusivo sobre a comunicação⁸.

3.2. O entendimento que alarga o âmbito de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações ao já comunicado através de correio eletrónico, só pode ser adotado, porém, mediante a distinção entre *processo de comunicação* e *comunicação*. De outra forma, estar-se-á a confundir, do ponto de vista dos limites temporais, a *cessação* do processo de comunicação com a *cessação* da garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações.

A distinção assinalada entre *cessação* do *processo de comunicação* e *cessação* da *proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações*, decorre, inequivocamente, da jurisprudência constitucional alemã, no sentido de que, apesar de já não estarem em “processo de telecomunicação”, as mensagens – corporizadas e estáticas – continuam a ter a natureza de *telecomunicação* sempre que continuem sob o *domínio fáctico* do *provider*, que as coloca na

⁸ Cf. *infra*, ponto 3.3. desta parte.

“*específica situação de perigo*”, o que justifica o seu enquadramento no direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações⁹.

Com efeito, divergindo da decisão de 2 de março de 2006, onde se lê que *a proteção do segredo das telecomunicações termina no momento em que a mensagem chega ao destinatário e termina o processo de transmissão*, o Tribunal Constitucional alemão decidiu em 16 de junho de 2009 que “a apreensão e confisco de *e-mails* no servidor de correio do *fornecedor* devem ser avaliados à luz do direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações, nos termos do art. 10 I da Lei Fundamental”¹⁰.

Foi então posta em causa a apreensão de emails armazenados em servidor de correio eletrónico e o Tribunal entendeu que, ao preverem este meio processual, os §§ 94 e ss. do Código de Processo Penal alemão restringem o direito à inviolabilidade das telecomunicações, com respeito pela Lei Fundamental, nomeadamente no que se refere ao princípio da proporcionalidade. Da decisão decorre ainda que o âmbito de proteção da disposição constitucional que consagra o direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações vai além das *ingerências* nas comunicações, nomeadamente das que ocorrem nos termos previstos no § 100a do Código de Processo Penal (*interceção de telecomunicações*).

O que a decisão de 2009 traz de novo, por comparação com a de 2006, reside, precisamente, em se ter admitido que também viola o artigo 10.º I da Lei Fundamental o “conhecimento ilícito do comunicado” que seja adquirido *já depois de terminado* o processo de comunicação. Entendia-se que a violação da norma constitucional poderia resultar quer da interceção em sentido estrito quer do conhecimento ilícito do comunicado, mas sempre *durante* o processo de comunicação. O que passou a entender-se foi que a violação da norma constitucional também pode resultar do que se conhece ilicitamente depois de o processo de comunicação ter terminado¹¹.

3.3. Também o Acórdão n.º 91/2023 vai no sentido de que se inclui no âmbito de proteção da inviolabilidade das comunicações a *comunicação* resultante de *processo de comunicação* já terminado, com a conseqüência de

⁹ Na conclusão, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *op. cit.*, comentário ao artigo 194.º, § 28.

¹⁰ Cf., respetivamente, BVerfGE 115, 166 e BVerfGE 124, 43-77.

¹¹ Para esta precisão, cf. RIDAURA MARTÍNEZ, “El legislado ausente del artículo 18.3. de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, *op. cit.*, p. 366, e, ainda, ROMEO CASABONA, “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet”, *Derecho y conocimiento*, 2 (2002), p. 126.

também haver violação do artigo 34.º da CRP quando houver “conhecimento ilícito do comunicado”, adquirido já fora do processo de comunicação. Entendemos, porém, divergindo neste ponto daquele Acórdão, que há violação do n.º 1 do artigo 34.º, mas já não do seu n.º 4, o qual vale exclusivamente para o *processo de comunicação*, daí decorrendo consequências relevantes, nomeadamente que a busca e a apreensão de correio eletrónico, no exercício de poderes sancionatórios em processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, *está fora do âmbito da proibição de ingerência* das autoridades públicas nas telecomunicações e demais meios de comunicação, na medida em que a proibição ditada por aquele n.º 4 vale apenas quando ainda esteja em curso o processo de comunicação.

Não é indiferente do ponto de vista da ingerência das autoridades públicas nas comunicações privadas a distinção entre *processo de comunicação* e *comunicação* (o já comunicado). Se em relação ao *processo de comunicação* é de defender a regra da proibição de ingerência, ressalvados os casos legalmente previstos em matéria de processo criminal, já em relação ao *comunicado* é de admitir, em geral, a intromissão nas mensagens que ainda se encontrem em caixa de correio eletrónico virtual, desde que a restrição do direito respeite as exigências postas pelo princípio da proporcionalidade, segundo o preceituado no n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Isto é: a CRP *proíbe a ingerência* das autoridades públicas nas comunicações em *toda e qualquer processo contraordenacional*. Já não proíbe, porém, a busca e apreensão de mensagens localizadas em caixa virtual de correio, desde que a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações seja *adequada, necessária e proporcionada* à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigos 34.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP).

É este o sentido que damos aos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da CRP: no n.º 1 protegem-se as comunicações estabelecendo a inviolabilidade do *processo de comunicação* e do já *comunicado* através de correio eletrónico, isto é, são também protegidas mensagens que continuam a ter *natureza de comunicação*, não obstante a cessação desse processo; no n.º 4 protege-se apenas o *processo de comunicação*, estabelecendo uma “*regra constitucional específica*”¹², que proíbe toda a *ingerência* das autoridades públicas, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

A diferença de proteção, que no direito constitucional português é coberta por uma *regra constitucional específica* contida no n.º 4 do artigo 34.º, advém da *específica situação de perigo* decorrente da posição de domínio

¹² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021.

exclusivo por parte de um terceiro enquanto dura a transmissão da mensagem. Diferentemente do que sucede depois da transmissão quando um terceiro *partilha* o domínio com o destinatário. Neste caso, a *situação de perigo* que subsiste é, seguramente, diferente. Conclui, com razão, Nuno Brandão, que “ao contrário do que sucede quando ainda está a caminho, período durante o qual o controlo sobre ela é exclusivamente detido pela entidade sua emissária, chegando a mensagem ao destino o seu recetor passa a ter controlo sobre ela. Ainda que se trate de um domínio partilhado com o *fornecedor*, já é um domínio suficiente para garantir uma autotutela que torne dispensável a proteção reforçada do direito à inviolabilidade das comunicações assegurada pelo art. 34.º/4 da Constituição”¹³. O limite temporal final da *proibição de ingerência* é a receção e disponibilidade da mensagem por parte do destinatário, o que coincide com o *termo final* do processo de comunicação. Entendemos, porém, que, embora o processo de comunicação finde, subsiste em relação ao que foi comunicado a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas à luz do n.º 1 do artigo 34.º da CRP.

III. Âmbito da ressalva quanto à proibição constitucional de ingerências nas comunicações privadas

No n.º 4 do artigo 34.º proíbe-se toda a ingerência das autoridades públicas nas comunicações privadas, *salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*. O entendimento constante e reiterado, da doutrina e da jurisprudência¹⁴, de que a ressalva vale exclusivamente para os processos criminais foi quebrado na jurisprudência constitucional, em 2023, quando estendeu a ressalva a uma parte dos processos contraordenacionais.

Ainda que por maioria¹⁵, no Acórdão n.º 91/2023 a norma constitucional é interpretada no sentido de não estar limitada ao processo criminal a possibilidade de ingerência das autoridades públicas nas comunicações privadas. À questão de saber o que é “matéria de processo criminal”, respondeu-se que “é todo o domínio da regulação que participe da natureza própria

¹³ Cf. “As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais”, *III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. Direito das Contraordenações nos tempos actuais*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (E-book), 2022, p. 48 e ss.

¹⁴ Assim, por todos, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 34.º, pontos VII e IX. Na jurisprudência, cf., entre outros, com destaque para os mais recentes, os Acórdãos n.ºs 403/2015, 420/2017, 464/2019 e 687/2021.

¹⁵ Note-se, porém, que a interpretação foi depois acolhida no Acórdão n.º 314/2023 por unanimidade. Note-se, ainda, que a interpretação que fez vencimento no Acórdão n.º 91/2023 era a defendida em duas declarações de voto, apostas ao Acórdão n.º 464/2019.

do ‘direito penal total’, cuja propriedade essencial é a função específica de proteção dos bens fundamentais da vida em comunidade organizada, através da prevenção de lesões futuras e da repressão de lesões passadas”. É, por outras palavras, todo o domínio da regulação de bens jurídicos com dignidade penal, o que abrange quer os que são também necessitados de pena e são, por isso, protegidos pelo direito penal quer os bens jurídicos dignos de tutela penal que dela não necessitem e que são, por isso, protegidos por outros ramos do direito, nomeadamente pelo direito contraordenacional.

No Acórdão n.º 533/2024 reitera-se depois o entendimento, que era unânime na jurisprudência constitucional, de que o n.º 4 do artigo 34.º estabelece “uma proibição absoluta de ingerência nas telecomunicações fora do quadro jurídico-processual penal, entendido em sentido *formal e próprio*”.

É também este o nosso entendimento, considerando quer o elemento literal, do qual decorre que da proibição de toda a ingerência nas comunicações privadas são ressalvados apenas os casos previstos na lei em matéria de processo criminal, quer a natureza da norma, uma regra da qual resulta uma proibição absoluta que admite unicamente uma exceção bem definida¹⁶. Além de que a interpretação adotada no Acórdão n.º 91/2023 abre a possibilidade de ingerências nas comunicações privadas, ao abrigo do artigo 34.º, n.º 4, da CRP, em matérias que vão além das de processo criminal e contraordenacional, uma vez que não é de excluir a existência de bens jurídicos com dignidade penal que sejam suficientemente tutelados por ramos do direito que não tenham sequer natureza sancionatória.

IV. Reserva de juiz na intromissão nas comunicações via correio eletrónico quando a visada é pessoa coletiva

1. A CRP consagra, no artigo 34.º, o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações privadas. Por força do princípio da universalidade, que é afirmado no artigo 12.º, n.º 1, *todos os cidadãos* – e não todas as pessoas – gozam desse direito fundamental. No que se refere às pessoas coletivas, gozam deste direito fundamental apenas *se for compatível com a sua natureza*, de acordo com o preceituado no artigo 12.º, n.º 2¹⁷.

¹⁶ Assim, na doutrina mais recente, REIS NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e o Acesso aos Metadados das Comunicações pelos Serviços de Informação”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 1 (2021), p. 9 e ss. Para uma apreciação crítica do Acórdão n.º 91/2023, que acompanhamos no essencial, NUNO BRANDÃO, “Apreensão de Webmail em Processo Contraordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 3 (2023), p. 229 e ss.

¹⁷ Sobre o sentido da norma constitucional, em geral, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da*

Sublinhando a dimensão “ eminentemente pessoal ” do direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, Gomes Canotilho e Vital Moreira excluem as pessoas coletivas do âmbito subjetivo de proteção destes direitos, cuja associação para efeitos de positivização normativo-constitucional está justificada pela proteção de bens jurídicos fundamentais comuns (“dignidade da pessoa, desenvolvimento da personalidade, e sobretudo garantia da liberdade individual, autodeterminação existencial, garantia da privacidade nos termos do artigo 26.º”). Sem prejuízo de as pessoas coletivas gozarem de proteção ao abrigo de outros direitos (“liberdade de associação, liberdade de empresa, direito de propriedade, etc.”)¹⁸.

A exclusão das pessoas coletivas do âmbito subjetivo de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações privadas assenta na ligação que é estabelecida entre este direito e o “direito à privacidade”. Concebe-se o “direito à inviolabilidade das comunicações” (correspondência e outros meios de comunicação privada) como garantia do “direito à privacidade”. A este entendimento, que ao sublinhar a dimensão eminentemente pessoal do direito à inviolabilidade das comunicações exclui do seu âmbito subjetivo as pessoas coletivas, contrapõe-se o que *autonomiza* o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações privadas do direito fundamental à privacidade. O que se protege do ponto de vista constitucional, nomeadamente no artigo 34.º da CRP, é a comunicação em si, prescrevendo-se a sua inviolabilidade, *independentemente* de o seu conteúdo contender com a reserva da intimidade da vida privada e familiar. Neste sentido, pode dizer-se, conforme assinalado pelo Tribunal Constitucional de Espanha, relativamente ao artigo 18.º, n.º 3, da Constituição espanhola, que o conceito de “inviolabilidade” tem carácter “formal”, no sentido de que “se aplica ao que é comunicado, independentemente do seu conteúdo e de o próprio objeto da comunicação pertencer ou não à esfera pessoal, íntima ou reservada”¹⁹. Consequentemente, estamos perante um direito que, pela sua

República Portuguesa Anotada, op. cit., anotação ao artigo 12.º, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra: Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, anotação de Jorge Miranda ao artigo 12.º.

¹⁸ Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., anotação ao artigo 34.º, pontos I, III e IV e XIII.

¹⁹ Cf. STC 114/1984, de 29 de novembro, disponível em www.tribunalconstitucional.es. Neste sentido, na doutrina espanhola, entre outros, JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7 (20) (1987), p. 38 ss., e OCÓN GARCÍA, “Constitución y secreto de la comunicaciones: desafíos tecnológicos para el derecho fundamental”, op. cit., p. 96.

natureza, pode ser gozado pelas pessoas coletivas e cujo gozo é compatível com a sua natureza²⁰.

Este outro entendimento, que autonomiza o direito à inviolabilidade das comunicações privadas de outros direitos fundamentais é defendido, também entre nós, na doutrina e na jurisprudência constitucional. Costa Andrade salienta, relativamente ao crime de violação de telecomunicações, que não se trata aqui da “privacidade em sentido material” mas, antes, de um caso paradigmático da “privacidade em sentido formal”, pelo que “é indiferente o conteúdo das missivas ou telecomunicações, não se exigindo que versem sobre coisas privadas ou íntimas nem que contendam com segredos. Pode tratar-se de matérias inteiramente anódinas, da troca de informações comerciais entre empresas ou mesmo da circulação de ofícios ou protocolos entre órgãos ou agentes da Administração Pública”²¹. Aderindo a este entendimento e louvando-se em jurisprudência anterior, o Tribunal Constitucional entendeu no Acórdão n.º 91/2023 que “a proteção das comunicações entre pessoas dispõe de assento constitucional próprio, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Lei Fundamental. Como se afirmou no Acórdão n.º 241/2002, «[i]ndependentemente da questão de saber se o sigilo das telecomunicações se inscreve sempre, numa relação de especialidade, com a tutela da vida privada (sendo embora seguro que o direito a tal sigilo garante o direito à reserva da intimidade da vida privada) certo é que aquele tem na Constituição um tratamento específico», que deriva do regime consagrado em matéria de inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada. Quer isto dizer que, não obstante o direito à inviolabilidade das comunicações constituir uma refração de outros direitos constitucionalmente tutelados (como o direito à reserva da intimidade da vida privada), a Constituição autonomizou a proteção de uma esfera de privacidade e de sigilo no domínio específico das comunicações interpessoais, associando-lhe uma garantia constitucional autónoma face àquela que já decorreria do n.º 1 do artigo 26.º da Constituição”. Isto é, “a garantia da inviolabilidade da correspondência que decorre dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º não supõe o caráter

²⁰ Assim concluem, apesar de a Constituição espanhola não ter norma equivalente ao nosso artigo 12.º, n.º 2, JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *op. cit.*, p. 51 s., OCÓN GARCÍA, *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos*, Universidad de la Rioja, 2020, p. 40 ss., e NEIRA PENA, “La interceptación de las comunicaciones de la persona jurídica investigada”, *Justicia*, 2 (2016), p. 423 ss.

²¹ Cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *op. cit.*, comentário ao artigo 194.º, § 5. No mesmo sentido, NUNO BRANDÃO, “Apreensão de Webmail em Processo Contraordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada”, *op. cit.*, p. 221.

pessoal ou particular do conteúdo da mensagem, não sendo posta em causa nem pelo facto de os endereços de correio eletrónico serem ‘profissionais’, nem pela eventualidade de o conteúdo das mensagens não se ligar à esfera da vida privada das pessoas envolvidas no circuito comunicativo. A autonomização da proteção da inviolabilidade das comunicações face ao direito à reserva da intimidade da vida privada tem justamente este sentido: a Constituição garante a segurança das comunicações, independentemente da qualidade do destinatário ou da natureza da mensagem”.

Concordando que o artigo 34.º da CRP consagra direitos que se autonomizam do da reserva da intimidade da vida privada e familiar, que o que se protege é a *privacidade formal*, é de concluir que as pessoas coletivas gozam da tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas, por se tratar de direito que é compatível com a sua natureza. Sem que isso signifique, porém, como já advertiu o Tribunal Constitucional²², que a aplicabilidade da norma constitucional nesse domínio opere exatamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que opera relativamente às pessoas singulares. Uma das questões que se coloca é, precisamente, a de saber se a aplicabilidade da norma está reservada ao juiz quando a visada é pessoa coletiva. A divergência entre os Acórdãos n.ºs 91/2023 e 533/2024, reside, precisamente, na resposta dada a esta questão, uma vez que, ainda que com fundamentação divergente, em ambos se entende que é constitucionalmente conforme norma que permita a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência.

2. No Acórdão n.º 91/2023 a resposta foi no sentido de a busca e apreensão de mensagens em caixa de correio eletrónico, em processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência por parte de pessoa coletiva, integrar a reserva de juiz, o que ditou o juízo de inconstitucionalidade da norma que permite que a apreensão seja autorizada pelo Ministério Público. Quanto a esta questão foi reiterada a jurisprudência constante do Acórdão n.º 687/2021, mediante o qual o Tribunal Constitucional se havia pronunciado no sentido da inconstitucionalidade de norma segundo a qual o Ministério Público, na qualidade de autoridade judiciária, pode autorizar, ordenar ou validar a apreensão de mensagens de correio eletrónico em fase de inquérito processual penal, por violação dos

²² Cf. Acórdão n.º 198/85.

artigos 18.º, n.º 2, e 32.º, n.º 4, do Código de Processo Penal. Entendeu-se que a solução “não satisfaz, de modo algum, as exigências constitucionais de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das intervenções restritivas em matéria de direitos fundamentais, decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, nem a específica imposição de intervenção de um Juiz de Instrução Criminal nos atos de inquérito que diretamente contendam com direitos fundamentais, consagrada no artigo 32.º, n.º 4, da CRP”.

Já o Acórdão n.º 533/2024 foi no sentido de aquela intromissão em caixa de correio eletrónico não integrar a reserva de juiz, por quatro razões que a própria decisão sumariza: “(i) porque não está em causa qualquer ingerência na autodeterminação comunicativa; (ii) porque a norma fiscalizada não se integra no ordenamento processual do crime e, como tal, não se encontra sujeita à observância do respetivo regime especial de garantias (artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa); (iii) porque a Lei Fundamental não impõe que esse tipo de ingerências na privacidade sejam subordinadas a autorização ou validação por Juiz, mesmo no domínio criminal, como não existe exigência nesse sentido sobre intrusões na liberdade de empresa ou na autodeterminação informacional (cfr. artigos 61.º e 35.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa); (iv) porque os controlos garantidos pela Lei, pelo Ministério Público antes da ingerência e a sindicância jurisdicional, depois, concretiza e excede os *standards* de Direito europeu sobre defesa da privacidade de ordem económica, alinhando o ordenamento com a jurisprudência europeia”.

3. Apesar de as pessoas coletivas gozarem do direito à inviolabilidade das comunicações, consagrado no artigo 34.º, n.º 1, da CRP, estamos perante um direito cujo gozo não opera exatamente nos mesmos termos com que opera relativamente às pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito à competência que é reservada ao juiz.

3.1. Ao direito à inviolabilidade das comunicações das pessoas coletivas não é associável uma qualquer dimensão *eminentemente pessoal* que justifique a reserva de juiz. Não correspondendo ao direito à inviolabilidade das comunicações privadas de que gozam as pessoas coletivas uma qualquer refração particularmente intensa e valiosa de um direito, mais geral, à privacidade – uma qualquer refração do interesse individual na reserva de intimidade da vida privada –, é de concluir que é constitucionalmente conforme a norma que permita ao Ministério Público autorizar, ordenar ou validar a apreensão de

correio eletrónico em processo penal ou contraordenacional. Como não está em causa a *privacidade* em sentido *material* – apenas em sentido formal –, como não se trata da restrição de um *direito eminentemente pessoal*²³, a autorização, ordem ou validação não integram o âmbito da reserva constitucional de juiz.

É esta a solução homóloga para as buscas no domicílio dos cidadãos em processo penal e em processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência (artigos 177.º do Código de Processo Penal e 19.º do *Novo Regime Jurídico da Concorrência*, respetivamente), as quais integram o âmbito da reserva constitucional de juiz (artigos 34.º, n.ºs 2 e 3, e 202.º, n.º 2, da CRP), diferentemente das buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público em que sejam visadas pessoas coletivas (artigos 174.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Penal e 18.º, n.ºs 1, alínea *a*), e 2, e 21.º do *Novo Regime Jurídico da Concorrência*, respetivamente), as quais podem ser autorizadas ou ordenadas pelo Ministério Público.

