



cur

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Processo n.º 937/07
2.ª Secção
Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues

1 – ÁREA FARMACÊUTICA, LDA., com os demais sinais dos autos, recorre para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, na sua actual redacção ("LTC"), pretendendo ver fiscalizada a constitucionalidade do artigo 179.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretado no sentido de "que deve ser diferenciada a correspondência aberta daquela que está fechada, sendo que apenas a apreensão desta última se encontra sujeita às condições e formalidades constantes do artigo 179.º, n.º 1, do CPP, e abrangida pela proibição constitucional ínsita no artigo 34.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa".

2 – A decisão recorrida tem o seguinte teor:

«I – Área Farmacêutica, Lda., id. nos autos veio interpor recurso da decisão proferida pela Autoridade da Concorrência de 20/12/05, que determinou a apreensão de determinados documentos na Farmácia do Rosário, situada na Av. do Rosário, em Cascais.

A arguida começou por arguir nulidades/irregularidades, em requerimento dirigido ao Juiz de Direito do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, nos seguintes termos:

- o mandado emitido pela AdC e as credenciais passadas aos elementos da AdC que efectuaram a busca permitem o acesso, abertura e apreensão de correspondência electrónica, sendo que tal correspondência, em especial a fechada, apenas pode ser vista, revista e apreendida mediante mandado de juiz de instrução criminal, o que não sucedeu no caso em apreço;

- assim neste particular as credenciais são nulas, e nula toda a verificação e apreensão de correspondência electrónica feita ao seu abrigo;

- de acordo com o mandado a busca achava-se circunscrita à documentação relacionada com o fornecimento de medicamentos não sujeitos a receita médica a estabelecimentos autorizados, pelo que constitui nulidade insanável a apreensão de toda e qualquer documentação que não esteja dentro desse âmbito, tendo sido apreendidos diversos documentos que em nada se relacionam com o fornecimento de medicamentos não sujeitos a receita médica, apreensão essa que é nula, devendo os mesmos ser devolvidos.

Os autos foram enviados ao Ministério Público junto do TIC de Lisboa e ali remetidos a este tribunal, onde foi proferido despacho qualificando o requerimento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

em causa como recurso de impugnação judicial, nos termos do disposto nos arts. 55º do RGCOC e 50º nº2 da Lei nº 18/03, tendo então sido ordenado o seu aperfeiçoamento, por o mesmo não conter qualquer conclusões - fls. 110 e 111.

A recorrente veio então requerer a aclaração do despacho e referir não ter interposto qualquer recurso tendo sim arguido irregularidades e nulidades.

Foi indeferida a requerida aclaração de despacho e ordenada a remessa dos autos para o TIC por despacho de fls. 126 a 130 dos autos, onde foi declarada a incompetência do tribunal e determinada a remessa dos autos ao Tribunal de Comércio de Lisboa - fls. 140 a 142.

A recorrente suscitou conflito negativo de competência, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa decidido não tomar conhecimento do mesmo, facto de que aquela veio dar conhecimento aos autos, pedindo seja conhecido o requerimento inicialmente formulado e formulando, por cautela de patrocínio, conclusões, em obediência ao despacho de fls. 110 e 111.

Por despacho de fls. 171 e 172 dos autos o tribunal, esclarecendo previamente que não iria conhecer do requerimento formulado enquanto tal, frisando mais uma vez que a competência material deste tribunal apenas abrange os recursos das decisões da AdC, admitiu o recurso interposto e agora completado com as conclusões formuladas.

*

II - Apreciamos, assim, um recurso de impugnação judicial, ora devidamente completado e formalizado.

Tratando-se de um recurso de um despacho anterior à decisão final não está em causa um recurso do art. 59º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10 na redacção dada pelo Decreto Lei nº 244/95 de 14/09, mas sim um recurso do art. 55º do mesmo decreto, ex vi art. 50º nº2 da Lei nº 18/03.

Assim, não cabem ao caso a aplicação das regras do art. 59º e ss. do RGCOC, já que, especificamente, este tribunal conhece o presente recurso como "recurso" *proprio senso*, em última instância, sem que haja sequer possibilidade de produção de prova¹, sendo certo que as questões a resolver são questões de direito.

*

III - A recorrente formulou as seguintes conclusões:

"I - As credenciais passadas aos elementos da Autoridade que efectuaram a busca permitem o acesso, a abertura e apreensão de correspondência electrónica.

II - O mesmo se passa com o mandado emitido pela Autoridade da Concorrência.

III - Acontece que tal correspondência - em especial a fechada - apenas pode ser vista, revista e apreendida mediante um mandado do Juiz de Instrução Criminal, o que não se verificou no caso em apreço.

IV - As credenciais são nesta medida nulas, tal como é nula toda a verificação e apreensão de correspondência electrónica feita ao seu abrigo,

V - Acresce que de acordo com o mandado emitido, a presente busca acha-se circunscrita à documentação relacionada com o fornecimento de medicamentos não sujeitos a receita médica a estabelecimentos autorizados,

VI - Logo, constitui nulidade insanável a apreensão de toda e qualquer documentação que não esteja dentro do âmbito do *supra* referido objecto.

¹ Discorda-se, assim, de Simas Santos e Lopes de Sousa *in Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral*, 2ª edição, nota 3 ao art. 55º, pg. 328 - inexistindo indicação do regime destes recursos aplica-se o direito subsidiário, ou seja, o regime de recursos de processo penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Arg

VII - Ora, na presente busca foram apreendidos diversos documentos, acima melhor identificados, que em nada se relacionam com o fornecimento de medicamentos não sujeitos a receita médica, apreensão essa que é nula.

VIII - Em suma os documentos *supra descritos*, enumerados e identificados não podem estar directa ou indirectamente cobertos pelo objecto da presente busca."

Pede sejam as credenciais declaradas nulas, bem como toda a verificação e apreensão de correspondência electrónica feita ao seu abrigo e que seja considerada nula a apreensão de todos os documentos identificados por não estar coberta pelo objecto da busca, sendo em consequência ordenada a sua devolução à requerente.

A AdC respondeu formulando as seguintes conclusões:

"I - No dia 20 de Dezembro, os funcionários da Autoridade da Concorrência, devidamente credenciados, e munidos do mandado de busca e apreensão emitidos no âmbito do processo de contra-ordenação em curso, n.º PRC-29/05, pela autoridade judiciária competente, procederam à busca e apreensão de documentos, nas instalações da Farmácia do Rosário, sita na Avenida Nossa Senhora do Rosário, 1212,2750 – Cascais.