O entendimento de que o âmbito normativo de proteção do artigo 34.º, n.º 2, da CRP não inclui a sede e o domicílio profissional de pessoas coletivas, não estando por isso na competência reservada do juiz ordenar a busca que aí se realize, foi até já sufragado pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 593/2008 e 596/2008, com o argumento de que “a inviolabilidade do domicílio a que se refere o artigo 34.º da CRP exprime, numa área muito particular, a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar”, o que é estranho à natureza das pessoas coletivas.

3.2. No Acórdão n.º 687/2021, cuja jurisprudência foi reiterada no de 2023, não foi considerada, expressamente, a natureza da pessoa visada – cidadão ou pessoa coletiva, mas o que é facto é que o Tribunal associou a titularidade do direito à inviolabilidade das comunicações aos “cidadãos” e ligou-o, recorrentemente, ao direito à reserva da intimidade da vida privada consagrado no artigo 26.º, cuja natureza eminentemente pessoal é por todos apontada: “(...) os direitos fundamentais potencialmente afetados pelas normas questionadas são os direitos à inviolabilidade da correspondência e das comunicações (consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), e à proteção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática (nos termos do artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), enquanto refrações específicas do direito à reserva de intimidade da vida privada, (consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição)”; “trata-se, como se afirmou, de uma refração do

²³ Cf. *supra*, ponto 1 desta parte.

direito geral à reserva de intimidade da vida privada, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição”; “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”; “é admissível uma restrição aos direitos fundamentais ao *sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada* (consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), à *proteção dos dados pessoais*, no domínio da utilização da informática (que decorre da norma do artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), núcleos de *reserva de intimidade da vida privada* específica e intensamente tutelados pela Lei Fundamental, como a que se configura no regime jurídico instituído pelos preceitos questionados?”; “(...) considerando todos os argumentos até agora aduzidos, não se duvida de que os interesses prosseguidos pela investigação criminal constituem razões legítimas para uma afetação restritiva dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência e sigilo das comunicações (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), e à proteção dos dados pessoais, no domínio da utilização da informática (artigo 35.º, n.ºs 1 e 4 da Lei Fundamental), enquanto manifestações particular e intensamente tuteladas da reserva de intimidade da vida privada (n.º 1 do artigo 26.º da CRP)”.

Especificamente quanto à autorização, ordem ou validação por parte do Ministério Público, o Tribunal também não deixou tal ligação para trás: “a restrição de tais direitos especiais, que correspondem a refrações particularmente intensas e valiosas de um direito, mais geral, à privacidade, não pode deixar de respeitar não apenas as condições genericamente impostas pelo texto constitucional para qualquer lei restritiva de direitos fundamentais, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, como a exigência específica, em sede de processo criminal, de intervenção de um juiz, consagrada no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição”.

O que se impunha, por isso, questionar no Acórdão n.º 91/2023 era se um tal entendimento era transponível para o domínio do processo contraordenacional quando o visado é uma pessoa coletiva. Segundo jurisprudência do próprio Tribunal não basta afirmar que o gozo de determinado direito fundamental por parte da pessoa coletiva é *compatível* com a sua natureza, pois daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio vá operar exatamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que opera relativamente às pessoas singulares. De resto, de acordo com a jurisprudência firmada nos Acórdãos n.ºs 593/2008 e 596/2008 não

pode afirmar-se, como se afirma no Acórdão n.º 91/2023, 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 da 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)”.

Com efeito, a semelhança com as buscas domiciliárias, que é destacada no Acórdão, cessa na hipótese de a pessoa investigada ser uma pessoa coletiva. Dizendo de um outro modo: à semelhança do que sucede com as buscas não domiciliárias em que são visadas pessoas coletivas, a apreensão de mensagens em caixa de correio eletrónico pode ser autorizada pelo Ministério Público quando a visada seja pessoa coletiva. Isto, porque ao direito à inviolabilidade das comunicações das pessoas coletivas não se associa, de todo, a *dimensão pessoal* que, a existir, imporia a intervenção judicial prévia. Dimensão pessoal que é estranha à natureza das pessoas coletivas e que levou o Tribunal Constitucional a entender naqueles Acórdãos de 2008 que a busca em lugar reservado ou não livremente acessível ao público em que sejam visadas pessoas coletivas não integra a reserva de juiz. Da análise da jurisprudência constitucional, de que o Acórdão n.º 533/2024 é mais um exemplo, pode até inferir-se que o artigo 32.º, n.º 4, segunda parte, da CRP, reserva ao juiz de instrução a prática dos atos que se prendam com direitos fundamentais de *natureza eminentemente pessoal* (por exemplo, o direito à reserva da intimidade da vida privada ou familiar – artigo 26.º da CRP) ou aos quais se associe uma *dimensão eminentemente pessoal* (por exemplo, direito à inviolabilidade das comunicações quando o titular seja uma pessoa singular – artigo 34.º da CRP).

Por outro lado, o legislador não despreza o *princípio da proibição do excesso* a que o n.º 2 do artigo 18.º da CRP sujeita a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações (artigo 34.º, n.º 1) se, em processo penal ou contraordenacional em que o visado seja pessoa coletiva, a busca e a apreensão de mensagens em caixa de correio eletrónico for apenas precedida da autorização ou ordem do *Ministério Público*. Isto é, se for sujeita a um *controlo judiciário prévio*, destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com

a realização de buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público (*buscas não domiciliárias*), se a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações é necessária para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Além de não ser compreensível a afirmação de que a autorização do Ministério Público “não satisfaz, de modo algum, as exigências constitucionais de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das intervenções restritivas em matéria de direitos fundamentais, decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da CRP”²⁴, o Acórdão n.º 91/2023 não ponderou devidamente, a par da natureza coletiva da pessoa visada, que o Ministério Público é um outro órgão de administração da justiça. É uma *magistratura hierarquizada* que goza de *estatuto próprio e de autonomia*, à qual a CRP reconhece, por isso, a qualidade de *autoridade judiciária* nos artigos 27.º, n.º 3, alínea f), e 219.º, n.ºs 1, 2 e 3, e, em geral, no Título V da Parte III – *Tribunais* – onde está inserido. Do ponto de vista da lei, o estatuto e a autonomia resultam, entre outros, dos artigos 1.º, 3.º, 96.º, 97.º, n.ºs 1 e 2, do *Estatuto do Ministério Público*, 1.º, alínea b), 53.º e 54.º do Código de Processo Penal e 3.º, n.ºs 2 e 3, da *Lei da Organização do Sistema Judiciário*. No Acórdão n.º 7/87, a pronúncia do Tribunal Constitucional pela não inconstitucionalidade da norma que defere ao Ministério Público a competência para ordenar ou autorizar buscas não domiciliárias no inquérito em processo penal, fundou-se, precisamente, no estatuto de *autoridade judiciária* que lhe é inerente, estatuto que o diferencia de outras autoridades, nomeadamente das autoridades de polícia criminal²⁵.

²⁴ Sobre isto, com pertinência, RUI CARDOSO, “A apreensão de correio electrónico após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021: do juiz das liberdades ao juiz purificador investigador?”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 1 (2021), p. 150 e ss.

²⁵ Sobre o alcance do Acórdão n.º 7/87 em matéria de buscas e, em geral, sobre a partilha de competências entre o Ministério Público e o juiz de instrução, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, p. 101 ss. e, em especial, p. 109 s.

O Clima em Estrasburgo – A Proteção de um Clima Estável após o Acórdão Verein Klima Seniorinnen Schweiz et al. c. Suíça*

Armando Rocha

*Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito
Católica Research Centre for the Future of Law
armandorocha@ucp.pt*

Ana Luísa Bernardino

*Postdoctoral Fellow, University of Helsinki
Swiss National Science Foundation
analuisa.bernardino@helsinki.fi*

Resumo: Este artigo analisa os acórdãos *KlimaSeniorinnen* e, incidentalmente, *Duarte Agostinho*, proferidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), nos quais este tribunal se pronunciou, pela primeira vez, sobre o impacto que os fenómenos relacionados com as alterações climáticas têm no gozo efetivo de direitos humanos. Para este efeito, este artigo analisa o modo como o TEDH endossou a existência de uma obrigação positiva, decorrente do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), de adoção e implementação de um quadro regulatório destinado a reduzir as emissões de gases com efeito de estufa a partir do território e jurisdição do Estado – o que implica, ainda, a análise da conceção de jurisdição extraterritorial sufragada no acórdão *Duarte Agostinho*. Por outro lado, este artigo analisa a leitura do TEDH

* Atendendo a que o Inglês (ao contrário do Português) é uma das versões autênticas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, esta é uma das línguas em que deve ser interpretado tanto o seu texto (cf. n.º 1 do artigo 33.º da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados), quanto a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Por essa razão, as citações da jurisprudência deste tribunal ao longo do presente artigo serão feitas na sua versão oficial em Inglês.

sobre a condição de vítima e a legitimidade ativa ao abrigo do artigo 34.º da CEDH de indivíduos e de associações. Por fim, o artigo analisa a complexidade da execução do acórdão *KlimaSeniorinnen*, desde logo porque a questão climática testa os limites dos princípios da subsidiariedade, separação de poderes e margem de apreciação nacional.

Abstract: This article analyzes the *KlimaSeniorinnen* and, incidentally, *Duarte Agostinho* judgments, both delivered by the European Court of Human Rights (ECtHR), in which the Court ruled, for the first time, on the impact of climate change on the effective enjoyment of human rights. To this end, this article assesses how the ECtHR endorsed the existence of a positive obligation, derived from Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), to adopt and implement a regulatory framework aimed at reducing greenhouse gas emissions from within the territory and jurisdiction of the State – which also implies analyzing the concept of extraterritorial jurisdiction espoused in the *Duarte Agostinho* ruling. On the other hand, this article assesses the ECtHR’s interpretation of the victim status and the legal standing of individuals and associations pursuant to Article 34 of the ECHR. Finally, this article assesses the complexity of implementing the *KlimaSeniorinnen* ruling, first and foremost because climate change judgments test the limits of the principles of subsidiarity, separation of powers, and States’ margin of appreciation.

Palavras-Chave: Alterações climáticas; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Direito humano a um ambiente sadio; Execução de acórdão; Jurisdição extraterritorial; Legitimidade ativa; Obrigações positivas; *Verein KlimaSeniorinnen*.

Keywords: Climate change; European Convention on Human Rights; Human Right to a Healthy Environment; Execution of judgments; Extraterritorial jurisdiction; Legal standing; Positive obligations; *Verein KlimaSeniorinnen*.

I. Introdução

A 9 de abril de 2024, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) proferiu o acórdão *KlimaSeniorinnen*¹, o qual (em conjunto com os acórdãos *Duarte Agostinho*² e *Carême*³) constitui a sua primeira tomada de posição sobre o impacto das alterações climáticas no gozo dos direitos protegidos

¹ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al v. Switzerland* (App. No 53600/20) ECtHR [GC] 9 April 2024.

² *Duarte Agostinho et al v. Portugal et al* (App. No 39371/20) ECtHR [GC] 9 April 2024.

³ *Carême v. France* (App. No 7189/21) ECtHR [GC] 9 April 2024.

pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)⁴ – tendo concluído que os Estados Parte têm a obrigação positiva, decorrente da CEDH, de adotar e implementar um quadro regulatório que permita reduzir as emissões de gases com efeito de estufa (GEE) dentro do seu território ou jurisdição.

Com efeito, a ciência tem mostrado que a emissão excessiva de GEE produz uma disrupção no sistema climático que, a jusante, pode ter um impacto negativo no gozo efetivo de direitos humanos – mormente os direitos à vida, à integridade física, à saúde, à proteção do domicílio e vida familiar ou à propriedade privada, para além do próprio direito a um ambiente sadio. É essa, aliás, a razão por que o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas tem insistido na ideia de que “*climate change poses an immediate and far-reaching threat to people and communities around the world and has implications for the full enjoyment of human rights*”⁵. E é esta também a razão por que o processo *KlimaSeniorinnen* recebeu um número elevado de intervenções de terceiros ao abrigo do n.º 2 do artigo 36.º da CEDH⁶ (incluindo contributos da sociedade civil).

Trazer a questão climática para o seio do TEDH não é certamente uma “bala de prata” salvífica⁷, mas é uma alternativa útil perante o impasse nas negociações internacionais em matéria climática, a impossibilidade de uso efetivo dos mecanismos de resolução de conflitos previstos no artigo 14.º da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas⁸

⁴ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (adotada a 4 de novembro de 1950, entrou em vigor a 3 de setembro de 1953) 213 UNTS 221, ETS No 5.

⁵ Human Rights Council Res 7/23 (*Human Rights and Climate Change*) UN Doc A/HRC/7/78, 14 July 2008. Cf., igualmente, Res 10/4, UN Doc A/HRC/RES/10/4, 25 March 2009; Res 18/22, UN Doc A/HRC/RES/18/22, 30 September 2011; Res 26/27, UN Doc A/HRC/RES/26/27, 27 June 2014; Res 29/15, UN Doc A/HRC/RES/29/15, 2 July 2015; Res 32/33, UN Doc A/HRC/RES/32/33, 1 July 2016; Res 35/20, UN Doc A/HRC/RES/35/20, 22 June 2017; Res 38/4, UN Doc A/HRC/RES/38/4, 5 July 2018; Res 41/21, UN Doc A/HRC/RES/41/21, 12 July 2019; Res 44/7, UN Doc A/HRC/RES/44/7, 16 July 2020; Res 47/24, UN Doc A/HRC/RES/47/24, 26 July 2021; Res 50/9, UN Doc A/HRC/RES/50/9, 7 July 2022; Res 53/6, UN Doc A/HRC/RES/53/6, 19 July 2023.

⁶ No mesmo sentido, cf. ANDREAS HÖSLI / MERET REHMANN, “*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland: the European Court of Human Rights’ Answer to Climate Change*”, *Climate Law*, 14 (2024), p. 266.

⁷ CORINA HERI, “*KlimaSeniorinnen* and Its Discontents: Climate Change at the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review* 4 (2024), pp. 318 s.; ARMANDO ROCHA, “Direitos Humanos e Alterações Climáticas – O Caso Europeu”, in Mário Aroso de Almeida et al, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória F.P.D. Garcia*, vol. I, Lisboa: UCP Editora, 2023, pp. 387-388; ARMANDO ROCHA / RÓMULO SAMPAIO, “Climate Change before the European and Inter-American Courts of Human Rights: Comparing Possible Avenues before Human Rights Bodies”, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 32 (2023), p. 280.

⁸ Adotado a 9 de maio de 1992, entrou em vigor a 21 de março de 1994 (1771 UNTS 107).

e no artigo 24.º do Acordo de Paris⁹ e a insuficiência dos meios de litigância em direito interno¹⁰. Por outro lado, o TEDH é, também, um órgão judicial internacional de acesso aberto aos particulares¹¹ e que tem uma longa experiência na aplicação dos princípios da margem de apreciação dos Estados, da subsidiariedade e da separação de poderes. É este enquadramento que explica por que razão, a 26 de novembro de 2020, uma organização não-governamental (a Verein KlimaSeniorinnen Schweiz) e quatro associadas suas apresentaram uma queixa contra a Suíça junto do TEDH, ao abrigo do artigo 34.º da CEDH, alegando que a omissão deste Estado na adoção de políticas de mitigação constitui uma violação dos artigos 2.º, 6.º, 8.º e 13.º da CEDH. Ou seja, o objeto do processo cinge-se à ausência de políticas de mitigação, não abrangendo a ausência (ou desadequação) de medidas de adaptação¹².

Neste quadro, o presente artigo pretende, em primeiro lugar, analisar: como o TEDH revelou a existência de uma obrigação jurídica de mitigação climática ao abrigo da CEDH (Secção II); qual o entendimento do TEDH em relação à jurisdição extraterritorial dos Estados (Secção III); por que razão o TEDH aceitou a legitimidade ativa de uma associação ao abrigo do artigo 34.º da CEDH, apesar de não reconhecer a legitimidade ativa ou condição de vítima das suas associadas (Secção IV); e que medidas de execução serão adotadas na sequência do acórdão *KlimaSeniorinnen*.

II. A descoberta de uma obrigação de proteção de um clima estável no âmbito da CEDH

A CEDH faz parte do *cluster* de tratados de direitos humanos cujo catálogo não inclui o direito a um ambiente sadio¹³ – e muito menos,

⁹ Adotado a 12 de dezembro de 2015, entrou em vigor a 4 de novembro de 2016 (3156 UNTS 79).

¹⁰ No caso português, cf. Último Recurso *et al c. Estado Português* (Processo n.º 28650/23.0T8LSB), despacho liminar de 11 de abril de 2024, no qual o juiz do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa indeferiu liminarmente a petição inicial das autoras, por ineptidão da petição resultante da ininteligibilidade do pedido (cf. alínea a) do n.º 2 do artigo 186.º do Código de Processo Civil), assim declarando a nulidade do processo.

¹¹ Cf. artigo 34.º da CEDH.

¹² Cf. *KlimaSeniorinnen* [2024] § 3. Ainda assim, não se pode ignorar que a petição das autoras labora sobre alguma confusão entre (ausência de) políticas de mitigação e de adaptação, sendo possível encontrar a mesma confusão ao longo do próprio acórdão do TEDH. Aliás, o próprio tribunal concluiu que a adoção e implementação de políticas de adaptação é uma obrigação de proteção decorrente do artigo 8.º da CEDH: cf. § 552.

¹³ ARMANDO ROCHA / HELOÍSA OLIVEIRA, “Human Rights and Fundamental Rights”, in Carla Amado Gomes / Heloísa Oliveira / Madalena Perestrelo de Oliveira (coord.), *A Treatise on Environmental Law*, vol. III, *Environmental Law and Other Fields*, Lisboa: LPL Editions, 2024, pp. 40-41. Conforme referiu o TEDH,

claro está, o direito a um clima estável ou a uma atmosfera saudável¹⁴. É verdade que, em 2021, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa recomendou ao Comité de Ministros a adoção de um Protocolo Adicional à CEDH relativo à proteção do direito a um ambiente sadio¹⁵ – mas, enquanto este protocolo não for formalmente adotado, a jurisprudência “verde” do TEDH apenas se pode basear na revelação de obrigações jurídicas derivadas dos direitos e liberdades atualmente previstos na CEDH¹⁶.

O silêncio da CEDH em relação ao direito a um ambiente sadio é historicamente compreensível. Simplesmente, o silêncio não significa indiferença em relação a questões ambientais ou climáticas¹⁷, como se verá já de seguida.

1. A jurisprudência ambiental do TEDH

A ausência de um direito a um ambiente sadio na CEDH não impediu o TEDH de desenvolver uma jurisprudência abundante e heterogénea em relação à proteção de valores ambientais¹⁸, inaugurada com o acórdão *López Ostra*. Neste último acórdão, o TEDH referiu que os Estados têm a obrigação jurídica de mitigar o risco ambiental de forma a proteger os direitos humanos elencados na CEDH: *in casu*, o direito gozo do domicílio e da vida privada e familiar ao abrigo do artigo 8.º da CEDH¹⁹. Destarte, ainda que nenhuma

‘no right to nature preservation is included as such among the rights and freedoms guaranteed by the Convention or its Protocols’ [cf., *inter alia*, *Kyrtatos v. Greece* (App. No 41666/98) ECtHR 22 May 2003, § 52; *Hatton and Others v. United Kingdom* (App. No 36022/97) ECtHR [GC] 8 July 2003, § 96; *Ivan Atanasov v. Bulgaria* (App. No 12853/03) ECtHR 2 December 2010, § 66; ou *Dubetska and Others v. Ukraine* (App. No 30499/03) ECtHR 10 February 2011, § 105].

¹⁴ HÖSLI / REHMANN (n.º 7) p. 271.

¹⁵ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, ‘Recommendation No 2211, Anchoring the Right to a Healthy Environment: Need for Enhanced Action by the Council of Europe’ (adopted 29 September 2021).

¹⁶ É verdade que o TEDH já se referiu ao “*right of the people concerned ... to live in a safe and healthy environment*” [*Tătar v. Romania* (App. No 67021/01) ECtHR 27 January 2009, § 112, ou *Di Sarno and Others v. Italy* (App. No 30765/08) ECtHR 10 January 2012, § 110], o que seria um sucedâneo da afirmação de um direito humano a um ambiente sadio. Todavia, o TEDH precisou que um direito autónomo a um ambiente sadio não se encontra no âmbito de proteção da CEDH (*KlimaSeniorinnen* [2024] § 447), ainda que as questões ambientais possam influir na ponderação de valores ínsita a cada direito e liberdade protegido pela CEDH.

¹⁷ Cf., *inter alia*, ROCHA (n.º 8) pp. 385-386; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 280.

¹⁸ Cf., *inter alia*, CARLA AMADO GOMES, “Escrever Verde por Linhas Tortas: O Direito ao Ambiente na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista do Ministério Público*, 120(5) (2009); ou ROCHA / OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 40 s.

¹⁹ *López Ostra v. Spain* (App. No 16798/90) ECtHR 9 December 1994, §§ 51-58. Para uma síntese desta abordagem jurisprudencial “verde”, cf. *Klima Seniorinnen* [2024] §§ 446 s.

disposição da CEDH tenha sido especificamente desenhada para a proteção do ambiente ou do clima²⁰, é possível revelar obrigações jurídicas ambientais ou climáticas derivadas de outras disposições da CEDH, designadamente se os fatores ambientais, de fonte antropogénica, incrementarem o risco de impacto negativo sobre o gozo efetivo de direitos humanos²¹. Assim, o princípio da separação de poderes e o papel da vontade do Estado enquanto fonte material da obrigação jurídica internacional impedem o TEDH de revelar o direito subjetivo a um ambiente sadio, mas não o impedem de decantar obrigações ambientais derivadas ou secundárias, acessórias à proteção efetiva de um direito humano protegido pela CEDH, nisto se traduzindo o processo de “greening” dos direitos humanos²². Foi isto que o TEDH fez no acórdão *López Ostra*, mas também noutros acórdãos em que considerou que disposições como o artigo 2.º (direito à vida) ou o artigo 8.º (direito à proteção do domicílio e da vida privada e familiar) da CEDH podem constituir um bom porto para fundear obrigações ambientais derivadas. Foi, também, isto o que sucedeu no acórdão *KlimaSeniorinnen*: longe de identificar um direito humano a um clima estável ou a uma atmosfera limpa, o TEDH referiu que do artigo 8.º da CEDH decorre a obrigação positiva de adoção e implementação de um quadro regulatório de mitigação climática.

Com efeito, sendo as alterações climáticas causadas a montante por poluição atmosférica (i.e., a emissão e concentração excessivas de GEE na atmosfera terrestre), a sua qualificação como dano ambiental não suscita nenhuma dificuldade metodológica. Ainda que se saiba que, com base nos modelos disponíveis, a prova da causalidade entre emissões de GEE e impacto no gozo de direitos humanos é diabólica, a verdade é que a mera criação ou incremento do risco de violação de direitos humanos também é uma forma de violação da CEDH²³.

²⁰ Cf., *inter alia*, *Kyrtatos* [2003] § 52; *Hamer v. Belgium* (App. No 21861/03) ECtHR 27 November 2007, § 79; *Rimer and Others v. Turkey* (App. No 18257/04) ECtHR 10 March 2009, § 38; *Atanasov* [2010] § 66; *Dubetska* [2011] § 105; *Martínez Martínez and Pino Manzano v. Spain* (App. No 61654/08) ECtHR 3 July 2012, § 42; *Cordella and Others v. Italy* (Apps Nos 54414/13 & 54264/15) ECtHR 24 January 2019, § 100.

²¹ ALAN BOYLE / CATHERINE REDGWELL, *Birmie, Boyle & Redgwell's International Law & the Environment*, 4.ª edição, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 290.

²² JOHN KNOX, *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, Report to the UN Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/73/188 (2018) §§ 12 s.

²³ VLADISLAVA STOYANOVA, “Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 18 (2018), p. 309.

Porém, as alterações climáticas não são apenas uma espécie dentro do género dano ambiental: são verdadeiramente o “Golias” das externalidades ambientais negativas com fonte antropogénica²⁴. Por isso, a questão que se coloca é a de saber se a jurisprudência ambiental do TEDH é apta a servir de amparo num caso relacionado com as alterações climáticas, ou se a escala e natureza do dano climático não exige o desenvolvimento de uma linha jurisprudencial autónoma. De acordo com o TEDH, “*climate change cases present several specific characteristics distinguishing them from «classic» environmental cases*”²⁵, donde decorre que “*it would be neither adequate nor appropriate to follow an approach consisting in directly transposing the existing environmental case-law to the context of climate change*”²⁶. O mais adequado, então, é adotar “*an approach which both acknowledges and takes into account the particularities of climate change and is tailored to addressing its specific characteristics*”²⁷ – o que na prática se traduz numa metodologia elaborada, por defeito, na jurisprudência “verde” do TEDH, ainda que temperada com as especificidades que o TEDH entende necessárias em função da escala e natureza da questão climática²⁸. Aliás, no acórdão *KlimaSeniorinnen*, a jurisprudência ambiental do TEDH revelou-se perfeitamente adaptável à questão climática, sem prejuízo de o tribunal reconhecer que os conceitos de “vítima” ou de “nexo de causalidade” exigem uma leitura mais arrojada²⁹.

2. A inclusão da proteção do clima no artigo 8.º da CEDH

Como já se aflorou, a questão colocada no acórdão *KlimaSeniorinnen* era se a alegada ausência de ação de mitigação, por parte da Suíça, consubstanciava uma violação da CEDH. Ciente da complexidade desta questão, o TEDH foi cuidadoso no desenvolvimento e fundamentação da sua decisão, tendo concluído pela existência de uma violação do artigo 8.º da CEDH – disposição que, no seu entender, inclui o direito a uma proteção efetiva contra os impactos adversos das alterações climáticas na vida, saúde, bem-estar e qualidade de vida dos indivíduos³⁰. Para além disso, o TEDH

²⁴ WILLIAM NORDHAUS, *The Climate Casino – Risk, Uncertainty, and Economics of a Warming World*, New Haven: Yale University Press, 2013, p. 18.

²⁵ Duarte Agostinho [2024] § 189.

²⁶ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 422.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*, §§ 416 s.

³⁰ *Idem*, § 519.

também concluiu que o facto de os tribunais internos suíços não terem sido capazes de discutir o mérito da questão que lhes foi colocada constituía uma violação do artigo 6.º da CEDH³¹ (matéria que não será desenvolvida neste artigo). Neste quadro, o TEDH considerou não ser relevante analisar a possível violação dos artigos 2.º e 13.º da CEDH, sem prejuízo de, em nosso entender, a escala e a natureza dos impactos induzidos pelas alterações climáticas tornarem a análise destes eventos mais adequada à luz do artigo 2.º do que do artigo 8.º da CEDH³².

O excursão feito pelo TEDH é simples. De acordo com a ciência disponível³³, é inegável que as alterações climáticas têm um impacto sério e potencialmente irreversível no gozo efetivo de direitos humanos³⁴ – impacto cuja magnitude é superior nos grupos mais vulneráveis, que carecem de proteção e apoio especial por parte das autoridades públicas³⁵. A dificuldade, por isso, não está em saber se as emissões de GEE podem constituir uma conduta violadora de um direito humano (ainda que decorram da atividade de operadores privados), mas antes que obrigações positivas emergem para os Estados quanto à regulação destas emissões de GEE. Para o efeito, o TEDH assumiu como seu pressuposto de partida que “*there are sufficiently reliable indications that anthropogenic climate change exists, that it poses a serious current and future threat to the enjoyment of human rights guaranteed under the Convention, that States are aware of it and capable of taking measures to effectively address it, that the relevant risks are projected to be lower if the rise in temperature is limited to 1.5°C above pre-industrial levels and if action is taken urgently, and that current global mitigation efforts are not sufficient to meet the latter target*”³⁶. Se estes foram os pressupostos ontológicos para a decisão do TEDH, a ferramenta operacional a que recorreu foi o instituto da “obrigação positiva”³⁷.

³¹ *Idem*, § 640.

³² ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 283.

³³ Ciência que não foi desafiada, nem questionada, pelo Estado demandado ou pelos outros Estados intervenientes (*KlimaSeniorinnen* [2024] § 432).

³⁴ *Idem*, § 431.

³⁵ *Idem*, § 410.

³⁶ *Idem*, § 436.

³⁷ Sobre este instituto, cf., entre outros, A.R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2024; VLADISLAVA STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford: Oxford University Press, 2023; ou FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme* (com a colaboração de Laure Milano / Béatrice Pastre-Belda / Aurélia Schahmanèche), 16.ª edição, Paris: PUF, 2023, pp. 249 s.

3. A “obrigação positiva” como chave dogmática

O instituto da “obrigação positiva” foi forjado de forma pretoriana a partir de uma qualificação tripartida de obrigações decorrentes da CEDH e que inclui, *grosso modo*: a obrigação de “respeitar” (que exige que o Estado se abstenha de violar direitos humanos dos particulares); a obrigação de “proteger” (que exige do Estado uma intervenção para impedir que os direitos de um particular sejam violados por um terceiro, mormente por outro particular); e a obrigação de “implementar” (que exige do Estado a adoção de políticas públicas que assegurem, materialmente, o gozo de direitos humanos). Enquanto a primeira obrigação se qualifica como negativa (*non facere*), as outras duas obrigações se qualificam como positivas (*facere*). Apesar de a terminologia usada pela CEDH e pelo TEDH ser autónoma em relação aos direitos humanos, esta taxonomia encontra eco na linguagem própria da teoria do direito constitucional e dos direitos fundamentais.

No domínio ambiental, é pacífico que o Estado está vinculado tanto a obrigações de proteção, quanto de implementação³⁸, que lhe exigem a antecipação de fatores de risco sobre o gozo efetivo de direitos humanos e a tomada de ações de forma a eliminar ou mitigar esse risco – o que inclui a adoção de um naipe heterogéneo de políticas públicas, tais como a adoção e implementação de um quadro regulatório que seja apto gerir esse risco ambiental e a adoção de ações materiais que evitem ou mitiguem os efeitos de desastres naturais que sejam previsíveis³⁹. Ou seja, trata-se de uma obrigação jurídica perfeitamente simétrica à que pode ser encontrada nos direitos constitucionais dos Estados, tal como se pode verificar no acórdão *Neubauer*⁴⁰ do Tribunal Constitucional alemão.

No âmbito das alterações climáticas, este é, porventura, o busílis da questão, dado que as emissões antropogénicas de GEE são diretamente imputáveis a operadores privados. Ainda assim, o Estado dispõe de uma obrigação positiva, decorrente da CEDH, de orquestrar a atividade privada⁴¹ (de forma a eliminar ou a reduzir emissões de GEE) e de regular, autorizar, controlar e monitorizar

³⁸ *E.g.*, *López Ostra* [1994] § 52; *Hatton* [2003] § 98; *Öneryıldız v. Turkey* (App. No 48939/99) ECtHR 30 November 2004, § 71; *Fadeyeva* [2005] § 89; *Budayeva and Others v. Russia* (Apps Nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 & 15343/02) ECtHR 20 March 2008, § 130; *Tatar* [2009] § 87; *Cordella* [2019] §§ 159-160.

³⁹ *Cf.*, *inter alia*, SUMUDU ATAPATTU, *Human Rights Approaches to Climate Change: Challenges and Opportunities*, 1.ª edição, Londres: Routledge, 2016; BRIDGET LEWIS, *Environmental Human Rights and Climate Change: Current Status and Future Prospects*, 1.ª edição, Singapura: Springer, 2018, p. 177; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁰ *Neubauer et al v. Germany*, BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20 (*Klimaschutz*), Acórdão de 24 de março de 2021 (*Bundesverfassungsgericht*).

⁴¹ *E.g.*, *Duarte Agostinho* [2024] § 192.

a conduta de operadores privados⁴². Sem surpresa, esta linha de pensamento foi vertida para o acórdão *KlimaSeniorinnen*⁴³, no qual o TEDH referiu ainda a proteção do direito de acesso à informação essencial que permita aos indivíduos avaliar os riscos, para a sua vida e saúde, associados às alterações climáticas⁴⁴.

O TEDH também reconhece que o desenho em concreto das medidas climáticas se insere na margem de apreciação dos Estados (a qual é naturalmente ampla no âmbito das políticas ambientais)⁴⁵, ainda que os Estados possam ser assistidos pelo Comité de Ministros na fase de supervisão da execução de acórdão⁴⁶. Ou seja, a regra é caber aos Estados o *design* e implementação de políticas climáticas⁴⁷, não cabendo ao TEDH a microgestão multisectorial que as políticas climáticas necessariamente envolvem, nem a formulação de opções e juízos de valor que são próprios da função político-legislativa⁴⁸, pois tal seria dificilmente compatível com os princípios da margem de apreciação dos Estados, da subsidiariedade e da separação de poderes.

Todavia, o TEDH mostrou estar ciente da necessidade de clarificar o que se insere na margem de apreciação dos Estados. Por isso, estabeleceu uma distinção morfológica entre obrigações dos Estados em matéria climática: por um lado, a necessidade de ação climática e o estabelecimento de prazos e metas de redução de emissões de GEE são obrigações jurídicas em relação às quais não existe margem de apreciação; por outro lado, o *design* em concreto de cada política climática já se insere na margem de apreciação dos Estados, o que não impede a existência de algum controlo judicial por parte do TEDH⁴⁹.

Este último ponto (a sujeição a controlo judicial) é o corolário lógico de a obrigação a cargo dos Estados – i.e., de adoção e implementação de um quadro regulatório que reduza as emissões de GEE – se qualificar como uma obrigação de *due diligence*⁵⁰. Com efeito, e no que interessa a este artigo, a forma de cumprimento em direito interno de uma obrigação de *due diligence* é, igualmente, uma questão de direito internacional e, por isso mesmo, está sujeita

⁴² *Hatton* [2003] § 98; *Öneryıldız* [2004] §§ 89-90; *Fadeyeva* [2005] § 89; *Tatar* [2009] §§ 87-88. Cf. ainda, ROCHA (n.º 8) p. 394; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 284.

⁴³ *KlimaSeniorinnen* [2024] §§ 538 s.

⁴⁴ *Idem*, § 538(f).

⁴⁵ *Idem*, § 538(c).

⁴⁶ Cf. artigo 46.º da CEDH.

⁴⁷ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 538(d).

⁴⁸ LEWIS (n.º 40) p. 185; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁹ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 543.

⁵⁰ *Idem*, § 538(e).

a controlo jurisdicional por parte do TEDH⁵¹ – o que significa que, em face das circunstâncias de cada caso, o TEDH pode verificar se uma medida ou política nacional de redução de emissões de GEE é adequada ao cumprimento das obrigações que decorrem da CEDH⁵², verificando inclusive a ponderação de valores ínsita na medida nacional. Neste plano, é normal que o TEDH aceite a ponderação de valores efetuada pelas autoridades nacionais, já que a reavaliação deste juízo de ponderação por parte de uma entidade supranacional pode ser vista como intrusiva por parte das autoridades do Estado. Por isso, no acórdão *Hatton*, o TEDH forjou uma política de deferência em relação ao juízo feito pelas autoridades nacionais⁵³, que no acórdão *Cordella* foi já reduzida apenas a uma “certa” margem de apreciação⁵⁴. Porém, o receio do TEDH reside no facto de que as alterações climáticas e a ação de mitigação e adaptação têm um impacto potencial em todos os aspetos da nossa vida em sociedade, pelo que seria fácil para os Estados encontrar uma justificação para a não adoção ou implementação de políticas de redução de GEE⁵⁵. Por essa razão, o TEDH referiu que – tendo presente o consenso científico em relação à raiz antropogénica das alterações climáticas, ao seu impacto no gozo efetivo de direitos humanos e à urgência na ação de mitigação (sob pena de irreversibilidade de alguns dos seus efeitos) – “*climate protection should carry considerable weight in the weighing-up of any competing considerations*”⁵⁶. Apesar de a formulação verbal “*should*” indiciar a não vinculatividade desta observação, ela deve ser antes compreendida como uma indicação obrigatória para os Estados, pese embora o TEDH não pudesse afirmar que a ação climática deve prevalecer *sempre* sobre qualquer interesse conflitante. O que daqui decorre, então, é a assunção, pelo TEDH, do poder de verificar se o *design* adotado a nível nacional corresponde a uma correta ponderação de interesses e se é adequado a reduzir emissões de GEE a partir do território ou jurisdição do Estado contratante.

Para este efeito, o TEDH indicou uma metodologia de aferição do cumprimento da obrigação de mitigação climática⁵⁷: primeiro, o Estado

⁵¹ Em geral, cf. ALICE OLLINO, *Due Diligence Obligations in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

⁵² *KlimaSeniorinnen* [2024] § 538(g).

⁵³ *Hatton* [2003] §§ 97, 98 e 100. Cf. ainda, *Taşkın and Others v. Turkey* (App. No 46117/99) ECtHR 10 November 2004, § 116; *Fadeyeva* [2005] § 103; *Dubetska* [2011] § 142.

⁵⁴ *Cordella* [2019] § 158.

⁵⁵ BOYLE / REDGWELL, *op. cit.*, p. 293.

⁵⁶ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 542.

⁵⁷ *Idem*, § 550.

deve tomar medidas gerais de quantificação do esforço de mitigação, através da adoção de prazos e metas de mitigação (incluindo prazos e metas intercalares); segundo, o Estado deve fornecer dados científicos sobre o cumprimento destes objetivos de mitigação; terceiro, o Estado deve atualizar o seu esforço de redução de emissões de GEE, agindo de acordo com a melhor ciência disponível e com os parâmetros de diligência devida (“*due diligence*”); e quarto, o Estado deve atuar em tempo útil e de modo adequado e coerente na elaboração e implementação das suas medidas de mitigação.

4. O estabelecimento de prazos e metas

Conforme se referiu, o TEDH indicou que decorre do artigo 8.º da CEDH a obrigação positiva de os Estados adotarem e implementarem um quadro regulatório orientado para a redução de emissões de GEE. A metodologia dos “prazos e metas” também é o alicerce central dos tratados sobre alterações climáticas⁵⁸, designadamente o Acordo de Paris. Porém, parece que a obrigação decorrente do artigo 8.º da CEDH é mais densa do que a decorrente do artigo 4.º do Acordo de Paris.

Com efeito, o artigo 4.º do Acordo de Paris refere que os Estados têm a obrigação de preparar, comunicar e manter sucessivas contribuições determinadas nacionalmente, as quais devem refletir o seu mais elevado nível de ambição. Para além disso, devem implementar no direito interno a sua contribuição determinada nacionalmente e substituir, a cada cinco anos, a sua contribuição determinada nacionalmente por outra mais ambiciosa. Todavia, o Acordo de Paris não estabelece uma obrigação jurídica suficientemente densa de redução de emissões de GEE, tal como apontado pela doutrina⁵⁹.

Por seu turno, o TEDH referiu que, ao abrigo do artigo 8.º da CEDH, os Estados têm a obrigação de adoção de “*measures for the substantial and progressive reduction of their respective GHG emission levels, with a view to reaching net neutrality within, in principle, the next three decades*”; para que estas medidas sejam efetivas, “*it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate and consistent manner*”⁶⁰. Para além disso, “*in order for this to be genuinely feasible, and to avoid a disproportionate burden on*

⁵⁸ DANIEL BODANSKY / JUTTA BRUNNÉE / LAVANYA RAJAMANI, *International Climate Change Law*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 132-133.

⁵⁹ Sobre esta questão, cf. LAVANYA RAJAMANI, “The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations”, *Journal of Environmental Law* 28 (2016), pp. 337 s.

⁶⁰ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 548.

future generations, immediate action needs to be taken and adequate intermediate reduction goals must be set for the period leading to net neutrality. Such measures should, in the first place, be incorporated into a binding regulatory framework at the national level, followed by adequate implementation”⁶¹.

Destarte, a densidade da obrigação jurídica decorrente do artigo 8.º da CEDH parece superar a do artigo 4.º do Acordo de Paris em pelo menos dois aspetos: primeiro, se, no Acordo de Paris, os Estados são os fatores da sua própria contribuição determinada nacionalmente (o que lança a referida neblina sobre a sua qualificação como obrigação jurídica), a obrigação jurídica de estabelecer prazos e metas decorre do próprio artigo 8.º da CEDH; segundo, se o Acordo de Paris é silencioso quanto à valoração da diligência devida (“*due diligence*”) do Estado (pese embora possa ser retirada do conceito de “maior grau possível de ambição”)⁶², o acórdão *KlimaSeniorinnen* elenca um conjunto de elementos que definem um padrão objetivo de conduta do Estado e um critério normativo de valoração dessa conduta. Sendo a CEDH e o Acordo de Paris regimes especiais de direito internacional, o (in)cumprimento de um não implica, por si só, o (in)cumprimento do outro. Todavia, pode ler-se nas entrelinhas do acórdão *KlimaSeniorinnen* a ideia de que a CEDH é mais exigente do que o Acordo de Paris na determinação da obrigação de mitigação climática enquanto obrigação de proteção decorrente do artigo 8.º da CEDH.

5. A conclusão em relação à situação da Suíça

No caso concreto, o TEDH aplicou estes elementos na avaliação do quadro jurídico em vigor na Suíça. Apesar de este ser um juízo naturalmente casuístico, dele podem-se extrair indicações sobre a posição do TEDH em relação a outros processos com uma moldura factual semelhante, incluindo o caso português.