II - Vem a ora recorrente, em requerimento dirigido a esse Ilustre Tribunal, arguir a nulidade de apreensão de correspondência electrónica invocando, para tanto, alegada invalidade da credencial e do mandado de busca e apreensão, bem como a nulidade da apreensão da documentação efectuada pela AdC por a mesma extravasar o objecto do referido mandado.

III - Ora, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 50º.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, das decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal do Comércio de Lisboa, com efeito meramente devolutivo, nos termos e limites fixados no n.º 2 do artigo 55º.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

IV - Assim, salvo o devido respeito, o recurso ora interposto tendo por objecto as diligências de busca e apreensão levadas a cabo pelos funcionários da Autoridade da Concorrência em cumprimento do mandado autorizador emitido para o efeito, nos termos do n.º 2 do artigo 17º.º da referida Lei n.º 18/2003, e a legalidade da credencial emitida nos termos da alínea a) do n.º 3 do mesmo preceito, pelo Conselho da Autoridade da Concorrência, ou seja, actos e/ou medidas adoptados no âmbito e decurso de processos de inquérito contra-ordenacional a correr seus termos na Autoridade da Concorrência, insere-se, claramente, no n.º 2 do artigo 50º.º da mesma Lei, cabendo, assim, exclusivamente ao Tribunal do Comércio de Lisboa a sua apreciação, Tribunal esse, único competente para conhecer do recurso dos actos da Autoridade da Concorrência, nos termos da lei.

Ainda que a recorrente venha arguir a nulidade do mandado pondo em questão, *in casu*, a legitimidade do Ministério Público para a sua emissão, sempre se dirá que aquele mandado, sendo embora despacho autorizador, tem sempre subjacente a decisão da Autoridade da Concorrência tomada no âmbito da sua competência própria, de proceder, nos termos do n.º 1, alínea c) do artigo 17º.º da Lei n.º 18/2003, às diligências de buscas e apreensão, sendo, portanto, dessa decisão e sua execução, se e quando ferida de ilegalidade, que caberá recurso, obviamente, para o Tribunal do Comércio de Lisboa.

Razões pelas quais, entende esta Autoridade, que o recurso deve ser rejeitado *in limine*.

V - Como é sabido, o processo contra-ordenacional rege-se por regras de simplicidade e celeridade processual sem que, contudo, seja possível dispensar-se, em termos absolutos, as formalidades legais mínimas exigidas por lei.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Aey

Neste sentido, o artigo 59º.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), dispõe que o recurso "(...) deve constar de alegações e conclusões", sancionando aquele diploma, de acordo com o seu artigo 63.º com rejeição liminar o recurso interposto "(...) sem respeito pelas exigências de forma".

Assim, a «motivação do recurso» deve obedecer ao preceituado neste artigo, devendo constar de (i) alegações de facto e ou de direito, ou fundamentos, pelos quais se impugna a decisão/actos em causa, de (ii) conclusões, ainda que sumárias e, finalmente, do (iii) pedido.

VI – No caso *sub judice*, a recorrente vem arguir nulidades/irregularidades quer do próprio mandado quer da credencial, emitidos, respectivamente, pelo Procurador-Adjunto do Ministério Público e pelo Conselho da Autoridade da Concorrência, todavia, sem invocar sequer a disposição legal que as fundamenta – artigo 119º.º ou artigo 123º.º do Código do Processo Penal (CPP), este aplicável ex vi do artigo 41º.º, nº 1 do RGC –, nem as disposições legais alegadamente violadas – artigo 179º.º do CPP ou artigo 42º.º do RGCO –, bem como sem formular as necessárias «conclusões» que levem o juiz ao devido apuramento da verdade material.

VII – Ou seja, *in casu*, o recurso vem interposto com ausência total da "motivação", contrariamente ao citado artigo 59º.º do RGCO, que dispõe que o recorrente deve enunciar especificamente os fundamentos do recurso e terminar pela formulação de conclusões, deduzidas por artigos, em que o mesmo deve ainda resumir as razões do pedido.

VIII – Nestes termos, e porque o "recurso" ora interposto mais não é do que «um simples «requerimento dirigido ao juiz», destituído de qualquer fundamentação jurídica, deve o mesmo ser liminarmente rejeitado, de acordo com o disposto no referido artigo 63º.º do RGCO, por ausência total de «motivação».

IX – Relativamente às nulidades arguidas, e no que respeita à alegada nulidade do mandado de busca e apreensão, invoca a recorrente que da leitura dos textos da credencial e do mandado efectuada pelo seu ilustre mandatário que acompanhou as diligências de buscas e apreensão, se constata que aqueles documentos vêm permitir o acesso, "a abertura" e a apreensão de "correspondência" electrónica, motivo porque deveria o mandado ser emitido pelo Juiz de Instrução Criminal (JIC) e não pela Autoridade da Concorrência (*sic*) como o foi, *in casu*.

X – Trata-se, salvo o devido respeito pelo seu autor, duma conclusão apressada e incorrecta, destituída de qualquer fundamento, porquanto nem a credencial e/ou o mandado referem, em lugar algum dos seus textos, à «abertura» e apreensão de "correspondência" electrónica, nem o mandado foi emitido pela Autoridade da Concorrência.

XI – Como é sabido, a apreensão de "correspondência" só é permitida, em direito penal e apenas em determinados casos, sempre e obrigatoriamente, precedida de autorização judicial. É o que dispõe o artigo 179º.º do Código de Processo Penal (CPP).

Diferentemente, o RGCO, no seu artigo 42º.º consagra a proibição absoluta da "intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação", sem qualquer ressalva.

Só um total desconhecimento do regime jurídico contra-ordenacional poderia levar a uma análise efectuada nos termos em que o foi pela recorrente.

XII – Contudo, na situação em apreço, não está sequer em causa o preceituado no citado artigo 42º.º nº 1 – nem por maioria de razão, o estatuído no artigo 179º.º do Código do Processo Penal (CPP), pelas razões referidas –, uma vez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

chy

que não se tratou de obter provas através de "intromissão na correspondência" compreendida na qualificação constante dos preceitos citados.

XIII - Da análise atenta quer do artigo 42º.º do RGCO quer do artigo 179º.º do CPP, verifica-se que o regime neles previstos está claramente pensado e confinado para a "correspondência fechada", a única visada pela tutela legal, tendo em conta o bem jurídico tutelado por aqueles normativos, o direito à privacidade e a garantia da comunicação.

XIV - Tal resulta, aliás, da interpretação necessariamente conjugada do regime processual penal com as normas substantivas penais – artigo 194º.º do Código Penal sob pena de se desvirtuar a própria aplicação destas.

XV - Ou seja, não se pode deixar de ter em conta que, no âmbito da recolha de prova, os regimes legalmente previstos na lei processual penal e na lei contra-ordenacional, estabelecem que se deve dar um tratamento diferenciado, conforme se trate de correspondência aberta, por um lado, e correspondência fechada, por outro.

XVI - Vai, também, neste sentido Costa Andrade, *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, para quem a violação da privacidade pessoal garantida constitucionalmente através da inviolabilidade do direito ao sigilo da correspondência, assenta na "ultrapassagem de uma barreira física", e no "tabu que ela representa e assinala" – p.754.

XVII - De tanto resulta, então, uma necessidade de se diferenciar entre as mensagens ou escritos "fechados" e "abertos", como também melhor se pode apreender em Estudo publicado na Revista do Ministério Público, n.º 100, Ano 25, OUT/DEZ/-2004, "Apreensão de correio electrónico em Processo Penal", da autoria do Ilustríssimo Procurador-Adjunto do Ministério Público, Pedro Verdelho.

Ainda de acordo com o citado autor, "as mensagens de correio electrónico que tenham sido abertas e/ou abertas e impressas em papel", como meros documentos escritos que são "podem ser apreendidos no decurso de uma busca, sem qualquer reserva" – ob. cit. P.159.

XVIII - Não merecem, assim, as mensagens ou escritos abertos qualquer tutela penal, até porque – neste caso, tratando-se, portanto, de meros documentos escritos uma eventual falta de consentimento é legitimada pela "autorização" concedida pelo mandado de busca e apreensão emitido pela autoridade judicial.

XIX - A não se seguir este entendimento, as normas contidas quer no artigo 17º.º nº 1, al. c) da citada Lei n.º 18/2003, quer no artigo 178º.º do CPP ficariam destituídas de qualquer efeito útil, numa sociedade moderna e global, caracterizada por um processo cada vez mais célebre de desenvolvimento tecnológico, designadamente, no que se refere aos meios de comunicação.

XX - Face ao exposto, não se pode deixar de concluir que, no âmbito das diligências de buscas e apreensão realizadas, procedeu a AdC com total respeito dos normativos supra referidos.

XXI - Nunca tendo admitido sequer, ter apreendido "correspondência" ou correio electrónico abrangidos pela proibição legal, mas apenas documentação aberta e em circulação na empresa.

De assinalar, aliás, o facto de nunca a recorrente vir acusar a Autoridade da Concorrência de ter "violado" qualquer "escrito fechado", com vista à sua apreensão. Isto porque, efectivamente, tal não ocorreu.

XXII - *In casu*, toda a "documentação" apreendida pelos funcionários da Autoridade da Concorrência, circunscreveu-se, tão só, a documentos já visualizados pela empresa e que se encontravam a circular, por conseguinte, abertos, através de sistemas de correspondência internos, em formato papel ou electrónico, sem que, em



chy

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

qualquer dos casos, se estivesse perante a "intromissão de correspondência" que requeresse especial protecção legal.

São, assim, de todo improcedentes as alegações da recorrente, neste ponto.

XXIX - No que respeita à "documentação" apreendida no âmbito das diligências de busca e apreensão e enumerada no requerimento de interposição do recurso, também não são procedentes as alegações da empresa no sentido de que tais documentos nada têm a ver com o objecto do mandado.

XXX - Ao contrário, toda a acção desenvolvida circunscreveu-se, tão só e unicamente, quer aos poderes legalmente conferidos à Autoridade da Concorrência nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, quer aos termos e limites fixados no art. 48-A do D.L. 433/82 de 27/10, quer ainda com o absoluto respeito e no estrito cumprimento do mandado.

XXXI - A Autoridade da Concorrência procedeu, no respeito quer do mandado quer do citado artigo 17.º n.º 1, alínea c), exclusivamente, à apreensão de "documentação" que, em seu entender, se revelava necessária para esclarecimento da investigação e instrução dos processos a seu cargo, sendo, assim, de todo improcedentes as alegações da recorrente, também neste ponto.

XXXII - Não tem qualquer razão a recorrente. Tratam-se de alegações que, juntamente com todas as outras, servem apenas o propósito de buscar incidentes ou questões processuais onde as mesmas não existem.

XXXIII - Aliás, tais alegações revelam bem o desconhecimento total da realidade, por parte a recorrente, ao pôr em causa a relação directa ou indirecta da documentação apreendida e ora objecto de impugnação, com a problemática da quebra da exclusividade de venda de medicamentos nas farmácias, sendo ainda bem patente a total ausência de perceptibilidade de questões jusconcorrenciais suscitadas no seu âmbito e da própria complexidade destas.

Por tudo o que se acaba de referir, as alegações das recorrentes não devem proceder de todo."

Pede seja o recurso de impugnação judicial ora interposto ser rejeitado, sendo reconhecida a validade da prova obtida no âmbito das diligências de busca e apreensão levadas a cabo pela ora recorrida, nas instalações da recorrente, devidamente autorizada por mandado emitido pela autoridade competente para o efeito, ou, caso assim se não entenda, negado provimento ao mesmo por manifesta e absoluta falta de fundamento.

*

IV - Ultrapassadas que estão, conforme descrição do processado anterior *supra* efectuada as questões da competência do tribunal e da apresentação de conclusões por parte da arguida, são as seguintes as questões a dilucidar na presente sede:

- nulidade do mandato e credenciais por permitirem a apreensão de correspondência, que só por juiz de instrução criminal podia ser efectuada, tendo subjacentes as questões de se é possível, em processo de contra-ordenação de concorrência, a apreensão de correspondência, e de qual a noção juridicamente relevante de correspondência;

- apreensão de documentos que excediam o objecto do mandado, por não relacionados com o fornecimento de medicamentos não sujeitos a receita médica.