O TEDH começou por referir que a legislação suíça em vigor (a designada “*Loi sur le CO₂*”, de 2011) exigia a redução de emissões de GEE, até 2020, em 20% por comparação com os valores de 1990, pese embora o esforço para Estados desenvolvidos fosse mais adequado se fixado entre os 25% e os 40%⁶³. Por isso mesmo, aliás, o Conselho Federal suíço propôs, em 2017, uma revisão daquela lei que, para o período entre 2020 e 2030, fixasse a redução de emissões de GEE em 50% (das quais 30% se refeririam a medidas no território

⁶¹ *Idem*, § 549.

⁶² BENOIT MAYER, “The ‘Highest Possible Ambition’ on Climate Change Mitigation as a Legal Standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73 (2024), pp. 225 s.

⁶³ *Idem*, § 558.

suíço). Todavia, esta proposta foi rejeitada em referendo popular realizado a 13 de junho de 2011, o que significa que, para o período a partir de 2020, existiria uma lacuna jurídica no Estado suíço⁶⁴. De forma a preencher este vazio jurídico, a “*Loi sur le CO₂*” foi revista ainda em dezembro de 2021, de forma limitada e apenas para o período entre 2021 e 2024 – o que significa que, depois desse ano, não existe um quadro regulatório de redução de emissões de GEE, ao contrário do que é obrigatório à luz do artigo 8.º da CEDH⁶⁵.

A 30 de setembro de 2022, foi adotada a “*Loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l’innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique*”, que foi aprovada em referendo popular realizado a 18 de junho de 2023. Esta lei estabelece um horizonte de neutralidade carbónica em 2050, mas a verdade é que ainda não tinha entrado em vigor aquando da decisão no acórdão *KlimaSeniorinnen*. Todavia, o TEDH censurou o facto de este diploma relegar para outros diplomas, a serem adotados “com a celeridade necessária” (“*suffisamment tôt*”)⁶⁶, a concretização das medidas que permitem alcançar aquela meta de neutralidade carbónica em 2050⁶⁷. Na ótica do TEDH, a centralidade deste conceito indeterminado de “*suffisamment tôt*” na legislação suíça é incompatível com a proteção que decorre do artigo 8.º da CEDH⁶⁸. Ademais, esta nova legislação só pretende estabelecer metas de redução de GEE a partir de 2031, o que cria um vazio jurídico entre 2025 e 2030⁶⁹. Por essa razão, o TEDH salientou que o cumprimento da obrigação de proteção decorrente do artigo 8.º da CEDH pressupõe a adoção de “*carbon budgets*”⁷⁰, que incluam metas e prazos determinados com objetividade e medidas de implementação.

Neste contexto, o TEDH verificou a existência de “*critical lacunae*” na legislação suíça, que se traduzem num “*failure (...) to quantify, through a carbon budget or otherwise, national GHG emissions limitations*”⁷¹, tal como decorre

⁶⁴ *Idem*, § 561.

⁶⁵ *Idem*, §§ 561-562.

⁶⁶ Cf. n.º 1 do artigo 11.º da referida *Loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l’innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique*.

⁶⁷ *Idem*, § 565.

⁶⁸ *Idem*, § 567.

⁶⁹ *Idem*, § 566. Omissão legislativa que, claro está, não pode ser compensada pela submissão, pela Suíça, de contribuições determinadas nacionalmente ao abrigo do artigo 4.º do Acordo de Paris: *idem*, § 571.

⁷⁰ *Idem*, §§ 571-572. Apesar de o TEDH se referir a “orçamentos de carbono”, deve entender-se que esta expressão inclui a totalidade dos GEE, e não apenas aqueles que tenham carbono na sua estrutura molecular. Cf. HÖSLI / REHMANN, *op. cit.*, p. 281.

⁷¹ *Idem*, § 573.

da obrigação de proteção ao abrigo do artigo 8.º da CEDH – razão por que concluiu que a Suíça se encontra em violação do artigo 8.º da CEDH⁷². Este juízo pode facilmente ser transposto para o caso português: no processo *Último Recurso et al c. Estado português*, as autoras reconhecem que a Lei de Bases do Clima (Lei n.º 98/2021, de 31 de dezembro) estabelece vários prazos concretos para a adoção de medidas de implementação. Porém, a ausência de adoção efetiva destas medidas de implementação coloca o Estado português numa posição análoga à do Estado suíço. Por isso, é possível que o Estado português seja demandado junto do TEDH, caso em que será provável que seja condenado pelas mesmas razões que o Estado suíço. É ainda possível que o Presidente da República ou o Provedor de Justiça requeiram a inconstitucionalidade por omissão ao abrigo do artigo 283.º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que o dever de proteção de direitos fundamentais (i.e., a adoção das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais) também decorre do texto constitucional português.

III. A jurisdição (extra)territorial dos Estados

Os direitos e liberdades garantidos pela CEDH protegem qualquer pessoa que esteja sob a jurisdição dos Estados contratantes⁷³. No âmbito da CEDH, jurisdição é a condição jurídica necessária (*conditio sine qua non*) para a aplicação da CEDH⁷⁴ – e, logo, para o exercício de competência pelo TEDH. Destarte, a jurisdição do Estado é um pressuposto para a emergência de obrigações jurídicas do Estado (e a ferramenta que delimita o universo de beneficiários e obrigados pela CEDH), pelo que é também uma questão prejudicial à decisão sobre o mérito de uma petição apresentada ao TEDH⁷⁵.

⁷² *Idem*, § 574. Para esta conclusão também contribuiu o facto de a Suíça ter violado, no passado, as suas metas de redução de emissões de GEE (*idem*, § 573).

⁷³ Cf. artigo 1.º da CEDH.

⁷⁴ Cf., *inter alia*, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (App. No 48787/99) ECtHR 8 July 2004, § 311; *Issa and Others v. Turkey* (App. No 31821/96) ECtHR 16 November 2004, § 66; *Al-Skeini and Others v. United Kingdom* (App. No 55721/07) ECtHR [GC] 7 July 2011, § 130; *Al-Jedda v. United Kingdom* (App. No 27021/08) ECtHR [GC] 7 July 2011, § 74; *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (App. No 27765/09) ECtHR [GC] 23 February 2012, § 70; *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (App. No 36925) ECtHR 29 January 2019, § 178; *M.N. and Others v. Belgium* (App. No 3599/18) ECtHR [GC] (Dec) 5 May 2020, § 97; *Duarte Agostinho* [2024] § 197. Sobre esta questão, cf., em geral, LEA RAIBLE, “Title to Territory and Jurisdiction in International Human Rights Law: Three Models for a Fraught Relationship”, *Leiden Journal of International Law* Vol. 31, 2018; ROCHA (n.º 8) p. 401; ROCHA / OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 51; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 286.

⁷⁵ *M.N. and Others v. Belgium* [2020] § 97; *Duarte Agostinho* [2024] § 197.

Na gramática dos direitos humanos, a jurisdição é sempre uma relação de controlo sobre um indivíduo (jurisdição *de facto*)⁷⁶, que pressupõe e elabora sobre uma outra noção de jurisdição (*de jure*), a qual se refere ao poder do Estado para prescrever e executar comandos normativos. Assim sendo, segundo a jurisprudência do TEDH, a jurisdição para efeitos do artigo 1.º da CEDH é predominantemente territorial⁷⁷. Todavia, em casos excepcionais, pessoas que não se encontrem fisicamente no território do Estado podem ainda assim estar sob a sua jurisdição, para efeitos do artigo 1.º da CEDH, mormente (i) se o Estado exercer o controlo efetivo de áreas fora do seu território nacional (jurisdição *ratione loci*);⁷⁸ (ii) se os agentes do Estado exercerem autoridade e controlo sobre as vítimas (jurisdição *ratione personae*);⁷⁹ ou (iii) se existir umnexo causal-jurisdicional relativo à obrigação positiva de investigação de privação de vida nos termos do artigo 2.º da CEDH⁸⁰. Comum a todas estas exceções é o facto de o Estado ter controlo sobre a fonte e a vítima de uma conduta⁸¹.

Com efeito, o teste do “controlo efetivo” tem sido desenvolvido pelo TEDH para reconhecer a jurisdição do Estado nas situações em que exerce controlo sobre uma área (e indivíduos que aí se encontrem) ou sobre indivíduos que se encontrem fora do seu território. Na medida em que o controlo efetivo pressupõe um certo uso da força, não estranha que a maioria das situações em que o TEDH reconheceu a jurisdição extraterritorial dos Estados diga respeito ao uso da força militar – situação em que o Estado exerce um controlo *de facto* sobre uma área e/ou indivíduos através das suas

⁷⁶ MARKO MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties – Law Principles, and Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 26; BERNARDETTE RAINEY / PAMELA McCORMICK / CLARE OVEY, *Jacobs, White, and Ovey The European Convention on Human Rights*, 8.ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 95.

⁷⁷ *Banković v. Belgium* (App. No 52207/99) ECtHR (Dec) 12 December 2001, §§ 59-61.

⁷⁸ *E.g., Loizidou v. Turkey* (App. No 15318/89) ECtHR 18 December 1996, § 52; *Banković* [2001]; *Ilaşcu* [2004] § 314; *Al-Skeini* [2011] §§ 138 s.; *Georgia v. Russia (II)* (App. No 38263/08) ECtHR [GC] 21 January 2021, § 115; *Ukraine and the Netherlands v. Russia* (Apps Nos 8019/16, 43800/14 & 28525/20) ECtHR [GC] (Dec) 30 November 2022, § 560.

⁷⁹ *E.g., Medvedyev and Others v. France* (App. No 3394/03) ECtHR [GC] 29 March 2010, § 64; *Al-Skeini* [2011] § 131; *Hirsi Jamaa* [2012] § 74; *Mozer v. Moldova and Russia* (App. No 11138/10) ECtHR [GC] 23 February 2016, § 98; *Güzelyurtlu* [2019] § 178; *Georgia v. Russia (II)* (App. No 38263/08) ECtHR [GC] 21 January 2021, § 116; *Ukraine and the Netherlands v. Russia* [2022] §§ 565-572.

⁸⁰ *E.g., Güzelyurtlu* [2019] §§ 188-190; *Georgia v. Russia (II)* [2021] § 330; *Hanan v. Germany* (App. No 4871/16) ECtHR [GC] 16 February 2021, §§ 132-133; *Ukraine and the Netherlands v. Russia* [2022] §§ 573-575.

⁸¹ ROCHA, *op. cit.*, p. 402; ROCHA / OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 52; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 286.

próprias forças armadas ou através de uma administração local subordinada⁸². No entanto, este entendimento do TEDH de controlo efetivo quadra mal com a matriz dos fenómenos climáticos, na medida em que nestes fenómenos o Estado dispõe de controlo territorial efetivo sobre a fonte de emissões de GEE⁸³, mas não sobre os indivíduos que são potencialmente afetados pelos seus efeitos a jusante⁸⁴.

Neste quadro, é inegável o impacto transfronteiriço e extraterritorial do dano climático, na medida em que a disrupção do sistema climático resulta de um fluxo e concentração, a nível global, de GEE produzidos globalmente; concentração esta que, quando excessiva, perturba o sistema climático como um todo, o qual é partilhado também a nível global. Desta forma, os fenómenos decorrentes das alterações climáticas podem ter um impacto local, mas a questão climática em si mesma é verdadeiramente global. Na sua jurisprudência “verde”, porém, o TEDH tem denotado alguma relutância em reconhecer que o controlo sobre a fonte, mas não sobre as vítimas, possa gerar um vínculo de jurisdição para efeitos do artigo 1.º da CEDH – possivelmente, por recear que, ao fazê-lo, pudesse abrir as suas portas a petições apresentadas, potencialmente, por toda a população mundial; ou por recear o efeito transsistémico em casos relativos ao uso da força militar ou de operações no universo digital. Por isso, parece que, no entendimento do TEDH, “[w]hat is decisive (...) is the exercise of physical power and control over the [victim] in question”⁸⁵. Ou seja, como o TEDH havia referido noutro aresto, “[t]he mere fact that decisions taken at national level had an impact on the situation of persons resident abroad is also not such as to establish the jurisdiction of the State concerned over those persons outside its territory”⁸⁶.

Assim, no acórdão *Duarte Agostinho*, o TEDH determinou a ação inadmissível contra todos os Estados demandados, com a exceção de Portugal, precisamente por entender que os autores não se encontravam sob controlo destes outros 32 Estados⁸⁷. Reconhecendo embora as alterações climáticas como um problema global de natureza existencial para a Humanidade, bem

⁸² *Loizidou* [1996] § 62.

⁸³ O que permite a imputação da conduta ao abrigo dos artigos 2.º e 4.º dos *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/RES/56/83 (10 December 2001).

⁸⁴ BENOIT MAYER, “Climate Change Mitigation as an Obligation under Human Rights Treaties?”, *American Journal of International Law* 115 (2021), pp. 426-427; ROCHA, *op. cit.*, p. 402; ROCHA / OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 52; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, pp. 286-287.

⁸⁵ *Georgia v. Russia (No 2)* [2021] § 136.

⁸⁶ *M.N. v. Belgium* [2020] § 112.

⁸⁷ *Duarte Agostinho* [2024] §§ 181 s.

como a relação causal entre as atividades desenvolvidas no território de um Estado que produzem GEE e o impacto adverso nos direitos e bem-estar daqueles que vivem fora dele, o TEDH concluiu ainda assim que estas considerações não são suficientes quer para justificar a criação, através de interpretação pretoriana, de uma nova base para estabelecer a jurisdição extraterritorial dos Estados, quer para expandir as bases existentes⁸⁸.

Destarte, o acórdão *Duarte Agostinho* esclareceu que o impacto extraterritorial da ação do Estado (*in casu*, em resultado da omissão de regulação climática ou da sua implementação) sobre um indivíduo fora do seu território ou jurisdição (*de facto* ou *de jure*) não é suficiente para estabelecer um vínculo de jurisdição para efeitos do artigo 1.º da CEDH⁸⁹. Todavia, é curioso que o TEDH se referiu ao “*respondent States’ extraterritorial jurisdiction*”⁹⁰: enfatizar a sua posição de “*respondent*” ou demandado parece sugerir que, ao abrigo do artigo 8.º da CEDH, a regulação e implementação de um quadro regulatório de redução de emissões de GEE tem de ter em conta a situação de indivíduos que se encontre fora do seu território ou jurisdição (*de jure* ou *de facto*). Ou seja, é possível referir que, no acórdão *Duarte Agostinho*, o TEDH reconhece implicitamente a existência de uma obrigação jurídica *extraterritorial* de proteção decorrente do artigo 8.º da CEDH, ainda que esta obrigação não possa ser executada perante o TEDH⁹¹. Aliás, o próprio TEDH referiu que “*there is a certain causal relationship between public and private activities based on a State’s territories that produce GHG emissions and the adverse impact on the rights and well-being of people residing outside its borders and thus outside the remit of that State’s democratic process. Climate change is a global phenomenon, and each State bears its share of responsibility for the global challenges generated by climate change and has a role to play in finding appropriate solutions*”⁹². Ainda assim, esta nossa interpretação implica questionar o papel do conceito de jurisdição, ao abrigo do artigo 1.º da CEDH como delimitador do universo de beneficiários e obrigados no âmbito da CEDH.

Já no acórdão *KlimaSeniorinnen*, não havia dúvidas de que as vítimas se encontravam sob a jurisdição do Estado suíço⁹³. No entanto, o Governo suíço questionou a competência do TEDH para analisar a questão, arguida pelas

⁸⁸ *Duarte Agostinho* [2024] §§ 193-195 e 213.

⁸⁹ *Idem*, § 199.

⁹⁰ *Idem*, § 213.

⁹¹ ROCHA, *op. cit.*, pp. 404-405; ROCHA / OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 54; ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, pp. 287-288.

⁹² *Duarte Agostinho* [2024] § 193.

⁹³ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 287.

autoras, relativa às emissões de GEE provenientes de produtos importados (as designadas “*embedded emissions*”). Também neste caso, o TEDH foi lacónico em reconhecer a relevância da questão colocada – mas concluiu que a mesma não levanta dúvidas a respeito da jurisdição extraterritorial da Suíça, mas sim da responsabilidade do Estado pelos efeitos deste tipo de emissões no gozo efetivo dos direitos humanos das autoras protegidos pela CEDH⁹⁴. Desta forma, o TEDH parece reconhecer a obrigação de os Estados, aquando da adoção e implementação efetiva de um quadro regulatório de redução de emissões de GEE, terem em mente o impacto extraterritorial da sua legislação, pese embora a leitura que o TEDH faz do artigo 1.º da CEDH não permita que aqueles Estados sejam demandados perante o TEDH.

IV. A condição de vítima e a legitimidade ativa ao abrigo do artigo 34.º da CEDH

Uma das questões mais complexas a propósito da relação entre direitos humanos e alterações climáticas refere-se à condição de “vítima” que é mencionada no artigo 34.º da CEDH e que é condição de legitimidade ativa para apresentar uma queixa junto do TEDH: por um lado, porque a condição de “vítima” pressupõe a existência de um impacto “direto e imediato”⁹⁵ e de uma relação de causalidade próxima em relação ao evento danoso; por outro lado, porque a CEDH não reconhece a designada legitimidade popular⁹⁶, pelo que o TEDH excluiu a possibilidade de uma organização não-governamental de ambiente apresentar uma queixa junto do TEDH para defesa da estabilidade climática enquanto interesse difuso⁹⁷; por fim, porque os elementos apresentados pelas queixosas particulares sugerem que a sua posição, enquanto vítimas, decorre da falta de medidas de adaptação (e não da falta de medidas de mitigação)⁹⁸.

⁹⁴ *Idem*, § 287.

⁹⁵ *Marckx v. Belgium* (App. No 6833/74) ECtHR 13 June 1979, § 27.

⁹⁶ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 460.

⁹⁷ *Plan B Earth and Others v. United Kingdom* (App. No 35057/22) ECtHR 13 December 2022; *Humane Being and Others v. United Kingdom* (App. No 36959/22) ECtHR 1 December 2022. Curiosamente, parece que estas duas decisões são incoerentes com o acórdão *KlimaSeniorinnen*, quando reconhece a legitimidade da associação queixosa, como se verá *infra*.

⁹⁸ Tal facto poderá explicar uma das afirmações mais criticáveis no acórdão *KlimaSeniorinnen*, quando o TEDH referiu que “*It cannot be said that the applicants suffered from any critical medical condition whose possible aggravation (...) could not be alleviated by the adaptation measures*” (*KlimaSeniorinnen* [2024] § 533), o que poderia sugerir, *ad absurdum*, que os Estados poderiam emitir continuar a emitir GEE sem qualquer limite, desde que adotassem medidas de adaptação.

Com efeito, o artigo 34.º da CEDH estabelece que “quem se considere vítima de violação” de um direito protegido pela CEDH pode apresentar uma petição junto do TEDH. Ou seja, o artigo 34.º permite o acesso direto ao TEDH por parte tanto de indivíduos, quanto de pessoas coletivas (ainda que designadas por “organizações não-governamentais”⁹⁹), pese embora a legitimidade de indivíduos e de pessoas coletivas seja tratada autonomamente na jurisprudência do TEDH (o que teve impacto direto no acórdão *KlimaSeniorinnen*).

1. A legitimidade ativa das autoras particulares

No que respeita aos indivíduos, a sua legitimidade ativa pressupõe a sua condição de “vítima” – a qual, de acordo com a jurisprudência do TEDH¹⁰⁰, é reconhecida a quem seja direta, indireta ou potencialmente afetado por uma conduta imputável ao Estado¹⁰¹. Ou seja, a legitimidade ativa (ao abrigo do artigo 34.º da CEDH) pressupõe a prévia condição de vítima (ao abrigo de uma disposição substantiva da CEDH). Destarte, a legitimidade ativa é uma forma de “representação”¹⁰² da vítima perante o TEDH – representação que pode ser direta (i.e., pela própria vítima, que é afetada pessoal e imediatamente¹⁰³) ou por quem é afetado reflexa ou futuramente (i.e., a vítima indireta ou potencial). Esta leitura da legitimidade ativa como uma forma de “representação” foi especialmente importante a propósito da posição da associação Verein KlimaSeniorinnen Schweiz.

No que se refere à condição de vítima dos indivíduos em face do risco ou dano ambiental, o TEDH tem insistido na ideia de que não basta alegar a verificação desse risco ou dano, sendo ainda necessário demonstrar que a sua esfera jurídica pessoal foi afetada, direta e imediatamente¹⁰⁴; que esta afetação ultrapassa um limiar mínimo (não definido) em termos de gravidade,

⁹⁹ SUDRE (n.º 38) p. 306; FRÉDÉRIC SUDRE / JOËL ANDRIANTSIMBAZOVINA / GÉRARD GONZALEZ / ADELINE GOUTTENOIRE / FABIEN MARCHADIER / LAURE MILANO / AURÉLIA SCHAHMANECHE / DAVID SZYMCAK, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 10.ª edição, Paris: PUF, 2022, pp. 906-907; RAINEY / MCCORMICK / OVEY, *op. cit.*, p. 28; ARMANDO ROCHA *O Contencioso Europeu dos Direitos do Homem – O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 74-75.