Antes de entrar no conhecimento da causa há que fazer uma prevenção:

Como já se referiu expressamente no despacho proferido a fls. 172 dos autos, entende este tribunal que, no caso de os visados pretenderem arguir nulidades e/ou irregularidades de buscas e apreensões efectuadas pela AdC no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Chu

âmbito de processos de contra-ordenação, devem dirigir tal requerimento à própria AdC, a qual decidirá, sendo tal decisão susceptível de impugnação judicial junto do Tribunal de Comércio de Lisboa, nos termos dos arts. 55º nº2 do RGCOC e 50º nº2 da Lei da Concorrência. Tratando-se de um recurso de plena jurisdição, fica assim assegurado o pleno controlo da legalidade dos actos praticados pela AdC.

Tal entendimento, aliás, foi já objecto de jurisprudência no mesmo sentido do Tribunal da Relação de Lisboa, nos seus acórdãos de 16/11/06 e de 16/01/07 (este disponível *in* e transcrevendo o primeiro).

Não foi essa a tramitação seguida nestes autos. Qualificou-se directamente como recurso o presente requerimento (única forma processual para a qual este tribunal é competente), em "entorse" à nossa própria construção, essencial e excepcionalmente em obediência ao primado da substância sobre a forma, manifestação da boa-fé processual, e devido ao caso concreto que tínhamos entre mãos. Caso assim não o tivéssemos entendido, a verdade é que, dada a tramitação seguida e conformada pela própria recorrente, a questão substancial, a validade das apreensões levadas a cabo em diligência levada a cabo em processo de contra-ordenação pendente não seria apreciada, apreciação essa pedida pela recorrente.

Feita esta prevenção passemos ao conhecimento da causa.

*

V – Com relevância para a decisão da causa resultam dos autos os seguintes factos:

1 – No dia 20 de Dezembro de 2005 nas instalações da Farmácia do Rosário, situadas na Av. Nª Sra. Do Rosário, 1212, em Cascais, dois funcionários da Autoridade da Concorrência em cumprimento de mandado de busca emitido pelo Ministério Público e munidos de credenciais emitidas pelo Conselho da Autoridade da Concorrência, levaram a cabo uma busca, no decurso da qual foram apreendidos diversos documentos.

2 – O mandado emitido pelo Ministério Público, entregue no início da diligência é do seguinte teor:

"MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO

O Dr. Rui Brito, Procurador - Adjunto de turno no âmbito do processo de contra-ordenação PRC n.º 29/05 pendente na Autoridade da Concorrência.

MANDA QUE a Autoridade da Concorrência, com observância de todos os requisitos legais, designadamente os do art. 17, n.º 1, alínea c), n.º 2, n.º 3 e n.º 4, da Lei 18/2003, de 11/6, e art. 48-A do D.L 433/82 de 27/10, proceda a BUSCA, EXAME, RECOLHA e APREENSÃO de documentação, designadamente telecópias, mensagens electrónicas e actas de reunião, incluindo em suportes informáticos, bem como objectos, designadamente computadores, no local abaixo indicado directa ou indirectamente relacionados com o fornecimento de medicamentos, não sujeitos a receita médica, a estabelecimentos autorizados, em violação do disposto no art. 4, nº 1, da Lei 18/2003 de 11/06 e no art. 81, n.º 1, do Tratado que institui a Comunidade Europeia, que se mostrem relevantes para os factos em investigação.

LOCAL DA DILIGÊNCIA:

Farmácia do Rosário

Av. Nossa Senhora do Rosário, 1212 2750 Cascais

Deverá ser notificada a pessoa com disponibilidade do local, podendo a mesma assistir à busca e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga.

As diligências acima referidas deverão ocorrer entre os dias 19 e 22 de Dezembro de 2005.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Feito e entregue à Autoridade da Concorrência.

Lisboa, 16 de Dezembro de 2005

O Procurador-Adjunto,"

3 - As credenciais apresentadas pelos funcionários da Autoridade da Concorrência são do seguinte teor:

"CREDENCIAL

CREDENCIAL

O Conselho da Autoridade da Concorrência credencia, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 17º.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, Jorge (...) / Cristina (...), para, ao abrigo do n.º 1 do artigo 17º.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, proceder, no âmbito do processo contra-ordenacional n.º 29/05, junto das instalações devidamente identificadas no mandado passado para o efeito pela autoridade judiciária competente, à inquirição dos representantes legais ou de outras pessoas cujas declarações sejam julgadas pertinentes, bem como proceder nas referidas instalações à busca, exame, recolha e apreensão de documentação, designadamente telecópias, mensagens electrónicas e actas de reunião, incluindo em suportes informáticos, bem como de objectos, designadamente computadores, ainda proceder à selagem dos locais das mencionadas instalações em que se encontrem ou sejam susceptíveis de encontrar durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, com vista ao apuramento de factos directa ou indirectamente relacionados com o fornecimento de medicamentos não sujeitos a receita médica, a estabelecimentos autorizados, que possam consubstanciar práticas que tenham por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, em violação do artigo 40.º, nº 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, bem como do artigo 81º.º, nº 1 do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Lisboa, 19 de Dezembro de 2005

O Conselho da Autoridade da Concorrência"

O Conselho da Autoridade da Concorrência
4 - No decurso da busca então efectuada foram apreendidos os seguintes documentos conforme auto de apreensão então lavrado e entregue ao legal representante da empresa:

DESCRICA DO DOCUMENTO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lly

VII - A defesa da concorrência surge consagrada em Portugal através do logo após a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, com a publicação e entrada em vigor do Decreto Lei nº 422/83 de 03/12, que veio a ser revogado pelo Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, por sua vez revogado pela Lei nº 18/03 de 11/06, actualmente em vigor, no quadro de uma reforma global do direito da concorrência, quer nacional, quer a nível comunitário, no qual se criou a Autoridade da Concorrência (Decreto Lei nº 10/03 de 18/01) e se teve em conta o denominado pacote de modernização e o Regulamento (CE) nº 1/2003 de 16/12/02.

A defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (*in Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 136, pg. 87*) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Daí a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [arts. 80º a) e 81º f)] quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts. 3º nº1, al. g) e 4º nº1), que encara a concorrência como um instrumento da própria construção europeia.