¹⁰⁰ Tal como sistematizada em *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* (App. No 47848/07) ECtHR [GC] 17 July 2014, §§ 96-101.

¹⁰¹ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 463.

¹⁰² *Centre for Legal Resources* [2014] §§ 102-103; *KlimaSeniorinnen* [2024] § 462.

¹⁰³ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 465.

¹⁰⁴ *Guerra* [1998] § 57; *Hatton* [2003] § 96; *Kyrtatos* [2003] § 52; *Tatar* [2009] § 2003; *Fadeyeva* [2005] § 68; *Di Sarno* [2012] § 80; *KlimaSeniorinnen* [2024] § 472.

duração e causalidade, aqui incluindo a sua proximidade geográfica¹⁰⁵. Todos estes elementos são especialmente problemáticos em relação ao dano climático, como se verá de seguida. Em primeiro lugar, porque a afetação pessoal, direta e imediata não se compadece com um fenómeno que afeta um número indefinido de indivíduos¹⁰⁶. Para o TEDH, isto significa que os particulares têm de demonstrar algo que os singulariza¹⁰⁷, isto é, que a violação por si sofrida resulta de “*a specific individual loss or damage already suffered by them*”¹⁰⁸, sob pena de o particular surgir em juízo ao abrigo de uma legitimidade popular¹⁰⁹ e receber um número potencialmente infinito de petições¹¹⁰. Em segundo lugar, porque colocam no particular o ónus de “demonstrar o efeito indireto, a jusante, agregado, temporalmente distante e climaticamente disruptivo das emissões de GEE”¹¹¹ – bem se sabendo que o dano efetivo nos direitos humanos não é causado diretamente por emissões de GEE, mas antes por uma cadeia de eventos cientificamente complexa e temporalmente distante¹¹². Esta relação de causalidade é distante, mas também é cientificamente clara e inquestionável¹¹³. Assim, sendo fácil descortinar uma obrigação positiva de adotar e implementar um quadro regulatório que almeje uma redução de emissões de GEE, parece mais difícil identificar quem seja vítima da ausência dessa regulação e/ou implementação.

No acórdão *KlimaSeniorinnen*, o TEDH referiu que o particular tem de demonstrar a existência de uma “*high intensity exposure to the adverse effects of climate change, that is, the level and severity of (the risk of) adverse consequences of governmental action or inaction affecting the applicant must be significant*”, bem como de “*a pressing need to ensure the applicant’s individual protection, owing to the absence or inadequacy of any reasonable measures to reduce harm*”¹¹⁴ – elementos que, para o TEDH, não se verificaram em relação às autoras¹¹⁵. Para além disso, apesar de reconhecer o impacto dos

¹⁰⁵ *Tatar* [2009] §§ 95-97; *Cordella* [2019] §§ 104-108; *KlimaSeniorinnen* [2024] § 472.

¹⁰⁶ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 483. Apesar disso, o TEDH reconheceu a necessidade de uma abordagem especial ao estatuto de vítima (*idem*, § 479).

¹⁰⁷ *Idem*, § 486.

¹⁰⁸ *Idem*, § 480.

¹⁰⁹ *Idem*, §§ 481 e 484.

¹¹⁰ *HERI*, *op. cit.*, p. 321.

¹¹¹ *ROCHA*, *op. cit.*, p. 398.

¹¹² *Idem*, p. 399.

¹¹³ *Idem*, p. 399.

¹¹⁴ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 487.

¹¹⁵ *Idem*, § 533.

fenómenos meteorológicos extremos na saúde e vida dos indivíduos¹¹⁶, o TEDH também concluiu que a pertença a um grupo vulnerável não justifica, por si só, a condição de vítima¹¹⁷. Ou seja, o critério desenhado pelo TEDH parece ser o produto de uma interpretação excessivamente restritiva da legitimidade ativa dos particulares ao abrigo do artigo 34.º da CEDH¹¹⁸.

A dificuldade, na ótica do TEDH, é compreensível: ao invés de outros fatores ambientais que produzem efeitos localizados e imputáveis a sujeitos definidos (ou definíveis), a questão climática coloca-se a uma escala global e é imputável a um número indefinido (e indefinível) de sujeitos¹¹⁹, o que não se coaduna com a lente espacial de análise desenvolvida ao abrigo do artigo 8.º da CEDH¹²⁰. Ainda assim, não deixa de ser estranho que, na sua primeira decisão sobre direitos humanos e alterações climáticas, o TEDH não reconheceu que os particulares sejam pessoal, direta e imediatamente afetados por fenómenos relacionados com as alterações climáticas.

2. A legitimidade ativa das organizações não-governamentais

Em relação à associação Verein KlimaSeniorinnen Schweiz, era bastante mais questionável, *ab initio*, a sua legitimidade ativa ao abrigo do artigo 34.º da CEDH, porquanto o entendimento perfilhado pelo TEDH é o de que uma pessoa coletiva só pode alegar danos de que seja pessoalmente vítima – o que excluía a tutela de interesses coletivos ou difusos, bem como de interesses comuns aos seus associados¹²¹. Ademais, uma associação apenas pode ser vista como vítima em relação a direitos compatíveis com a sua natureza jurídica coletiva¹²², o que afasta a alegação de violação do artigo 8.º da CEDH¹²³.

¹¹⁶ *Idem*, §§ 478, e 529-530.

¹¹⁷ *Idem*, § 531. A prova de fogo pode ser o processo *Müllner v. Austria* (App. No 18859/21), no qual o autor alega sofrer de uma forma de esclerose múltipla mais sensível a variações térmicas. Cf. HÖSLI / REHMANN, *op. cit.*, p. 267.

¹¹⁸ HERI, *op. cit.*, p. 320.

¹¹⁹ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 415.

¹²⁰ ROCHA / SAMPAIO, *op. cit.*, p. 283.

¹²¹ Cf., *inter alia*, DAVID HARRIS / MICHAEL O'BOYLE / ED BATES / CARLA BUCKLEY, *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, 4.ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 91; ROCHA, *op. cit.*, pp. 74-75; SUDRE, *op. cit.*, p. 310.

¹²² *Asselbourg and Other & Association Greenpeace-Luxembourg v. Luxembourg* (App. No 29121/95) ECtHR (Dec) 29 June 1999; *Besseau and Others v. France* (App. No 58432/00) ECtHR (Dec) 7 February 2006; *KlimaSeniorinnen* [2024] § 473.

¹²³ *Greenpeace e.V. and Others v. Germany* (App. No 18215/06) ECtHR (Dec) 12 May 2009; *KlimaSeniorinnen* [2024] § 473.

De facto, é perceptível na jurisprudência uma relutância em permitir a “representação” processual da vítima através de uma associação¹²⁴. Todavia, há uma evolução jurisprudencial que pretende precisamente permitir que, em situações excecionais, uma associação possa apresentar uma petição “em representação” da vítima. Assim, no acórdão *Gorraiz Lizarraga*, o TEDH reconheceu o papel das associações nas sociedades modernas, em que os cidadãos se deparam com “*particularly complex administrative decisions*”, perante as quais “*recourse to collective bodies such as associations is one of the accessible means, sometimes the only means, available to them whereby they can defend their particular interests effectively*”¹²⁵. Ou seja, o recurso a associações, enquanto plataformas que agregam conhecimento e recursos humanos e financeiros, pode ser a única forma de garantir, realisticamente, a possibilidade de ação dos particulares afetados por uma medida¹²⁶. As questões ambientais e climáticas são um perfeito exemplo de uma situação que se integra nesta categoria, dada a natureza global e cientificamente complexa das suas causas e efeitos, bem como da necessidade de incorporar juízos relativos à proteção de gerações futuras¹²⁷. Por isso, as características próprias das alterações climáticas militam no sentido de permitir a legitimidade de associações, em representação de particulares, ao abrigo do artigo 34.º da CEDH¹²⁸.

Para além disso, no acórdão *Center for Legal Resources*, o TEDH reconheceu que há “considerações especiais” que permitem a apresentação de uma queixa por uma associação, mesmo na ausência de uma afetação pessoal direta, mas “em representação” da vítima¹²⁹. Ou seja, o TEDH aceitou a “capacidade para agir” de uma associação, visto que era, *in casu*, a única forma de garantir a efetividade do direito de ação individual ao abrigo do artigo 34.º da CEDH¹³⁰. Para já, parece que o TEDH não está preparado para consolidar uma noção ou critério identificador destas “considerações especiais”, pelo que

¹²⁴ RAINÉY / MCCORMICK / OVEY, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁵ *Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain* (App. No 62543/00) ECtHR 27 April 2004, § 38.

¹²⁶ E.g., SUDRE, *op. cit.*, p. 311-312; SUDRE et al., *op. cit.*, p. 908; HARRIS / O'BOYLE / BATES / BUCKLEY, *op. cit.*, p. 91.

¹²⁷ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 489.

¹²⁸ *Idem*, §§ 498-499.

¹²⁹ *Centre for Legal Resources* [2014] §§ 103 e 105. Cf., ainda, *Association for the Defence of Human Rights in Romania – Helsinki Committee on behalf of Ionel Garcea v. Romania* (App. No 2959/11) ECtHR 24 March 2015, §§ 42-46; *KlimaSeniorinnen* [2024] §§ 475-477. Sobre esta questão, cf. HELEN KELLER / VIKORIYA GURASH, “Expanding NGOs’ Standing: Climate Justice through Access to the European Court of Human Right”, *Journal of Human Rights and the Environment* 14 (2023), pp. 197 s. Cf. SUDRE, *op. cit.*, p. 305.

¹³⁰ SUDRE, *op. cit.*, p. 305.

tem identificado de forma casuística as situações em que considera que aceita uma petição apresentada por uma associação “em representação” da vítima, mas deixando claro que apenas o aceita em situações muito excepcionais¹³¹.

Por seu turno, o acórdão *KlimaSeniorinnen* referiu que a especificidade da questão climática justifica uma leitura autónoma dos conceitos de “vítima” e “autor”, justificando-se, em particular, uma aproximação à metodologia da Convenção de Århus¹³² – uma convenção regional que, no quadro do direito a um ambiente sadio, visa salvaguardar o princípio do associativismo nos direitos internos dos Estados. Assim, após uma análise comparativa de regimes jurídicos em vigor nos Estados parte na CEDH, incluindo em relação à Convenção de Århus¹³³, o TEDH referiu que a evolução nas sociedades contemporâneas tem sido no sentido de admitir a possibilidade de litigância climática por parte de associações, em representação dos particulares afetados¹³⁴. Por isso, o TEDH aceitou a legitimidade ativa de uma associação, ao abrigo do artigo 34.º da CEDH, para atuar “em representação” da vítima, desde que se trate de uma associação legalmente estabelecida na jurisdição do Estado em causa; o seu fim social seja a proteção dos direitos humanos dos seus associados ou de outros indivíduos afetados; e seja capaz de demonstrar que está genuinamente qualificada para atuar como representante dos seus associados ou dos indivíduos afetados¹³⁵. Ou seja, a figura da ação popular continua excluída, sendo preciso algo mais concreto. Porém, no caso da associação Verein KlimaSeniorinnen Schweiz, o TEDH verificou que estes elementos estavam verificados – desde logo porque entende que a associação é um veículo para a tutela coletiva dos direitos humanos das associadas em face dos riscos decorrentes das alterações climáticas¹³⁶. Por essa razão, aceitou que a Verein KlimaSeniorinnen Schweiz pode apresentar uma petição “em representação” das suas associadas, ao abrigo do artigo 34.º da CEDH¹³⁷, assumindo, por regressão, a legitimidade ativa das suas associadas – pese embora tenha deixado nota de que uma associação, para este efeito, não

¹³¹ SUDRE et al., *op. cit.*, pp. 910-911.

¹³² Århus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (adotada a 25 de junho de 1998, entrou em vigor a 30 de outubro de 2001) 2161 UNTS 447 (doravante denominada apenas por “Convenção de Århus”).

¹³³ *KlimaSeniorinnen* [2024] §§ 490 s.

¹³⁴ *KlimaSeniorinnen* [2024] § 497.

¹³⁵ *Idem*, § 502.

¹³⁶ *Idem*, § 523.

¹³⁷ *Idem*, §§ 525-526.

tenha de fazer prova da condição de vítima dos seus associados¹³⁸. Com isto, parece que o TEDH indica uma preferência por receber casos relacionados com os impactos decorrentes das alterações climáticas através de associações, o que por si só limita quantitativamente o número de petições que lhe é apresentada¹³⁹.

V. Os pedidos de compensação e as medidas de execução do acórdão

Atendendo a que foi proferido pelo tribunal pleno, o acórdão *KlimaSeniorinnen* não pode ser recorrido e é vinculativo para as partes¹⁴⁰ – o que significa que o Estado suíço tem a obrigação de o executar e implementar internamente, sob pena de incorrer em responsabilidade internacional. Para assistir o Estado nesta tarefa, a CEDH estabelece um regime de supervisão da execução e implementação do acórdão, a cargo do Comité de Ministros do Conselho da Europa – o qual deverá receber e analisar um relatório, elaborado pelo Estado suíço, relativo às medidas de carácter geral e específico que pretende adotar¹⁴¹.

De facto, o TEDH eximiu-se de sugerir qualquer modalidade de execução do acórdão, invocando, por um lado, a complexidade e a natureza especial das questões envolvidas e, por outro lado, a margem de apreciação de que os Estados gozam na escolha dos meios apropriados para atingir os objetivos de redução de emissões de GEE. Ou seja, o seu entendimento é o de que o Estado suíço, assistido pelo Comité de Ministros, está mais bem posicionado para avaliar as medidas a serem adotadas internamente de forma a executar e implementar o acórdão¹⁴².

Em certa medida, a posição do TEDH está ligada ao processo político e democrático próprio da Suíça e pela turbulência registada em relação à adoção de medidas climáticas (o que incluiu uma rejeição em referendo popular). Estes fatores ajudam a explicar por que razão o TEDH referiu que “[j]udicial intervention, including by this Court, cannot replace or provide any substitute for the action which must be taken by the legislative and administrative branches of the government”¹⁴³.

No caso climático, já se aflorou que o *design* das políticas públicas de mitigação se situa no âmbito da função político-legislativa e na margem de

¹³⁸ *Idem*, § 502.

¹³⁹ HERI, *op. cit.*, p. 322.

¹⁴⁰ Cf. n.º 1 do artigo 44.º e n.º 1 do artigo 46.º, ambos da CEDH.

¹⁴¹ Cf. n.º 2 do artigo 46.º da CEDH.

¹⁴² *KlimaSeniorinnen* [2024] § 657.

¹⁴³ *Idem*, § 412.

apreciação própria do Estado. Por isso, é natural que esse *design* seja o resultado dos processos democráticos próprios de cada Estado. Todavia, o TEDH também enfatizou que “*democracy cannot be reduced to the will of the majority of the electorate and elected representatives, in disregard of the requirements of the rule of law. The remit of domestic courts and the Court is therefore complementary to those democratic processes. The task of the judiciary is to ensure the necessary oversight of compliance with legal requirements. The legal basis for the Court’s intervention is always limited to the Convention, which empowers the Court to also determine the proportionality of general measures adopted by the domestic legislature*”¹⁴⁴. Com isto, o desiderato do TEDH é realçar uma ideia que antes referimos: o *design* do quadro regulatório destinado à redução de emissões de GEE pode situar-se na margem de apreciação do Estado, mas a adoção e efetiva implementação desse quadro regulatório são obrigações jurídicas vinculativas ao abrigo do artigo 8.º da CEDH. Ou seja, o cumprimento destas últimas obrigações não está dependente da vontade ou dos processos democráticos dos Estados.

Esta é uma nota importante, porquanto, nas suas primeiras reações, as autoridades suíças revelaram a sua oposição às conclusões do acórdão *KlimaSeniorinnen*. Assim, a 12 de junho de 2024, o Parlamento suíço adotou uma resolução em que expressa a sua insatisfação com o acórdão, criticando o TEDH pelo seu alegado ativismo judicial¹⁴⁵. A 28 de agosto de 2024, o Conselho Federal suíço emitiu um comunicado, no qual refere que a interpretação elaborada pelo TEDH conduz a um alargamento indevido do campo de aplicação da CEDH¹⁴⁶ – pese embora esta posição confunda um direito ao clima estável (que não foi reconhecido pelo TEDH) com uma obrigação jurídica derivada de proteção dos valores protegidos pelo artigo 8.º da CEDH (esta sim, reconhecida pelo TEDH). Por outro lado, o Conselho Federal considera que a Suíça já cumpre, no presente, as suas obrigações internacionais em matéria de política climática, pelo que não se justificam medidas adicionais. Por fim, o Conselho Federal critica também o reconhecimento de uma legitimidade ativa alargada das associações ao abrigo do artigo 34.º da CEDH¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Idem*, § 412.

¹⁴⁵ CORINA HERI, “Implementing *KlimaSeniorinnen*: Evaluating the Initial Swiss Response”, in *Climate Law – A Sabin Center blog*, 18 July 2024, disponível em <https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2024/07/18/guest-blog-implementing-klimasenioren-evaluating-the-initial-swiss-response/>, último acesso a 9 de Novembro de 2024.

¹⁴⁶ Conseil fédéral suisse, *Le Conseil fédéral clarifie sa position sur le verdict de la Cour européenne des droits de l’homme concernant la protection du climat*, 28 agosto de 2024, disponível em <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-102244.html>, último acesso a 9 de Novembro de 2024.

¹⁴⁷ *Idem*.

Esta oposição por parte das autoridades suíças em relação às conclusões do TEDH refletiu-se, igualmente, no relatório que apresentou ao Comité de Ministros relativo ao plano de execução do acórdão. Nesse relatório, o Estado suíço mostrou-se indisponível para adotar medidas de execução do acórdão *KlimaSeniorinnen*, enfatizando o facto de a sua nova legislação (incluindo as alterações à “*Loi sur le CO₂*” e uma nova lei de abastecimento de eletricidade, que entrarão em vigor em janeiro de 2025) ser suficiente, no seu entendimento, para satisfazer as suas obrigações decorrentes do acórdão *KlimaSeniorinnen*¹⁴⁸. Ademais, este relatório deixa transparecer que a Suíça não planeia adotar um orçamento de carbono (*carbon budget*), tal como exigido pelo acórdão.

Estando a supervisão da execução e implementação do acórdão a cargo do Comité de Ministros, que é um órgão intergovernamental, não é de descurar a hipótese de os Estados não estarem confortáveis com uma censura à metodologia de execução e implementação sugerida pelo Estado suíço. Desde logo, é possível que receiem que o juízo formulado pelo TEDH possa ser usado contra si. Certo é que a posição do Comité de Ministros sobre a execução e implementação do acórdão *KlimaSeniorinnen* será “o” elemento que determinará a sorte deste acórdão – mas também dos demais casos pendentes no TEDH sobre alterações climáticas¹⁴⁹.

VI. Conclusão

No acórdão *KlimaSeniorinnen*, o TEDH declarou pela primeira vez uma violação da CEDH como consequência dos fenómenos relacionados com as alterações climáticas. Para o efeito, o TEDH reconheceu a natureza autónoma das alterações climáticas, enquanto fenómeno natural, em relação aos demais fenómenos ambientais. Ainda assim, a jurisprudência “verde” do TEDH revelou-se um suporte útil na fundamentação do acórdão *KlimaSeniorinnen*.

Pela sua originalidade e caráter pioneiro, várias questões merecem uma análise atenta por parte da doutrina. Neste artigo, selecionámos quatro aspetos:

1. Em primeiro lugar, a mobilização do artigo 8.º da CEDH para fundear uma obrigação jurídica derivada de proteção da estabilidade climática, como pressuposto ontológico para o gozo efetivo de direitos humanos protegidos

¹⁴⁸ Communication from Switzerland concerning the case of Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (Application No. 53600/20), 8 October 2024, DH-DD(2024)1123, 1514th meeting (December 2024), disponível em <https://rm.coe.int/0900001680b1ddd9>, último acesso a 9 de Novembro de 2024.