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado – José Mariano Pego *in A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência, pg. 11*). Surge como uma garantia de igualdade de oportunidades que a todo o homem assiste e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, em que os particulares não possam, indevidamente, constranger, e o Estado permaneça imune ao domínio e influência de grupos de particulares – loc. e autor citados, pg. 12.

Arranca do próprio texto constitucional, resultando a necessidade de defesa da concorrência da protecção de um dos direitos fundamentais económicos, previsto no art. 61º nº1 da Constituição da República Portuguesa².

A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada precisamente para *assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores* (art. 1º dos Estatutos da AdC).

No âmbito do exercício das suas funções a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7º dos Estatutos).

No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, «*identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei*», adoptando medidas cautelares, se necessário (art. 7º, nº 2, als. a) e b), dos Estatutos).

Para o exercício, quer dos seus poderes sancionatórios, quer dos seus poderes de supervisão, nos termos do disposto no art. 17º, nº, al. c) da Lei nº 18/03, a AdC, através dos seus órgãos e funcionários pode:

- Proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova;

² A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tais diligências, nos termos do disposto no nº2 do mesmo preceito, «dependem de despacho da autoridade judiciária que autorize a sua realização, solicitado previamente pela Autoridade, em requerimento devidamente fundamentado,...».

A recorrente invoca a nulidade quer das credenciais, quer do mandado – emanado na sequência do despacho proferido pelo Ministério Público em obediência ao preceito supra citado.

E fá-lo invocando que, quer o mandado, quer as credenciais, permitem a apreensão de correspondência, o que só por um juiz de instrução poderia ser ordenado.

Recorrendo às regras do CPP (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer na Lei 18/2003 quer no RGCOC), temos que aplicar ao caso o disposto no art. 174º do Código de Processo Penal.

Resulta do referido art. 174º, nºs 2 e 3, do Código de Processo Penal que, sempre que haja indícios da prática de uma infracção criminal (contra-ordenacional) e de que num determinado lugar, reservado ou não acessível livremente ao público, se encontrem objectos relacionados com a infracção ou que possam servir de prova, pode ter lugar uma busca, precedida de despacho da autoridade judiciária competente.

Como regra, as buscas têm lugar no decurso do inquérito, fase processual destinada à prática dos actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão sobre a acusação (art. 262º do Código de Processo Penal). Sendo este o objectivo do inquérito, nele estão compreendidas todas as diligências destinadas a investigar a existência de um crime, a identificar dos seus agentes e respectiva responsabilidade e a descobrir e recolher a prova necessária.

O titular da acção penal é o Ministério Público, a ele cabendo a direcção do inquérito (art. 263º nº1 do Código de Processo Penal), ou seja, é ao Ministério Público que cabe seleccionar e recolher a prova, assistido pelos órgãos de polícia criminal. Por conseguinte, quando o art. 174º nº3 faz depender as buscas de prévio despacho da autoridade judiciária competente, refere-se ao Ministério Público (cfr. art. 267º e, quanto à definição de autoridade judiciária, art. 1º, nº1, al. b), ambos do Código de Processo Penal).

Há porém determinados actos que, quando praticados na fase de inquérito, dependem de autorização do juiz de instrução. Trata-se daqueles actos que em razão da sua natureza e gravidade contendem directamente com direitos fundamentais (art. 268º do Código de Processo Penal).

No tocante à apreensão de correspondência, rege o art. 179º do Código de Processo Penal – Sob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência, quando se verificarem os requisitos previstos nas alíneas a) a c) do nº1 do preceito, sendo o juiz que autorizou ou ordenou a diligência a primeira pessoa a tomar conhecimento do seu conteúdo.

Não só a apreensão de correspondência, em processo penal, apenas por juiz pode ser autorizada, como, em processo contra-ordenacional não é permitida a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação de segredo profissional – art. 42º nº1 do RGCOC.

O art. 42º do RGCOC é aplicável em procedimentos sancionatórios de concorrência, uma vez que a regra geral nele estatuída não foi expressamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

afastada pela Lei 18/2003 e do art. 17º do referido diploma não resulta que o legislador tenha ali pretendido regular de modo exaustivo a matéria nele contida. Ou seja, não se pode concluir que a aplicação do art. 42º do RGCOC às contra-ordenações em matéria da concorrência tenha sido tacitamente afastada.

Da conjugação dos dois preceitos (42º do RGCOC e 17º da Lei da Concorrência) resulta que, efectivamente, no domínio as contra-ordenações, não só não é possível proceder à apreensão de correspondência ou realizar escutas telefónicas, como as provas obtidas por tais meios não são permitidas. De facto, não só o art. 17º, ao definir qual o âmbito das buscas e exames que legitima a Autoridade a fazer, não inclui nem as buscas domiciliárias nem as escutas telefónicas, como o art. 42º é taxativo ao proibir tais meios de recolha de prova no domínio das contra-ordenações.

A questão é de tal modo linear, dada a clareza de redacção e a univocidade de sentido que caracteriza os preceitos legais aplicáveis, que nem sequer se justifica dissecar os preceitos constitucionais que lhes serviram de fonte (arts. 32º nº8, 34º nº1 e 34º nº4 da Constituição da República Portuguesa). Desde logo temos de ter em mente que as pessoas colectivas, não tendo exactamente os mesmos direitos das pessoas singulares, também são sujeitos de direitos fundamentais. Depois, o art. 17º da Lei da Concorrência que se refere expressamente às buscas a realizar nas instalações das pessoas colectivas, não inclui na sua enumeração, claramente taxativa, a apreensão de correspondência, e não prevê qualquer outro meio de obtenção de prova como sejam as escutas telefónicas. De considerar ainda que, face à redacção do art. 42º do RGCOC, não se pode de modo algum afirmar que o mesmo só se aplica às pessoas singulares, pois nada no referido preceito autoriza tal interpretação. Por último, a proibição contida no art. 34º, nº 4 da CRP é absoluta, admitindo como única excepção os casos previstos no processo penal (neste sentido Parecer da PGR nº 127/2004 - Simas Santos in Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislís, P.269-270).

A primeira questão que se coloca, face a este tracejado legal, é de se um despacho do Ministério Público e um mandado emitido na sequência do mesmo que inclui nos objectos e elementos a apreender "documentação, designadamente telecópias, mensagens electrónicas e actas de reunião, incluindo em suportes informáticos, bem como objectos, designadamente computadores, no local abaixo indicado directa ou indirectamente relacionados com o fornecimento de medicamentos, não sujeitos a receita médica, a estabelecimentos autorizados" viola directamente estes preceitos, ou seja, se autoriza a apreensão de correspondência.