¹⁴⁹ BAŞAK ÇALI / CHHAYA BHARDWAJ, “Watch this space: Executing Article 8 Compliant Climate Mitigation Legislation in Verein KlimaSeniorinnen v. Switzerland”, in *EJIL: Talk!*, 15 July 2024, disponível em <https://www.ejiltalk.org/watch-this-space-executing-article-8-compliant-climate-mitigation-legislation-in-verein-klimasenioren-v-switzerland/>, último acesso a 9 de Novembro de 2024.

pela CEDH. Em tese, porém, o naípe completo de direitos humanos pode ser usado numa situação relacionada com alterações climáticas. Ainda assim, o acervo jurisprudencial do artigo 8.º da CEDH foi útil para identificar, em abstrato, a obrigação positiva do Estado em adotar e implementar (efetiva e adequadamente) um quadro regulatório destinado a reduzir as emissões de GEE a partir do seu território ou jurisdição – obrigação que o TEDH qualifica como sendo de *due diligence*.

2. Em segundo lugar, a obrigação de regular emissões de GEE a partir do seu território ou jurisdição sugere que o Estado deva ter em conta o impacto transfronteiriço ou extraterritorial destas emissões. Ainda assim, a adesão do TEDH a uma conceção de jurisdição, para efeitos do artigo 1.º da CEDH, como “controlo sobre a fonte” (e não “controlo sobre a vítima”) impede o recurso ao TEDH por parte de quem não preencha os critérios restritivos elaborados na sua jurisprudência sobre a jurisdição extraterritorial dos Estados para efeitos daquela disposição da CEDH.

3. Em terceiro lugar, a leitura no acórdão *KlimaSeniorinnen* sobre a condição de vítima e de legitimidade ativa ao abrigo do artigo 34.º da CEDH – surpreendentemente castradora em relação a indivíduos (sugerindo, até, que um indivíduo apenas possa ser vítima da ausência de medidas de adaptação), mas mais liberal (e próxima da metodologia de Århus) em relação a associações, mormente em relação a organizações não-governamentais de ambiente.

4. Por fim, a dimensão política do acórdão *KlimaSeniorinnen* é visível na discussão, já em curso, sobre as medidas de execução e implementação deste acórdão, onde verdadeiramente se sente a tensão entre a legitimidade do TEDH (cuja sageza e compromisso com a defesa dos direitos humanos é inquestionável) e a legitimidade das autoridades nacionais (cujas opções de valor e juízos de ponderação parecem estar em conflito com o juízo que foi formulado pelo TEDH).

Estas tensões (mais latentes ou mais explícitas) são próprias de um acórdão que, em certa medida, se dirá ser um processo em curso. A complexidade da questão climática não podia ser resolvida numa única decisão. Sendo o Direito um sistema de pretensões, é normal que haja, agora, um processo de ajuste jurisprudencial, seja para satisfazer as preocupações dos Estados, seja para garantir o gozo efetivo dos direitos humanos protegidos pela CEDH. Ademais, a atividade do TEDH está limitada ao universo da

CEDH e respetivos protocolos¹⁵⁰, mas não pode ignorar o trabalho que é desenvolvido por outros tribunais internacionais – no âmbito do direito internacional geral ou dos seus regimes especiais. Por isso, se é verdade que o TEDH afastou a jurisprudência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos e do Comité dos Direitos da Criança sobre um tema específico como a jurisdição extraterritorial dos Estados¹⁵¹, não é de crer que a sua jurisprudência futura seja indiferente aos pareceres do Tribunal Internacional do Direito do Mar, do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos e do Tribunal Internacional de Justiça, bem como à generalidade das decisões sobre alterações climáticas provenientes de outras jurisdições (i.e., de outros sistemas de direitos humanos, do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais internos).

¹⁵⁰ Cf. artigo 32.º da CEDH.

¹⁵¹ Duarte Agostinho [2024] §§ 210-214.

Limites Constitucionais da Automatização Administrativa: Considerações à Luz da Jurisprudência do Consiglio di Stato

Beatriz Garcia

*Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Doutoranda e Investigadora Integrada, Lisbon Public Law (ICJP-CIDP)
beatrizgarcia@fd.ulisboa.pt*

Resumo: Nos nossos dias, a Administração Pública utiliza, cada vez mais, a Inteligência Artificial na tomada de decisões. Baseada em algoritmos, que padronizam decisões que comunguem de uma série de características comuns, esta é uma tecnologia emergente que representa um enorme desafio quando comparada com as formas tradicionais de decisão administrativa. Não obstante a evidente convergência entre a Inteligência Artificial e as exigências legais de eficiência, celeridade e eficácia administrativas impostas pelo princípio da boa administração, não são de somenos os desafios que a implementação destas tecnologias trazem para a proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Esses desafios agigantam-se com a necessidade de compatibilizar a utilização de uma tecnologia (matemática, logo, objetiva) com a realização de valorações (pessoais, logo, subjetivas) que só um Ser Humano pode fazer e que tão necessárias são nos momentos de discricionariedade administrativa. Com o objetivo de perceber se, e em que medida, as decisões administrativas automatizadas se apresentam conforme a Constituição, este artigo foca, em especial, a jurisprudência italiana do *Consiglio di Stato* sobre o assunto, procurando perceber quais os limites da automatização administrativa na ordem jurídica portuguesa. Que tipo de

automatização se coaduna, constitucionalmente, com a proteção dos direitos fundamentais dos particulares?

Abstract: Nowadays, the Public Administration increasingly applies Artificial Intelligence in the decision-making process. Based on algorithms, which standardize decisions that share common features, the use of this emerging technology by the Public Administration is an enormous challenge when compared to traditional forms of administrative decision. Notwithstanding the obvious convergence between Artificial Intelligence and the legal demands of administrative efficiency, fastness, and effectiveness imposed by the principle of good administration, many are the challenges that the implementation of this technology bring to the protection of citizens' fundamental rights. Those challenges are magnified before the need to reconcile the use of a technology (mathematical, therefore, objective) with the formulation of (personal, therefore, subjective) valuations that only a Human Being can do and that are decisive in the moments of administrative discretion. With the aim of understanding whether, and to what extent, automated administrative decisions are aligned with the Portuguese Constitution, this article focuses the Italian jurisprudence of the *Consiglio di Stato* who has spoken on the subject, seeking to understand what the limits of administrative automation in the Portuguese legal order. What kind of automation is constitutionally possible and respects the protection of individuals' fundamental rights?

Palavras-chave: Administração Pública; Inteligência Artificial; algoritmos; decisão administrativa automatizada; discricionariedade administrativa; direitos fundamentais; *Consiglio di Stato*.

Keywords: Public Administration; Artificial Intelligence; algorithms; automated administrative decision; administrative discretion; fundamental rights; *Consiglio di Stato*.

I. Introdução e Metodologia de investigação. Colocação do(s) problema(s)

A automatização chegou ao Direito e é um caminho sem retorno. Tenhamos uma perspetiva cegamente positiva ou altamente cética¹ diante desta inevitabilidade, uma coisa é certa: não nos podemos evadir da questão, que é porventura, o fenómeno jurídico mais marcante do século XXI.

¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, "The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law", in *Automatisierte Systeme*, München: C.H. Beck, 2022, pp. 425-435.

Transversal a todos os ramos do Direito, provocando maiores ou menores terramotos por onde passa, a automatização – ou automação – vai chegando, timidamente, às funções clássicas do Estado, nunca isenta de celeumas e dos mais relevantes questionamentos.

Mas, do que estamos, realmente, a falar?

Apesar de não haver uma definição universal consensualizada, a automatização pode ser entendida, como a própria designação indicia, nos seguintes termos: "state in which a technical system performs a formerly human task or parts of that task, respectively"². Note-se que falar em automatização não significa necessariamente dizer, *a priori*, que a presença humana é preterida³.

Passível, por isso, de ser aplicada a qualquer área do Direito em que exista um procedimento decisório – e, portanto, aplicável, em teoria, quer à função jurisdicional⁴, quer à função legislativa –, o seu advento não escapa à função administrativa, enquanto função do Estado que, de acordo com o artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa *visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*.

É precisamente na função administrativa que nos iremos focar.

Recentemente, a jurisprudência italiana do *Consiglio di Stato* pronunciou-se sobre o tema em dois casos sobre a mesma situação. Nestas duas decisões, traçou fronteiras e limites à utilização de algoritmos na tomada de decisões pela Administração – no caso, para fins de mobilidade de professores do ensino secundário. O conhecimento destas decisões leva-nos a questionar como é que casos do mesmo tipo seriam decididos pelo Tribunal Constitucional Português – situação que, até hoje, nunca se verificou.

A pertinência da questão é manifesta, considerando que a Administração Pública começa paulatinamente a recorrer a tecnologias *machine learning* para a tomada de decisões.

Resultantes do advento da Inteligência Artificial (doravante, IA), manifestam-se em algoritmos preditivos que operam com base em gigantescas bases de dados (*Big Data*). Porque este não é o local adequado para dissertar sobre os benefícios que a IA aporta para a Administração

² MONIKA SIMMLER / RUTH FRISCHKNECHT, "A taxonomy of human-machine collaboration: capturing automation and technical autonomy", in *AI & SOCIETY*, Springer, 2021, n.º 36, pp. 239-250, p. 242.

³ T. B. SHERIDAN/ R. PARASURAMAN, "Human-Automation Interaction", in *Reviews of Human Factors and Ergonomics*, 1(1), 2005, pp. 89-129.

⁴ SÓNIA MOREIRA, "Justiça Sustentável e Inclusiva: O Uso de IA nos Tribunais", in *Congresso Luso-Brasileiro de Direito e Desenvolvimento Sustentável*, Escola de Direito da Universidade do Minho /JusGov, junho de 2023, pp. 37-46, e bibliografia aí citada.

Pública⁵, apenas é de referir que o recurso a esta tecnologia pode imprimir celeridade, eficiência e sustentabilidade à atuação administrativa. Do mesmo modo, a neutralidade do algoritmo, resultante da sua natureza lógico-dedutiva, seria um instrumento ideal para evitar a parcialidade e, até, o preconceito nas decisões administrativas⁶. Não se olvide, porém, os riscos⁷ que traz para o funcionamento da Administração – riscos esses que podem provocar danos⁸ –, e que devem requerer, da parte dos entes públicos, uma verdadeira política de prevenção⁹.

Para conseguirmos estudar a questão, teremos de começar por indagar o que é, afinal, uma decisão automatizada. O conceito está intrinsecamente ligado à ideia de autonomia¹⁰ da máquina.

Segundo a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica – 2015/203 (INL) –, “a autonomia de um robô pode ser definida como a capacidade de tomar decisões e implementá-las no mundo externo, independentemente de controlo ou influência externa; (...) esta autonomia é de natureza puramente tecnológica e o seu nível depende do grau de complexidade com que foi desenhada a interação de um robô com o ambiente”.

Antes de prosseguirmos, coloquemos as nossas hipóteses de partida, em abstrato – na medida em que pelo menos duas delas serão, logo à partida, inverosímeis:

- i) a Constituição *proíbe totalmente* este tipo de decisões, o que pode fazer:
 - a) expressamente; (hipótese A) ou
 - b) por interpretação atualista de princípios ou normas existentes, caso em que resta saber quais; (hipótese B)

⁵ DIANA-URANIA GALETTA / JUAN GUSTAVO CORVALÁN, “Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto”, *Federalismi.it*, 3 (2019), pp. 1-23.

⁶ CASS R. SUNSTEIN, “Algorithms: Correcting Biases”, *Social Research: An International Quarterly*, 86 (n.º 2) (2019), pp. 499-511.

⁷ Sobre a perceção desses riscos, *vide* THEO ARAUJO / NATALI HELBERGER / SANNE KRUIKEMEIER / CLAES H. DE VRESSE, “In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence”, in *AI & SOCIETY*, n.º 35, Springer, 2020, pp. 611-623.

⁸ Desde danos à segurança e à saúde (incluindo a própria vida), passando pela perda da privacidade, por limitações à liberdade de expressão, violações do princípio da dignidade da pessoa humana e discriminações diversas (de género, de acesso ao emprego, entre outras).

⁹ Sobre o princípio da prevenção, *vide* J. J. GOMES CANOTILHO, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa: Universidade Aberta Editora, 1998, pp. 44 e ss.; NICOLAS DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 40 e ss.

¹⁰ Alguma doutrina prefere referir-se a esta característica como “*emergent behavior*”, considerando que a autonomia é uma característica reservada aos Seres Humanos, dotados de livre-arbítrio, *cfr.* RYAN CALO, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, *California Law Review*, 513 (2015), pp. 513-563.

- ii) a Constituição *permite totalmente* este tipo de decisões, o que pode fazer:
 - a) expressamente; (hipótese C) ou
 - b) por interpretação atualista de princípios ou normas existentes, caso em que resta saber quais; (hipótese D) e
- iii) a Constituição *permite parcialmente*, situação que nos leva a perguntar:
 - a) em que casos e com base em que normas ou princípios jurídicos, o que pode fazer
 - i. expressamente; (hipótese E) ou
 - ii. por interpretação atualista de princípios ou normas existentes, caso em que resta saber quais (hipótese F).

Considerando que este é um universo totalmente novo de atuação administrativa ainda sem respaldo constitucional, são de rejeitar, desde logo, as hipóteses de permissão total expressa e de proibição total expressa (hipóteses A e C). Com efeito, na Constituição inexistente qualquer referência à automatização de procedimentos – apesar de ser possível encontrar uma norma sobre o tratamento automatizado de dados, a saber, o artigo 35.º da Lei Fundamental.

É à análise da questão que dedicaremos as páginas que se seguem, procurando perceber quais os limites da automatização das decisões administrativas no ordenamento jurídico-constitucional português.

Para efeitos deste escrito, começaremos por i) enquadrar conceptualmente a temática em estudo, procedendo, de seguida, à ii) apresentação da recente jurisprudência do *Consiglio di Stato* sobre o tema e iii) análise do respetivo argumentário, por forma a extrair conclusões que auxiliem a compreensão e o conseqüente tratamento dos problemas detetados pelo Tribunal italiano à luz do ordenamento jurídico-constitucional português.

II. A automatização das decisões administrativas

Considerando a definição de *automatização* acima descrita¹¹, podemos afirmar que a *automatização administrativa* se reconduz ao fenómeno através do qual o Estado e demais entidades públicas, no exercício desta função, recorrem a algoritmos para a realização de atos, operações, trâmites ou procedimentos legalmente previstos.

Recorrendo à legislação espanhola – que, neste âmbito, demonstra um particular avanço –, encontramos uma definição de *atuação administrativa automatizada* no artigo 41.º da *Ley 40/2015*, de 1 de outubro, que estabelece

¹¹ Ver a nota de rodapé 2.

o Regime Jurídico do Setor Público, nos seguintes termos: “qualquer ato ou operação realizada integralmente através de meios eletrónicos pela Administração Pública no âmbito de um procedimento administrativo e na qual não tenha intervido de forma direta um funcionário público”¹². O grau de automatização – ou seja, o âmbito e limite até onde a Administração leva esta capacidade de realização de operações por via telemática – pode, contudo, variar.

Na Constituição da República Portuguesa, a única norma que se refere expressamente à automatização é o artigo 35.º (“Utilização da informática”), mais concretamente, o seu n.º 2, de onde decorre que é a lei que define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização. É, então, a única norma que refere se expressamente à automatização, e fá-lo a propósito do tratamento de dados pessoais – regulado no Regulamento Geral de Proteção de Dados¹³ (doravante, RGPD) e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. Logo, o tratamento automatizado de dados é permitido, pela CRP, e concretizado pela via legislativa, com as proibições impostas pelo n.º 3 do mesmo artigo.

Outra menção pode ser encontrada no artigo 9.º da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital¹⁴. Com um cariz marcadamente programático, este diploma, no que concerne à utilização de algoritmos pela Administração Pública, determina que “as decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos da lei” (n.º 2 do artigo 9.º). O próprio n.º 1 do preceito consagra que “a utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação”.

No plano infraconstitucional, e porque se trata de um diploma de aplicação genérica à função administrativa, destacamos o n.º 4 do artigo

¹² Tradução livre da autora. No original: “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”.

¹³ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

¹⁴ Aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio. Para uma crítica (acutilante) a este diploma, vide José DE MELO ALEXANDRINO, “Dez Breves Apontamentos sobre a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital”, disponível em <https://www.icjp.pt>.

62.º do CPA, de onde resulta que os balcões eletrónicos podem proceder à emissão automatizada de atos administrativos. Apesar da promessa que esta redação encerra, desta norma não resultam verdadeiras regras relativas à sua prática – o que se depreende, desde logo, da sua inserção sistemática –, sendo de concluir que, com esta alteração, o legislador apenas quis apontar para essa possibilidade futura¹⁵.

Feito este brevíssimo enquadramento, passemos à descrição das decisões do *Consiglio di Stato* de 2019, onde se fixaram os limites das decisões administrativas automatizadas.

III. As decisões do *Consiglio di Stato* de 2019

1. O(s) caso(s)

Em ambos os casos – na *Sentenza* 2270/2019, de 8 de abril, e na *Sentenza* 8472/2019, de 13 de dezembro –, um grupo de docentes do ensino obrigatório recorreu à via judicial na sequência daquilo que considerava ser um procedimento ilegal de colocação e seriação em que tinham participado e que – e aqui reside a novidade – havia sido operado por um sistema informático que utilizava um algoritmo.

Por erro no funcionamento daquele, o *output* foi uma série de resultados “irracional”, no dizer do *Consiglio di Stato*: houve docentes colocados em cargos para os quais não se tinham candidatado – o que seria virtualmente impossível à luz das regras do algoritmo –, e, pior, candidatos com mais baixa classificação tinham beneficiado de vagas no local de residência e na disciplina e ano escolar preferenciais expressas na candidatura, situação que não se tinha verificado com os seus colegas melhor graduados. O algoritmo não havia considerado, inclusive, as preferências indicadas nos respetivos pedidos de transferência, sem qualquer justificação racional aparente.

O recurso foi procedente em ambos os casos, tendo o *Consiglio di Stato* considerado ter havido violação de princípios jurídicos aplicáveis às *decisões administrativas automatizadas*.

2. A fundamentação

A fundamentação da decisão de dezembro foi mais rica do que na decisão de abril. Começemos por esta última.

¹⁵ Em linha com a conclusão de ANDRÉ ZIBAIA DA CONCEIÇÃO, “Automatização da atividade administrativa: promessa ou realidade? As alterações ao artigo 62.º do CPA”, *Revista de Direito Administrativo*, 18 (2023), pp. 53-57, p. 56.

2.1. A *Sentenza* 2270/2019, de 8 de abril

O Tribunal invocou o princípio da transparência, de acordo com o qual o algoritmo utilizado deve ser cognoscível, implicando pleno conhecimento das regras que lhe subjazem. No caso em apreço, a compreensão dos métodos com que, através do referido algoritmo, haviam sido atribuídos os lugares disponíveis, era impossível, constituindo, para o *Consiglio di Stato*, por si, só uma falha capaz de invalidar todo o procedimento. Para o Tribunal, os resultados “ilógicos e irracionais”, verdadeiramente “paradoxais”, atentam contra aquilo que são as funções e objetivos do procedimento administrativo.

Esta cognoscibilidade do algoritmo deve ser garantida em todos os aspetos: desde os seus autores, ao procedimento utilizado para o seu desenvolvimento, passando pelo mecanismo de decisão, incluindo as prioridades atribuídas no processo de avaliação e tomada de decisão e os dados selecionados como relevantes. Tal demonstração – exigente – permitiria ao cidadão comparar os *inputs* da máquina com os seus *outputs*; uma verdadeira correspondência, lógica e sistemática, resultaria na sua fiabilidade, mimetizando as regras (jurídicas) definidas pela Administração.

Para o *Consiglio di Stato*, a multidisciplinariedade que caracteriza o algoritmo (um somatório de competências jurídicas, técnicas, informáticas, estatísticas e administrativas) não dispensa a necessidade de conhecer a “fórmula técnica” e as explicações que a traduzem na “norma jurídica” que lhe subjaz e que o tornam legível e compreensível, tanto para os cidadãos, como para o juiz.

Em segundo lugar, entendeu que a regra algorítmica também deve estar sujeita ao pleno conhecimento e à revisão completa do juiz administrativo, numa declinação direta do direito de defesa do cidadão, que não pode ser impedido de conhecer os métodos (mesmo que automatizados) através dos quais foi tomada uma decisão destinada a ter repercussões na sua esfera jurídica. Aqui, o Tribunal detalha que a decisão administrativa automatizada exige que o juiz avalie primeiro a regularidade do processo em todos os seus componentes. Na decorrência desta análise, o juiz deve ser capaz de rever a mesma “lógica e razoabilidade” da decisão administrativa algorítmica.

O *Consiglio di Stato* sublinha que só assim a decisão pode ser eficaz e assumir um alcance semelhante aos casos em que a Administração recorre a métodos decisórios tradicionais, numa lógica que obedece a um princípio de igualdade.

De um modo geral, o Tribunal sustentou que o uso da IA não pode comprometer os princípios que enformam o ordenamento jurídico (italiano) e que, em particular, regulam o exercício da função administrativa.