Para responder a tal questão há que analisar a noção de correspondência penalmente relevante, para delimitarmos negativamente o que pode ser apreendido em processo contra-ordenacional, nos seguintes termos: todos os elementos que caiam na noção de correspondência e que excepcionalmente podem ser apreendidos em processo penal, aqui não o poderão ser.

A propósito do art. 34º da CRP, Gomes Canotilho e Vital Moreira caracterizam o direito ao sigilo da correspondência do seguinte modo: "abrange toda a espécie de correspondência de pessoa a pessoa (cartas, postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomendas que não contêm qualquer comunicação escrita ... No âmbito normativo do art. 34º cabe o chamado correio electrónico, porque o segredo da correspondência abrange seguramente as correspondências mantidas por via das telecomunicações.". Este direito "tem como objecto de protecção a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um receptor individual ou a um círculo de destinatários (ex.: correspondência telefónica)



meu

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

previamente determinado... A Constituição não apenas garante o sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privados (nº 1), mas também proíbe toda a ingerência (nº 4), o que é mais vasto, envolvendo nomeadamente a liberdade de envio e de recepção de correspondência, a proibição de retenção ou de apreensão, bem como de interferência (telefónica etc.)." - *in CRP Anotada, I vol. 4ª edição, pgs. 544-555.*

Há que determinar se a correspondência, uma vez aberta, continua a poder qualificar-se como correspondência, caso em que gozará da protecção constitucional consagrada no art. 34º da CRP, ou se, pelo contrário, a partir do momento em que é aberta passa a ser um simples documento.

Antes de responder a esta questão e uma vez que os elementos concretamente referenciados no mandado e também concretamente apreendidos são mensagens de correio electrónico, há que definir o conceito de correio electrónico e o respectivo âmbito de protecção legal dado que o art. 190º do CPP determina que o regime das escutas telefónicas é aplicável ao correio electrónico. Assim, torna-se necessário delimitar até quando é que o correio electrónico é protegido pelo regime das escutas e a partir de quando é que é protegido pelo regime da correspondência.

Não existe uma definição penal de correio electrónico sendo que este conceito remete para outros dois conceitos: comunicação electrónica e serviço de comunicação electrónica.

O único conceito legal de comunicação electrónica é o constante da Lei nº 41/2004 de 18/08 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas que a define, para efeitos da referida lei, como "qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público" (art. 2º, nº 1, al. a) do diploma citado).

Por sua vez, a definição de "serviço de comunicações electrónicas" é feita na Lei das Comunicações Electrónicas" (Lei 5/2004 de 10/02) nos seguintes termos: "serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão." [art. 3º, al. cc)]. Este mesmo diploma define "redes de comunicações electrónicas como "sistemas de transmissão ... que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioeléctricos, meios ópticos ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas ... e móveis, os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida" [art. 3º, al. x)].

Sendo estas as únicas noções legais existentes, e pese embora as mesmas não se possam considerar noções para efeitos de direito penal, entende o tribunal que se pode pressupor que, quando o legislador penal pensou no conceito de comunicação electrónica, se estava a referir "a algo incorpóreo, que ocorre num lapso de tempo localizado e cessa, começando e acabando quando entra e sai de uma rede de comunicações" (Pedro Verdelho, "Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal, *in Revista do Ministério Público* nº 100, pgs. 153 e segs.).

Sendo assim, a mensagem enviada por correio electrónico é considerada comunicação electrónica enquanto percorre as redes de comunicação electrónicas e, por conseguinte, se for interceptada, em tempo real, nesse percurso, a sua



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

apreensão rege-se pelas regras das escutas telefónicas por força do citado art. 190º do CPP.

A partir do momento em que a mensagem é recebida no destinatário e fica de qualquer modo alojada no respectivo computador, a comunicação cessou e, por conseguinte, a partir deste momento, a sua apreensão rege-se pelas regras da correspondência. "Neste momento, na sua essência, uma mensagem de correio electrónico em nada se distingue de uma carta remetida por correio físico, dito tradicional, que após ser recebida pode igualmente ser guardada ou destruída. Portanto, neste estádio, as mensagens de correio electrónico deixam de ser uma comunicação, passando a ter uma natureza similar à da correspondência, embora sob a forma digital. (...) Disto resultará que o correio electrónico poderá ser apreendido nos mesmos moldes em que pode ser apreendido o correio tradicional." (Pedro Verdelho, local citado, pg. 157-158).

Este entendimento foi já acolhido pela Relação de Lisboa que a propósito da admissibilidade de apreensão de um computador no âmbito de umas buscas domiciliárias, entendeu que, não só tal apreensão é possível, podendo a OPC tomar conhecimento do conteúdo do respectivo disco rígido, como ainda que "Só assim não será quanto ao correio electrónico que nele se encontre armazenado uma vez que, quanto a ele, deve ser aplicado o regime estabelecido para a apreensão de correspondência". No referido acórdão referia-se ainda: "Diga-se apenas que se se tratasse efectivamente de correio electrónico o regime jurídico aplicável não seria, ao contrário do que sustentam os recorrentes, o que o Código de Processo Penal reserva para a intercepção de comunicações, uma vez que este se destina apenas à intercepção de conversas ou comunicações em curso, mas sim o que estabelece para a apreensão de correspondência (artigos 179º e 252º do Código de Processo Penal)." (Ac. da RL de 13/10/2004, Proc. 5150/2005-3; no mesmo sentido Ac. RC de 29/03/06, Proc. 607/06 e parecer da PGR nº 127/2004).

No caso dos autos não teve lugar, nem tal é sequer referido, qualquer apreensão de mensagens de correio electrónico em curso. Consequentemente, a validade da apreensão das mensagens de correio electrónico deverá ser apreciada à luz das regras aplicáveis à apreensão de correspondência.

Aqui chegados cabe então tomar posição sobre qual a correspondência que goza da protecção absoluta de inviolabilidade: toda a correspondência, aberta ou fechada, ou só a fechada?

Também nesta questão não podemos deixar de concordar com o entendimento da AdC pelas razões defendidas por Pedro Verdelho que, pela sua clareza, se passam a transcrever:

"A este propósito, anote-se liminarmente que, tal como acontece com o correio tradicional, no âmbito da recolha de prova em processo penal, deverá ser dado um tratamento diferenciado a mensagens recebidas mas ainda não abertas, por um lado, e a mensagens recebidas e já abertas, por outro.

Quanto às primeiras, se se lhes aplicar o regime processual do correio tradicional, têm que ser consideradas correspondência não aberta. Portanto, a sua apreensão apenas poderá ocorrer nos casos previstos no Artigo 179º.º do Código de Processo Penal e esta apreensão está sujeita às respectivas condições e formalidades.

No que respeita às segundas, se já foram abertas, por ventura lidas e mantidas no computador a que se destinavam, não deverão ter mais protecção que as cartas em papel que são recebidas, abertas e porventura guardadas numa gaveta, numa pasta ou num arquivo. Portanto, não merecem a mesma protecção das outras



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Handwritten signature]

no momento da sua apreensão. Especificamente quanto às mensagens de correio electrónico que tenham sido abertas e impressas em papel, não parece haver qualquer motivo para deixar de dar-lhes, analogicamente, o mesmo tratamento do correio tradicional. Ou seja, serão meros documentos escritos que podem sem qualquer reserva ser apreendidos no decurso de uma busca. O mesmo pode avançar-se quanto a mensagens de correio electrónico que já tenham sido abertas pelo seu destinatário e foram deixadas gravadas no computador. Na sua essência são documentos sob forma digital, armazenados num computador, com um estatuto idêntico ao de uma carta em papel que tenha sido recebida pelo correio, aberta e guardada num arquivo pessoal. Ou ainda com a mesma natureza de um texto escrito em programa de processamento de texto e guardado em suporte informático. Sendo meros documentos escritos, estas mensagens não gozam da aplicação do regime de protecção da reserva da correspondência e das comunicações." (local cit., pg. 158-159).

Esta passagem é suficientemente elucidativa para, sem necessidade de mais desenvolvimentos, se concluir que há efectivamente uma diferença entre correspondência aberta e correspondência fechada, e que só está abrangida pela proibição constitucional a correspondência fechada. Logo, só há necessidade de ser ordenada por juiz a apreensão de correspondência fechada (neste sentido Ac. RC de 29/03/06 já citado e Ac. RL de 18/05/06, Proc. 54/2006-9).

É este também o entendimento da Procuradoria-Geral da República no já citado Parecer 127/2004 que refere: "relativamente à correspondência já aberta, lida e arquivada, em suporte papel ou digital, relativa à actividade normal da pessoa colectiva, já não goza da protecção constitucional como correspondência, devendo ser entendida com a natureza e o regime legal que lhe for próprio, em regra documentos, gozando, se for o caso, dos privilégios de segredo que ao caso couber.

Deste modo se afigura compatibilizado o direito fundamental da inviolabilidade da correspondência com a realização do princípio da concorrência, também este constitucionalmente consagrado e que constitui uma das traves mestras da constituição económica comunitária a que Portugal se encontra vinculado."

Deste passo podemos, com segurança, concluir que, ao autorizar a apreensão de documentação, designadamente telecópias, mensagens electrónicas e actas de reunião, incluindo em suportes informáticos, bem como objectos, designadamente computadores, no local abaixo indicado directa ou indirectamente relacionados com o fornecimento de medicamentos, não sujeitos a receita médica, a estabelecimentos autorizados, o mandado em análise nos autos não viola os preceitos relativos à protecção do sigilo da correspondência ou das telecomunicações. Ao referir-se à apreensão de mensagens electrónicas inclui no seu âmbito as mensagens electrónicas abertas, que se não podem considerar abrangidas no conceito de correspondência constitucionalmente protegido, pelo que podemos e devemos desde já passar à análise dos elementos concretamente recolhidos, nomeadamente para verificar se terão sido apreendidas mensagens electrónicas fechadas.

No tocante a esta questão apenas os documentos 1 e 2 referidos pela arguida e assim identificados na listagem (como mensagens electrónicas e entregues neste tribunal em envelope selado) caem na classificação de correio electrónico.

Ora, nem as arguidas apontam que as referidas mensagens tivessem sido apreendidas fechadas, nem tal resulta dos mesmos (de cujo conteúdo o tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tomou conhecimento no estrito cumprimento do disposto no art. 179º nº3 do Código de Processo Penal).

Assim sendo, concluindo-se que não foi apreendida nenhuma correspondência fechada mas sim correspondência aberta, os elementos recolhidos não são considerados correspondência para efeitos de protecção constitucional mas sim simples documentos. Enquanto documentos que são, a sua apreensão é lícita no âmbito do processo contra-ordenacional e para a sua realização não era necessário despacho do juiz.

No tocante a todos os demais elementos aponta a arguida que os documentos 3, 5, 6 e 12, 8, 11, 13, 14, 16 e 5 estão fora do objecto da busca, essencialmente por nada terem a ver com medicamentos não sujeitos a receitas médicas. Aponta, aliás, o mesmo óbice aos documentos 1 e 2, já supra não considerados como correspondência.

Ora, recordando, mais uma vez, o despacho e mandado mediante o qual foram autorizadas e realizadas a busca e apreensões autorizou a apreensão de: "documentação, designadamente telecópias, mensagens electrónicas e actas de reunião, incluindo em suportes informáticos, bem como objectos, designadamente computadores, no local abaixo indicado directa ou indirectamente relacionados com o fornecimento de medicamentos, não sujeitos a receita médica, a estabelecimentos autorizados, em violação do disposto no art. 4, nº 1, da Lei 18/2003 de 11/06 e no art. 81, nº 1, do Tratado que institui a Comunidade Europeia, que se mostrem relevantes para os factos em investigação" (sublinhado nosso).

O facto de nos documentos em causa não ser feita qualquer referência expressa a medicamentos não sujeitos a receita médica não exclui que, indirectamente se relacionem ou contribuam para o esclarecimento da actividade de fornecimento dos mesmos, claramente a prática em investigação, nos termos do mandado. E isto é válido quer se tratem de documentos referentes a organização e modelo de interacção entre as farmácias e associações do sector, entre as quais a ANF, quer demonstrem a forma de circulação da informação entre os vários agentes investigados.