Sobre a regra técnica que subjaz ao algoritmo, sustentou que i) possui plena validade jurídica e administrativa, ainda que expressa em linguagem matemática; ii) não pode deixar espaços de aplicação discricionária, devendo prever uma solução para todos os casos definidos; iii) vem acompanhada da necessidade de um papel mediador e de composição de interesses *ex ante* que a Administração deve assumir (quando determina as regras jurídicas que o algoritmo vai aplicar); e, por fim, iv) deve ser passível de controlo jurisdicional. Afirma-se, por fim, que o algoritmo é um *atto amministrativo informatico*.

2.2. A *Sentenza* 8472/2019, de 13 de dezembro

Como referido, a fundamentação da *Sentenza* de dezembro foi mais robusta. Não obstante ter mencionado legislação supranacional na *Sentenza* de abril, aqui o *Consiglio di Stato* faz uma amplíssima referência ao Direito da União Europeia, considerando ter havido violação dos princípios i) da cognoscibilidade (e da compreensibilidade); ii) da não exclusividade da decisão algorítmica e iii) da não discriminação algorítmica.

Vejamos.

De acordo com o primeiro princípio, todos têm o direito de saber da existência de processos automatizados de decisão que lhes digam respeito, e de, conseqüentemente, receber informações significativas sobre a lógica usada. O *Consiglio di Stato* retira este princípio do artigo 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE), de onde resulta que quando a Administração Pública pretende adotar uma decisão que possa ter efeitos adversos sobre uma pessoa, tem a obrigação de ouvi-la antes de agir, para lhe permitir o acesso aos seus arquivos e documentos e, por último, tem a obrigação de fundamentar as razões da sua decisão. O Tribunal sublinha que a forma – geral – como o princípio está consagrado abrange a sua aplicação tanto às entidades privadas, quanto aos entes públicos. O Tribunal salientou, a este propósito, que as operações algorítmicas (matemáticas, mas que espalham a regra jurídica que está na sua base) devem ser sempre comprovadas e ilustradas a nível técnico, pelo menos clarificando as circunstâncias acima mencionadas, ou seja, as instruções dadas e os métodos de funcionamento do sistema.

O Tribunal considera que o princípio da compreensibilidade vem completar o princípio da cognoscibilidade, possibilitando a receção de “informações significativas sobre a lógica utilizada”.

Em segundo lugar, o *Consiglio di Stato* refere, enquanto princípio de alcance global, o princípio da não exclusividade da decisão algorítmica. Aqui, recorda o artigo 22.º do RGPD¹⁶, segundo o qual “o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar” (n.º 1).

Nesse sentido, defende que ainda deve haver uma contribuição humana no processo de tomada de decisão capaz de controlar, validar ou negar a decisão automática.

Por fim, e em linha com o considerando 71 do RGPD, o Tribunal reclama a aplicação de um princípio fundamental de não discriminação algorítmica, segundo o qual o responsável pelo tratamento de dados deve utilizar procedimentos matemáticos ou estatísticos adequados para a criação de perfis, implementando medidas técnicas e organizacionais adequadas que assegurem, em particular, que os fatores que levam a imprecisões dos dados sejam retificados, minimizando, assim, o risco de erros e garantindo a segurança dos dados pessoais. Esta abordagem tem em conta os potenciais riscos potenciais existentes para os interesses e direitos dos interessados e procura mitigá-los ou eliminá-los – numa verdadeira filosofia de gestão de riscos¹⁷.

Seguindo a decisão de abril, o *Consiglio di Stato* decidiu, enfim, que o algoritmo não havia sido utilizado em conformidade com os princípios mencionados, tendo invalidado, conseqüentemente, todo o procedimento concursal.

Criticando a decisão da primeira instância, o Tribunal sublinha que toda a lei do procedimento administrativo, concebida numa época em que a Administração não foi afetada pela revolução tecnológica, não pode, portanto, ser considerada aplicável indiscriminadamente à atividade administrativa algorítmica. Frisou que a mitigação dos perigos da tecnologia não é evitada pela aplicação rígida e mecânica de normas – que não foram pensadas para aquela realidade aquando da sua criação. Antes propõe, pela necessidade fundamental de proteção colocada pela utilização da ferramenta informática

¹⁶ Sobre o artigo 22.º em relação com os algoritmos, e fazendo menção aos princípios que o *Consiglio di Stato* destaca nestas decisões, vide SANDRA BARBOSA / SARA FÉLIX, “Algorithms and the GDPR: An analysis of article 22”, *Anuário da Proteção de Dados* (2021), pp. 67-93.

¹⁷ Segundo CARLA AMADO GOMES, “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (2010), pp. 19-34, p. 34: “O que se perde em autonomia decisória, em precisão normativa, tem que recuperar-se em transparência, participação, fundamentação”.

algorítmica, a aplicação do princípio da fundamentação da decisão (este seria, na verdade, o limite em torno do qual todos os outros gravitariam).

O Tribunal conclui que as regras existentes não respondem à realidade da IA, mas que os princípios – mais abertos e flexíveis – já permitem a solução, justa, de invalidade do procedimento, que foi tomada.

IV. Apreciação das decisões à luz do ordenamento jurídico-constitucional português

Conhecidas as decisões do *Consiglio di Stato* e respetivas fundamentações, é tempo de regressar a Portugal e perceber como como é que casos do mesmo tipo poderiam ser decididos pelo Tribunal Constitucional Português.

1. O fundamento constitucional da atividade administrativa automatizada

O *Consiglio di Stato* fundamenta, como se viu, o recurso à IA no exercício da função administrativa com o princípio da boa administração ao fazer uma referência expressa, em ambas as decisões, ao artigo 97.º da Constituição italiana. Nele começa, assim, por alicerçar uma das suas premissas de base mais importantes: a de que a utilização de IA pela Administração seria uma possível hodierna concretização dessa norma.

Ei-la:

Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge [95 c.3], in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari [28].

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

A jurisprudência retira esta conclusão da referência ao “*buon andamento (...) dell'amministrazione*” – o que corresponderia, em português, ao *princípio da boa administração*.

Aqui encontramos a primeira diferença entre os dois sistemas: a CRP não faz nenhuma referência expressa a este vetor.

Quer isto significar que não acolhe, por isso, a existência de um procedimento administrativo automatizado? Ou haverá outra(s) normas que o possibilitem?

A boa administração é acolhida, pelo CPA, no seu artigo 5.º, e a sua origem remonta ao Direito da União Europeia, mais concretamente, ao artigo 41.º da CDFUE.

O artigo, sob epígrafe “Direito a uma boa administração”, reza que “todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável” (n.º 1). No n.º 2, o legislador europeu escreve que este direito compreende o direito de qualquer cidadão i) a ser ouvido antes de ser tomada qualquer medida individual que afete desfavoravelmente a sua situação jurídica; ii) o direito de qualquer pessoa ter acesso aos processos que lhe digam respeito, nos limites da confidencialidade e segredo profissional ou comercial e iii) a obrigação da Administração fundamentar as suas decisões.

A vastidão de corolários que encontramos, pois, no princípio da boa administração – potencialmente aplicáveis ao caso em estudo – é evidente. Com particular relevo para o nosso caso, diríamos que a exigência de fundamentação das decisões – que decorre do n.º 2 do artigo – resolveria o problema da cognoscibilidade (e compreensibilidade) da decisão algorítmica – que será desenvolvido em 2., adiante.

Em terras lusas, o artigo 266.º da Constituição – que inaugura a chamada “Constituição administrativa” – faz referência ao princípio da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (n.º 1), bem como aos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé (n.º 2).

Só de forma muito remota se pode retirar, do artigo 266.º, n.º 2, da CRP, uma referência minimamente similar: o princípio da boa administração tem uma existência dogmática separada dos princípios fundamentais da atividade administrativa aí consagrados – que, no fundo, são o tronco comum de todos os restantes princípios que condicionam esta função do Estado.

Considerando que o recurso à IA é, desde logo e de forma mais imediata, um benefício para a *organização administrativa* – porquanto os benefícios a ela associados assim o ditam –, a chamada à colação dos princípios da desburocratização e da aproximação dos serviços às populações, com respaldo constitucional no n.º 1 do artigo 267.º, poderiam encontrar aqui justificação – esta que não prescinde da necessária comprovação, pela Administração, de que a utilização de um sistema *machine learning* traria esses benefícios. Por esta via, cremos que essa possibilidade seria, desde logo admitida.

Em suma, o Tribunal Constitucional Português poderia sempre invocar o princípio da boa administração, assim como os princípios organizatórios do artigo 267.º, n.º 1, da CRP.

2. O princípio da cognoscibilidade (e da compreensibilidade)

O *Consiglio di Stato* invoca, após admitir a permissão de um procedimento administrativo automatizado com base no artigo 97.º da Constituição italiana, princípios que coincidem, pelo menos parcialmente, com as exigências resultantes do artigo 5.º RGPD relativos ao processamento de dados. O preceito exige, no seguimento do Considerando 39, a licitude, a justiça e a transparência da política de recolha de dados, numa linguagem clara, simples e cognoscível por parte do particular utilizador¹⁸. Este postulado envolve o conhecimento dos riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento dos dados pessoais e dos meios existentes para exercício dos direitos.

Neste contexto, levantam-se uma série de interrogações: qual o alcance deste princípio? O RGPD tem conteúdo materialmente constitucional? Faz parte da Constituição material europeia?

2.1. O Direito Constitucional *Multinível*

É neste ponto que é pertinente introduzirmos o conceito de *Constitucionalismo Multinível*¹⁹, termo recente e não isento de opositores²⁰.

Considerando a crescente existência de entidades quer a nível global, quer a nível regional – nomeadamente, europeu –, nas últimas décadas tem-se

¹⁸ Sobre esta necessidade de fundamentação, *vide* MELANIE FINK / MICHÈLE FINCK, “Reasoned A(I) dministration: explanation requirements in EU law and the automation of public administration”, in *European Law Review*, 47 (n.º 3) (2022), pp. 376-392. As Autoras apontam para os que vários aspetos dúbios que nem o recém-aprovado Regulamento IA – Regulamento Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial) –, nem a legislação europeia sobre proteção de dados – nomeadamente, o RGPD – resolvem.

¹⁹ NEIL WALKER, “Constitutionalism and Pluralism in Global Context”, in Matej Avbelj / Jan Komárek (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*, Oxford: Hart, 2012, pp. 17-38.; INGOLF PERNICE, “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”, *European Constitutional Law Review*, 11 (n.º 3) (2015), pp. 541e ss. Em Portugal, o tema tem sido explorado por ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa: LEX, 2000, pp. 303 e ss., e, no âmbito do Direito Administrativo, por VASCO PEREIRA DA SILVA, “O Impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo Português”, *Direito Constitucional e Administrativo Sem Fronteiras*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 37-64.

²⁰ RENÉ BARENTS, “The Fallacy of Multilevel Constitutionalism”, in Matej Avbelj / Jan Komárek (eds.), *op. cit.*, pp. 153 e ss.

explorado o conceito, agregando defensores da existência de vários níveis de constitucionalismo. Já não é apenas o Direito Constitucional de cada Estado que interessa²¹; antes, o Direito das organizações em que se insere.

Para esta análise, não se pode deixar de fora a necessária referência ao artigo 8.º, n.º 4, da Constituição, de onde decorre o princípio do primado do Direito da União Europeia. Dele decorre que “*as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas as suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”.

A cláusula-limite que encontramos na parte final – a exigência do respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático – revela-se essencial para uma filtragem das normas jurídicas de proveniência europeia, por forma a garantir que não colidem com aqueles princípios.

Se podemos dizer, de forma pacífica, que a CDFUE é Direito Constitucional material da União Europeia²², será que podemos dizer o mesmo em relação ao RGPD?

A nossa resposta é que sim²³, conquanto, vejamos: o RGPD, ao disciplinar as regras relativas ao tratamento de dados pessoais, regula um direito fundamental consagrado no artigo 8.º da CDFUE: o direito à proteção dos dados pessoais.

Segundo o preceito:

1. *Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.*
2. *Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.*
3. *O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.*

Não se olvide, também, que a proteção dos dados pessoais é um “*direito-chapéu*” que garante o respeito por outros direitos – também eles de cariz constitucional – como o direito à privacidade, à igualdade e não

²¹ Destacando a perda de ligação do Direito Administrativo ao Estado, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, “O Impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo Português”, *op. cit.*, pp. 38-39.

²² O que é, aliás, expressamente reconhecido pelo artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

²³ No mesmo sentido, EDOARDO CELESTE / GIOVANNI DE GREGORIO, “Digital Humanism: The Constitutional Message of the GDPR”, *Global Privacy Law Review*, 3 (n.º 1) (2022), pp. 4-18 (referindo-se a uma natureza “*para-constitucional*”).

discriminação e ao livre desenvolvimento da personalidade²⁴. Além do mais, o RGPD é um regulamento – portanto, tem aplicação direta em todos os Estados-Membros e não carece de transposição –, o que contribui para concluir pela sua relevância como regulação genérica da temática no seio da União.

No que concerne, em particular, à aplicação de algoritmos à atividade administrativa, ganham relevo, em especial, os princípios da cognoscibilidade (e da compreensibilidade). A ideia não pretende referir mais do que a simples constatação – mas de complexa efetivação prática – de que um particular que seja interessado à luz de um procedimento administrativo algorítmico tem o direito de conhecer todo o seu funcionamento. Essa informação, por seu turno, deve ser passível de ser compreendida pelos seus destinatários. Estes direitos são acompanhados dos correlativos deveres da Administração: facultar essa informação e garantir que ela é prestada por forma a ser compreensível ao cidadão médio.

Acompanhamos o *Consiglio di Stato* quando refere que esse *imperativo de transparência*²⁵ é necessário, porque o conhecimento do algoritmo é, ele próprio, o conhecimento de uma *norma*, ainda que expressa em língua informática ou matemática.

Embora não haja uma referência expressa ao dever de transparência na CRP, nem do CPA, encontra respaldo indireto noutras normas potencialmente aplicáveis aos casos em estudo, nomeadamente, o artigo 268.º, n.º 3, 2.ª parte, da CRP (que postula a exigência de uma fundamentação expressa e acessível), concretizado, por seu turno, pelo artigo 153.º do CPA (que estabelece os requisitos legais da fundamentação do ato administrativo).

Em Portugal, seria necessário o Tribunal Constitucional fazer referência ao RGPD para justificar esta necessidade de explicação do funcionamento do algoritmo?

Na linha de que se trata de Direito Constitucional material, e invocando o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, essa referência seria uma possibilidade plausível.

Mas, no nosso texto constitucional, há ainda duas normas potencialmente aplicáveis: i) uma disposição que menciona expressamente o direito à informação (o artigo 268.º, n.º 1, da CRP, que consagra o direito de os cidadãos serem informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem

²⁴ Artigo 7.º (vida privada e familiar) e artigo 21.º (não discriminação) da CDFUE.

²⁵ Sobre o tema, vide DÉBORA MELO FERNANDES, “O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 75 (I/II) (2015), pp. 425-457.

como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas) – que serviria o fito de possibilitar ao particular conhecer os contornos do procedimento baseado no algoritmo –, e ii) o artigo 268.º, n.º 3, 2.ª parte, de onde resulta o direito à fundamentação dos atos administrativos, que deve ser “expressa e acessível” quando afete direitos ou interesses legalmente protegidos – e que, aqui, também cumpriria o objetivo de explicar²⁶ a decisão do algoritmo.

Ora, começando pelo primeiro – o direito à informação²⁷ – reparamos que é, todavia, mais limitado do que uma primeira leitura pode indiciar.

Desde logo, porque i) exige uma conduta ativa do cidadão (requerer a informação), e, de seguida, porque, aparentemente, ii) se circunscreve ao conhecimento do andamento dos “processos” e das suas resoluções definitivas quando neles sejam diretamente interessados. A polissemia do termo faz-nos questionar se este direito opera apenas em relação ao processo administrativo, ou se, ao invés, abrange também o procedimento²⁸. A concluir-se pela segunda hipótese, as situações em análise estariam cobertas pelo mesmo, mas teríamos a mesma dificuldade identificada em i). Já lá iremos.

Uma conclusão é certa: com a aplicação de um algoritmo a um procedimento, não deixamos de ter uma realidade procedimental, nos termos definidos pelo artigo 1.º, n.º 1, do CPA. Porém, será que podemos dizer que o conhecimento “dos autores [do algoritmo], ao procedimento utilizado para o seu desenvolvimento, passando pelo mecanismo de decisão, incluindo as prioridades atribuídas no processo de avaliação e tomada de decisão e os dados selecionados como relevantes” é sinónimo de conhecimento do procedimento? Considerando que o processo se resume ao funcionamento do algoritmo (na maioria dos casos), podíamos dizer que sim. Mas, vejamos: o artigo fala em “andamento do processo”, que é o mesmo que dizer que o particular pode pedir informações sobre a fase em que se encontra, o estado do mesmo, etc.; não as características desse mesmo procedimento. Mais: num procedimento dito tradicional, essas “caraterísticas” estão expressas em letra de lei; veja-se, a esse propósito, o Título II (“Procedimento do regulamento e do

²⁶ MARK COECKELBERGH, “Artificial Intelligence, Responsibility Attribution, and a Relational Justification of Explainability”, *Science and Engineering Ethics*, 26 (2020), pp. 2051-2068.

²⁷ Pormenorizado no artigo 82.º e ss. do CPA – Capítulo IV (“Do direito à informação”) do Título I (“Regime comum”) da Parte III (“Do procedimento administrativo”).

²⁸ Discutem a questão J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II*, 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, que concluem que o âmbito objetivo de aplicação da norma são os “procedimentos/processos perante a administração e não perante instâncias jurisdicionais”, *op. cit.*, p. 822.

ato administrativo”) da Parte III do CPA. É precisamente nestas normas que encontramos o funcionamento do procedimento; as regras que disciplinam os deveres da Administração e os correlativos direitos dos particulares.

Porém, a assimetria informacional que pauta o relacionamento entre particular e Administração algorítmica exige – até sob o ponto de vista de *risk communication*²⁹ – um dever dos entes privados de comunicação desse mesmo risco.

Com efeito, a academia tem entendido que, no que respeita à prevenção de riscos, uma abordagem de i) *risk evaluation*, num primeiro momento; ii) *risk management*, num segundo, e de iii) *risk communication* durante todo o processo/procedimento, é necessária, por forma a garantir os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e a (por vezes questionada) legitimidade da atuação da “Administração-algoritmo”.

No concerne a esta última, que por ora nos interessa, impõe à Administração o dever de informar o particular das características do sistema independentemente de solicitação do próprio.

Por esse motivo, e recorrendo ao Direito Constitucional multinível material, diríamos que o recurso ao RGPD é uma forma hábil de resolver a questão, porquanto expressamente se refere a este dever de comunicação – *vide* o artigo 12.º, n.º 1. Apesar de circunscrever o seu âmbito de aplicação à regulação de dados pessoais, a IA não pode existir sem esses mesmos dados – *Big Data*, no caso.

3. A automatização em espaços de discricionariedade

Outro ponto bem interessante – e complexo – que a decisão do *Consiglio di Stato* de dezembro abordou relaciona-se com a aplicação da IA a aspetos discricionários da função administrativa. Haverá alguma limitação quanto ao uso de IA na atuação discricionária da Administração Pública? Será que a automatização se coaduna com a ideia de discricionariedade – que, por definição, é criadora? Será, por isso, correto, dizermos que em todos os procedimentos discricionários não pode haver automatização? Ou será que, ao invés, neste tipo de procedimentos ela deve ser limitada?

²⁹ Sobre o tema, *vide* VIRGINIA RECCHIA, *Risk Communication and public perception of technological hazards – First Volume*, Nota di Lavoro, n.º 81, Milano: Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM), 1999; CARLA AMADO GOMES, “Risco tecnológico, comunicação do risco e direito a saber”, in Carla Amado Gomes (coord.), *Direito(s) dos Riscos Tecnológicos*, Lisboa: AAFDL Editora, 2014, pp. 17-38, p. 17. Sobre os limites deste “direito a saber”, IBO VAN DE POEL / JESSICA NIHLÉN FAHLQUIST, “Risk and Responsibility”, in Sabine Roeser et al. (eds.), *Essentials of Risk Theory*, Berlin: Springer, 2013, pp. 107-143.

Vejamos dois exemplos, estranhos ao caso em análise: o ordenamento não pode – ou não *deve* – encarar da mesma forma i) um particular que solicita à Administração Tributária um comprovativo de residência fiscal e ii) um particular que solicita à Administração uma licença de porte de arma. No primeiro caso, estamos diante de um ato certificativo, cuja emissão automática se aproxima mais de uma atuação vinculada da Administração, ao passo que no segundo caso, tratando-se da (potencial) prática de um ato constitutivo de direitos, há critérios normativos a preencher, nomeadamente, conceitos indeterminados³⁰.

Voltando ao nosso caso, disse o Tribunal, a propósito da discricionariedade, que:

“(n)ão existem razões de princípio, ou concretas, para limitar a utilização a atividades administrativas vinculadas e não discricionárias, ambas expressões de atividade autoritária realizada na prossecução do interesse público”.

Numa tradução livre, o Tribunal diz que “dado que toda atividade autoritária envolve pelo menos uma fase de avaliação e verificação da escolha dos fins atribuídos pela lei, se a utilização de ferramentas informáticas pode parecer mais fácil de utilizar em relação à chamada atividade vinculada, *nada impede que os mesmos fins acima mencionados, prosseguidos com a utilização do algoritmo informático, também possam ser prosseguidos em relação a atividades caracterizadas por áreas de discricionariedade*” (itálico nosso). O Tribunal admite, assim, que, diante de poderes discricionários – nomeadamente, de discricionariedade técnica –, a Administração Pública pode aplicar a IA.

Porém, o *Consiglio di Stato* lembra que à luz – mas não só – daquela regulação supranacional – como elementos de garantia mínima –, dois aspetos materiais deste tipo de decisões devem ser garantidos: i) o pleno conhecimento prévio das características do algoritmo e dos critérios aplicados e ii) a imputabilidade da decisão ao órgão que detém o poder, a quem caberá realizar a necessária verificação da lógica e da legitimidade da escolha feita e dos resultados provenientes do algoritmo.

No primeiro ponto, encontramos a referência ao dever de fundamentação que resulta do princípio da transparência, já aprofundado, e, no segundo, a menção a outra complexa questão levantada pela IA, relacionada com a legitimidade das decisões.

Quanto a este último, vejamos: a inevitável terciarização dos serviços informáticos pode-nos levar a questionar se não estamos diante da

³⁰ Um dos que é mais amplamente referido na Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, que aprova o Regime Jurídico das Armas e Munições, é a “idoneidade”.

emergência de um poder tecnocrata sem qualquer legitimidade democrática³¹, inevitabilidade numa sociedade que precisa de recorrer aos privados para implementar tecnologias *machine learning* na sua atividade. Isso não deixa de significar que podemos estar perante uma *crise* da legitimidade democrática da Administração.

Todavia, não podemos olvidar que a decisão de recorrer a um mecanismo de IA é inteiramente da Administração numa aplicação (ela própria, discricionária) dos princípios da prossecução do interesse público e da boa administração. A ação da Administração está sempre presente, nem que seja na escolha de recurso à IA, e, também, no momento da programação do sistema³².

Do lado da verificação dos resultados e da imputabilidade associada, o *Consiglio di Stato* entende que a verificação a jusante deve ser garantida, em termos da lógica e da correção dos resultados (por exemplo, garantindo que o programa vai, efetivamente, ter em consideração as preferências dos candidatos e graduar, de forma ordenada, as classificações de cada critério isolado, bem como da classificação final). Diz o Tribunal que esta é a forma de garantir a imputabilidade da escolha ao titular do poder de autoridade (que tem a competência para definir a(s) regra(s) constante(s) do algoritmo), garantindo, por um lado, o cumprimento do princípio da legalidade, e, por outro, a identificação do funcionário da Administração responsável, o que é relevante para eventual imputação de danos³³.

Já a *Sentenza* de abril, o *Consiglio di Stato* entendeu que o algoritmo não pode deixar espaços de aplicação discricionários (que, aliás, lhe faltam), mas deve fornecer razoavelmente uma solução definida para todos os casos possíveis, mesmo os mais improváveis (o que, assume, o torna parcialmente diferente de muitas regras administrativas gerais). A discricionariedade administrativa, embora certamente não possa ser delegada ao *software*, deve, portanto, ser encontrada no momento do desenvolvimento da ferramenta digital. Da interpretação deste trecho resulta, a nosso ver, a impossibilidade de espaços de livre decisão da ferramenta *inteligente*.

³¹ CARLA AMADO GOMES, “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *op. cit.*, pp. 19-34. A mesma ideia pode ser encontrada em JOSÉ ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona: Ariel, 1999, p. 41.

³² VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 483; “The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law”, *op. cit.*, p. 433.

³³ Sobre o tema, BEATRIZ GARCIA, *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas por Danos Decorrentes da Utilização de Inteligência Artificial no Exercício da Função Administrativa*, Lisboa: AAFDL Editora, 2025 (no prelo).

Considerando o escopo do presente artigo, e porque muito haveria que explorar neste tema, iremos ater-nos àquilo que estará mais diretamente relacionado com a nossa questão inicial, partindo do postulado, acima referido, de que não há procedimentos totalmente vinculados, nem totalmente discricionários.

Como bem relembra JULI PONCE SOLÉ, nos primórdios da Revolução Francesa, a aspiração dos revolucionários era fazer da Administração Pública a mera executora das palavras da lei³⁴; deste ponto de vista, a Administração seria um “*ser inanimado*”³⁵. Nada, porém, mais longe da verdade, como o demonstra a ultrapassagem das teorias positivistas: a Administração é criativa em vários momentos, desde a interpretação da norma, à prática do ato final, *maxime*, da definição do seu conteúdo material.

Ao mesmo tempo, isso implica a rejeição de uma recusa cega – e, correlativamente, de uma aceitação indiscriminada – da aplicação do algoritmo a trâmites, atos ou operações discricionárias da Administração Pública: qualquer procedimento tem momentos e elementos discricionários e vinculados, sendo a divisão entre “procedimento vinculado” e “procedimento discricionário”, além de pouco rigorosa, artificial.

Uma análise mais aprofundada é, por isso, exigida. Atendendo às características da IA e consequências da sua aplicação, o tratamento do poder discricionário terá, assim, de ser repensado quando nos atemos na atividade administrativa automatizada.

Para JULI PONCE SOLÉ³⁶, a máquina carece de empatia³⁷, condição necessária à formulação de juízos discricionários. O Autor fala numa reserva de humanidade³⁸, a saber, um espaço inviolável de supremacia da habilidade humana de fazer juízos subjetivos sem uma pré-determinação, que seria insubstituível pela máquina. Por muito que possa haver uma evolução da tecnologia que a aproxime cada vez mais de um Ser Humano, certo é que uma maior aproximação das características da IA às características humanas, desde

³⁴ JULI PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, in *Revista General de Derecho Administrativo* 50 (2019), pp. 1-35, p. 9.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ “Razões legais para limitar a automação total dos poderes administrativos discricionários: possibilidades legais e limites da inteligência artificial”, *Revista de Direito Administrativo*, 19 (2024), pp. 33-45, p. 33.

³⁷ SOFIA RANCHORDÁS, “Empathy in the digital administrative state”, *Duke Law Journal*, 71 (2022), pp. 1341 ss.

³⁸ “Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100 (2022), pp. 58-67.

logo, nunca será total, por impedimento naturalístico, além de que se pode revelar desdignificante³⁹ para a Pessoa Humana.

Mas que critério, enfim, nos deverá nortear? Há, sequer, alguma base normativa que o Tribunal Constitucional possa invocar?

Neste ponto, em ambas as decisões, o *Consiglio di Stato* cinge-se a um argumentário isento de referência a normas legais. Dir-se-á que, na decisão de dezembro, justifica a possibilidade de aplicação da IA a momentos discricionários do procedimento por um imperativo de legalidade: esta seria uma forma legalmente legítima de exercício das suas competências. Aliás, o próprio destaque dado à necessidade de verificação, a montante, dos dados do sistema, concorre para esta conclusão. No mês de abril anterior, porém, essa possibilidade parece negada.

Este é, pelo que se vê, o aspeto mais controverso desta decisão. O próprio Tribunal não é coerente e não oferece grandes pistas de reflexão.

Pela nossa parte, consideramos que, para cada caso, se deve aferir o grau de discricionariade de um procedimento (automatizado): sabendo que cada um se compõe de uma mescla destes poderes, há que aferir, casuisticamente, se o procedimento tem um pendor mais vinculado ou mais discricionário. Se a resposta for a segunda hipótese, a automatização deverá ser recusada.

O fundamento, quiçá, mais robusto, na CRP, para fundar esta conclusão seria o próprio princípio da legalidade, na vertente do exercício da competência: um algoritmo carece da legitimidade legal, decorrente da possibilidade naturalística, de formular juízos discricionários. O ente público, ao delegar um poder discricionário a um algoritmo estaria, na verdade, a alienar uma competência, em violação do artigo 266.º, n.º 1, da CRP, e do artigo 3.º, n.º 1, do CPA, por via do artigo 36.º, n.º 1, deste último diploma.

Nos casos que chegaram ao *Consiglio di Stato*, entendemos que o pendor vinculado está mais presente: a ferramenta utilizada limita-se a ordenar os candidatos tendo por base os dados objetivos previamente constantes do sistema. Tratando-se, por outras palavras, de uma seriação numérica, o pendor vinculado está muito mais presente. A própria conclusão, resultante da prova efetuada, de que o enviesamento dos resultados havia acontecido por erro na introdução dos dados assim o revela. Acrescente-se que a nossa tomada de posição alude aos dados que constam das sentenças: caso um

³⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, *Revista de Direito Civil*, 2 (2020), pp. 261-305, pp. 289-291.

dos critérios de ordenação fosse, por exemplo, uma avaliação psicológica, a automatização, pelo menos, desse trâmite, não seria possível.

Assim, conclui-se que a aplicação de algoritmos decisórios deve cingir-se a procedimentos, atos, trâmites ou operações de pendor vinculado, sob pena de violação do princípio da legalidade, na vertente de inalienabilidade da competência. Quando for pedido à Administração um juízo eminentemente humano – e, portanto, insubstituível pela máquina (nomeadamente, para o preenchimento de critérios normativos indeterminados, como o porte de arma ou a licença de construção) –, o procedimento automatizado não deverá ser uma possibilidade.

4. O princípio da não exclusividade da decisão algorítmica

Quando o *Consiglio di Stato* faz menção a esta exigência da automatização, refere-se à ideia de *human in the loop*, segundo a qual é necessário que a máquina tenha contactado com uma pessoa para que o *output* dela resultante seja considerado válido (artigo 22.º do RGPD).

O Tribunal refere, na decisão de dezembro, que é sempre necessário identificar um centro de atribuição de responsabilidade, capaz de verificar a legitimidade e a lógica da decisão ditada pelo algoritmo (uma espécie de “controlo de qualidade” *a posteriori*).

Esta afirmação demonstra a coerência do *Consiglio di Stato* com a sua decisão: bastaria que o funcionário da Administração comparasse os dados introduzidos no algoritmo com a seriação final dos candidatos para perceber que tinha ocorrido um erro no sistema.

Esta solução parece resolver o dilema. Mas o Tribunal deixa muitas questões em aberto, nomeadamente, como e quando se deve dar essa verificação. Sabemos, porém, que a Administração terá grande dificuldade em realização desta verificação em procedimentos mais complexos, com muitos candidatos e muitos dados de partida. Afinal, falamos de *Big Data* – gigantescas bases de dados.

A este propósito, RUI TAVARES LANCEIRO⁴⁰ lembra que o artigo 22.º apenas se aplica a decisões baseadas no processamento de dados pessoais – não às que se sustentam em *Big Data* (como é o caso da IA) – e recorda, igualmente, que apenas se refere a decisões *totalmente* automatizadas.

⁴⁰ “AI and Public Administration: What is to come from the AI Act?”, in Vasco Pereira da Silva / Jörn Axel Kämmerer / Diana-Urania Galetta (eds.), *New Public Tasks in Times of Tension. XVIth Congress, Lisbon, 2023*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2024, pp. 263-278, p. 272.

Acompanhando o seu pensamento, cremos que a afirmação do Tribunal tem um alcance mais reduzido do que, à primeira vista, seria de esperar.

Todavia, a conclusão não é de somenos: é necessário o *contacto com uma pessoa* para que a decisão tenha validade.

Mas o que é, afinal, o “contacto com uma pessoa” que o *Consiglio di Stato* retira do artigo 22.º e da ideia de *human in the loop*? Aqui também não temos uma resposta.

A nosso ver, do ponto de vista da criação, há sempre contacto com uma pessoa, pois foi um Ser Humano que concebeu, criou e colocou em funcionamento um sistema de IA. Mas não parece ser essa a direção na qual o *Consiglio di Stato* nos pretende levar. Parece, sim, que a condição é, realmente, a *validação* da decisão por um Ser Humano. Por outras palavras, seria função (uma função adicional) do funcionário da Administração verificar se a solução final é lógica e corresponde àquilo que foi introduzido no sistema; comparar os *inputs* com os *outputs*.

O Tribunal Constitucional Português, confrontado com um cenário similar, poderia fazer uma interpretação semelhante desta norma de Direito Constitucional material europeu, eventualmente superando o constrangimento identificado pela doutrina. Mais uma vez, a ideia de competência e de legitimidade democrática, referidas em 3. poderia, aqui, ser igualmente convocada. O risco de uma Administração “maquinocêntrica”⁴¹ é real e a ausência de supervisão por um ente jurídica e politicamente legitimado para o exercício da competência não deverá ser aceite num Estado de Direito democrática.

5. O controlo pelo juiz administrativo

Por fim, mas não menos importante, cumpre fazer referência à afirmação do *Consiglio di Stato* segundo a qual, entendendo-se a decisão final “praticada” pelo algoritmo como uma verdadeira decisão administrativa⁴² – um ato administrativo, porquanto individual e concreto na aceção do artigo 148.º do CPA –, deverá existir um controlo jurisridicional não só desta, como do próprio funcionamento do algoritmo enquanto parâmetro decisório.

O *Consiglio di Stato*, como se viu, sustentou o pleno valor jurídico-administrativo do algoritmo. Em virtude dessa juridicidade, a sua sindicância

⁴¹ Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 13 e pp. 27. e ss., apud Alexandra Leitão, “A Administração Pública eletrónica: oportunidades e desafios”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 152, out-dez. 2022, pp. 24-33, p. 33.

⁴² Por escapar à finalidade do presente texto, não iremos aprofundar esta conclusão. Sobre o tema, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, op. cit., p. 484.

em tribunal seria possível – como, de resto, aconteceu nestes casos – devendo, como tal, caber ao juiz administrativo a apreciação da regularidade de *todas* as componentes que contribuíram para a decisão. Considerando a tecnicidade profunda do algoritmo, esta será uma demanda bem exigente a cargo do julgador, reclamando uma ampla recolha de prova e respetiva análise.

Para confirmarmos esta conclusão, teremos de entender que também o algoritmo tem uma natureza jurídica – algo que, aliás, foi também defendido pelo Tribunal italiano.

Nada nos parece, porém, mais lógico: considerando que o *iter* decisório foi confiado ao algoritmo – quando, noutra cenário, seria total incumbência da Administração –, negarmos essa possibilidade seria o mesmo que afirmar que, num cenário de normalidade – leia-se, sem recurso à IA –, qualquer tribunal estaria impedido de escrutinar o andamento do procedimento administrativo, devendo ater-se, somente, à decisão final.

Para além de nos relembrar tristes memórias de tempos idos, em que o procedimento administrativo era desconsiderado a favor do seu resultado, este entendimento nega que o algoritmo é uma realidade jurídica⁴³. Embora a linguagem da programação não seja jurídica, as regras que estão na sua base (por exemplo, graduar melhor um professor com mais anos de experiência) afirmam-se como tal. A concreta natureza jurídica do algoritmo não será, porém, aqui explorada.

Em relação à cognoscibilidade da regra algorítmica pelo juiz administrativo, cabe-nos dizer que, sendo o algoritmo um conjunto de regras a que a Administração recorre para tomar uma série de decisões – normalmente, massificadas – que são da sua competência, o escrutínio judicial do algoritmo será uma tarefa exigida pelo princípio do Estado de direito democrático e da tutela jurisdicional efetiva (artigos 2.º, quanto ao primeiro, e artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP, no que respeita ao segundo). Se o algoritmo é a base para a atuação da Administração – dele podendo advir, inclusive, danos para os particulares visados –, não escrutinar o algoritmo seria não escrutinar a Administração, o que seria negar os direitos acima identificados, isentando os poderes públicos de qualquer responsabilidade a este respeito.

Assim, tal como sucede com qualquer outra atuação administrativa, qualquer interessado pode recorrer aos tribunais administrativos solicitando a anulação do ato, a condenação da Administração à prática do ato devido ou qualquer outra medida de sindicância da atividade administrativa

⁴³ Sustentando esta visão, *ibidem*.

nestes termos, incluindo a reação contra um algoritmo ilegal⁴⁴. Apesar de inexpressão em letra de lei, esta conclusão é retirada dos princípios acima citados, correspondendo igualmente a um imperativo de justiça e igualdade (artigo 266.º, n.º 2, da CRP).

Esta é a única forma de não comprimir este direito e, ao mesmo tempo, impede que se vislumbre a atividade digital da Administração como uma “zona livre de Direito”, o que é absolutamente incomportável à luz do atual Estado de direito democrático.

Neste assunto, voltamos ao início, fechando o ciclo: a atividade administrativa algorítmica é uma atividade jurídica, que respeita, pelo menos, os princípios gerais de Direito Administrativo⁴⁵ e as exigências procedimentais respeitantes à prática de atos administrativos através de uma interpretação atualista e analógica. Assim, esta atuação é plenamente controlável pelo juiz administrativo, nos moldes em que uma atuação clássica o seria.

V. Conclusão

As regras constitucionais que, hoje, enformam a atividade administrativa, não foram pensadas para a realidade da Administração algorítmica: esta é uma conclusão evidente. Por esse motivo, a proibição expressa, bem como a permissão expressa deste tipo de procedimento na CRP foi, desde logo, afastada.

As hipóteses D e F acabaram por ser as mais “debatidas” – isto, claro, numa ótica de constitucionalismo não só multinível, mas também material, considerando a natureza do RGPD na ordem jurídico-constitucional europeia.

O recurso a normas supranacionais – especialmente, ao Direito da União Europeia, que tem inovado nestas matérias – é possível e desejável ao intérprete-aplicador do Direito; com efeito, pelo artigo 8.º, n.º 4, da CRP, as normas das instituições europeias têm primado sobre o Direito interno, pelo que os princípios do RGPD aplicados pelo *Consiglio di Stato* também podem ser aplicados pelo Tribunal Constitucional Português. Contudo, e reconhecendo que as regras (*maxime*, constitucionais) não foram redigidas com a realidade da IA em mente, a verdade é que a prática de um ato administrativo

⁴⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, “The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law”, *op. cit.*, p. 434. O Autor não deixa de sublinhar que é necessário que em Portugal exista uma regulação da atuação administrativa através das máquinas, *ibidem*.

⁴⁵ Não se olvide o disposto no artigo 2.º, n.º 3, do CPA: “(o)s princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

algorítmico não deixa de ser uma decisão que, no exercício de poderes jurídico-administrativos produz efeitos (externos) numa situação individual e concreta. Revestindo-se, pois, de juridicidade, e consistindo num novo tipo de ato administrativo, deve obedecer – na ausência de uma regulamentação própria, especial – aos comandos do CPA nos mesmos termos em que obedece um ato administrativo tradicional. Uma interpretação atualista destas normas é necessária, sob pena de deixar este tipo de atuação à margem da lei.

Em suma, confirmamos que existem limites à automatização administrativa, resultantes da CRP (a saber, de princípios gerais de Direito – Administrativo – já consagrados) e de normas jurídicas supranacionais com um conteúdo materialmente constitucional (a saber, o RGPD). Num sentido lato, esses limites correspondem ao respeito por direitos e princípios – porquanto ainda inexistem regras específicas sobre esta realidade nos quais nos possamos alicerçar – que se aplicam, de um modo geral, à atividade administrativa, a saber i) o direito à fundamentação dos atos (pela conclusão de que a decisão proveniente do algoritmo é um ato administrativo na aceção do artigo 148.º do CPA), que deve ser, nos termos do artigo 151.º do mesmo diploma, clara, expressa e acessível, manifestação de transparência da atividade administrativa, bem como ii) à explicação das características do procedimento decisório – o algoritmo –; iii) a inadmissibilidade da utilização da IA em procedimentos de pendor maioritariamente discricionário, considerando a natureza e características deste poder, e, iv) considerando a natureza – jurídica – do algoritmo e dos atos que dele resultam, o seu controlo de validade pode e deve ser efetuado pelo Contencioso Administrativo.

Deverá ser inadmissível, à luz da Constituição da República Portuguesa, uma automatização que não respeite as exigências de fundamentação do ato (artigo 268.º, n.º 3, da CRP) e a reserva inviolável de discricionariedade (que decorre do artigo 266.º, n.º 1, da CRP), devendo, por isso, ser inconstitucionais os algoritmos que não sejam explicados ou explicáveis aos cidadãos interessados e que deixem espaços de discricionariedade em branco.

Concluimos que a hipótese F, que inicialmente colocámos, confirma-se à luz do quadro normativo vigente: a Constituição portuguesa permite parcialmente este tipo de decisões, por interpretação atualista de princípios ou normas existentes e por acolhimento do Direito Constitucional Europeu relevante na matéria.