Nos autos, aliás, a AdC justifica a relevância de tais documentos, não obstante o facto de não referirem expressamente (directamente) a venda de medicamentos não sujeitos a receita médica.

Entende-se, pois, que os documentos concretamente apontados se mostram cobertos pelo mandado ao abrigo do qual a apreensão foi realizada, sem prejuízo de, nos autos em causa, os ali visados se poderem defender quanto ao seu concreto significado, no legítimo exercício dos seus direitos de defesa.

Face ao exposto, as apreensões efectuadas são lícitas e os documentos apreendidos podem todos ser usados como meios de prova, podendo e devendo permanecer nos autos respectivos, nada havendo a restituir.

*

VIII – Pelo exposto, julgo totalmente improcedente o recurso apresentado pela arguida.

Custas pela arguida, fixando-se a taxa de justiça em 3 UCs – (arts. 92º nº 3, 93º nº3 e 94º nº 3, ambos do RGCO e 87º nº1, al. c) do Código das Custas Judiciais).

Após trânsito remeta os autos à Autoridade da Concorrência.

Notifique e proceda ao depósito.

Comunique nos termos do disposto no art. 70º nº4 do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10.



crey

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*

Lisboa, 14/05/07 (depois das 16.00 horas)
 (processado por meios informáticos - art. 138º nº 5 do Código de Processo Civil)».

3 – Desta decisão foi interposto, nos termos *supra* referidos, o presente recurso de constitucionalidade, sendo que integrando-se o caso *sub judicio* sob a alcada normativa do artigo 78.º-A, n.º 1, da LTC, e atento o disposto no artigo 76.º, n.º 3, do mesmo diploma, passa o Tribunal a decidi-lo, nos seguintes termos.

4.1 – Como é consabido, constitui requisito do recurso interposto ao abrigo do disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 280º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, que a questão de inconstitucionalidade da norma efectivamente aplicada como *ratio decidendi* da decisão recorrida tenha sido *suscitada* durante o processo.

O sentido deste conceito tem sido esclarecido, em diversas ocasiões, por este Tribunal Constitucional. Assim, por exemplo, no Acórdão n.º 352/94, publicado no *Diário da República II Série*, de 6 de Setembro de 1994, disse-se que esse requisito deve ser entendido “não num sentido meramente formal (tal que a inconstitucionalidade pudesse ser suscitada até à extinção da instância)”, mas “num sentido funcional”, de tal modo que essa invocação haverá de ter sido feita em momento em que o tribunal *a quo* ainda pudesse conhecer da questão, “antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria a que (a mesma questão de constitucionalidade) respeita”.

Por seu lado, afirma-se, igualmente, no Acórdão n.º 560/94, publicado no *Diário da República II Série*, de 10 de Janeiro de 1995, que «a exigência de um cabal cumprimento do ónus de suscitação atempada – e processualmente adequada – da questão de constitucionalidade não é [...] “uma mera questão de forma secundária”. É uma exigência formal, sim, mas essencial para que o tribunal recorrido deva pronunciar-se sobre a questão de constitucionalidade para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

o Tribunal Constitucional, ao julgá-la em via de recurso, proceda ao reexame da questão (e não a um primeiro julgamento de tal questão).

Neste domínio há, assim, que acentuar que a intervenção do Tribunal Constitucional, nos processos de fiscalização concreta, se limita ao reexame ou reapreciação da questão de (in)constitucionalidade que o tribunal *a quo* apreciou ou devesse ter apreciado. Ainda na mesma linha de pensamento podem ver-se, entre outros, o Acórdão n.º 155/95, publicado no *Diário da República II Série*, de 20 de Junho de 1995, e, aceitando os termos dos restos acabados de citar, o Acórdão n.º 192/2000, publicado no mesmo jornal oficial, de 30 de Outubro de 2000 – sobre o sentido de um tal requisito, cfr. José Manuel Cardoso da Costa, «A jurisdição constitucional em Portugal», separata dos *Estudos em Homenagem ao Prof. Afonso Queiró*, 2ª edição, Coimbra, 1992, p. 51).

É certo que tal doutrina sofre restrições, como se salientou naquele Acórdão n.º 352/94, mas isso apenas acontece em situações excepcionais ou anómalas, nas quais o interessado não dispôs de oportunidade processual para suscitar a questão de constitucionalidade antes proferida ou não era exigível que o fizesse, designadamente por o tribunal *a quo* ter efectuado uma aplicação de todo insólita e imprevisível.

Contudo, não poderá deixar de entender-se que o recorrente tem essa oportunidade quando a apreensão do sentido com que a norma é aplicada numa decisão posteriormente proferida é susceptível de ser perscrutado no(s) articulado(s) processual(ais) funcionalmente previsto(s) para discretear juridicamente sobre as questões cuja resolução essa decisão tem de ditar, por antecedentemente colocadas, e em que aquele sentido, cuja constitucionalidade se poderá questionar, se apresenta como sendo um dos plausíveis a ser aplicados pelo juiz.

Em todo o caso, ao encararem ou equacionarem na defesa das suas posições a aplicação das normas, as partes não estão dispensadas de entrar em linha de conta com o facto de estas poderem ser entendidas segundo sentidos divergentes e de os considerar na defesa das suas posições, aí prevenindo a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

possibilidade da (in)validade da norma em face da lei fundamental, recaindo sobre elas um dever de prudência técnica na antevista do direito plausível de ser aplicado e, nessa perspectiva, quanto à sua conformidade constitucional.

Enquadramento o dever de suscitação da inconstitucionalidade durante o processo e pela forma adequada nos parâmetros acabados de definir, é manifesto que, *in casu*, a inconstitucionalidade da norma sindicada não foi suscitada durante o processo, nem, por outro lado e contrariamente ao alegado pela recorrente, ocorre qualquer situação excepcional ou anómala que permitisse desonerá-la do cumprimento de tal ónus processual.

4.2 – Ora, cumpre assinalar que a recorrente teve efectiva oportunidade processual para suscitar a questão de constitucionalidade que agora pretende ver apreciada, como se constata, desde logo, pelo teor do recurso que interpôs, no qual alegou, *expressis verbis*, que “tal correspondência – em especial a fechada – apenas pode ser vista, revista e apreendida mediante um mandado do Juiz de Instrução Criminal, o que não se verificou no caso em apreço”.

Tendo colocado tal questão perante o Tribunal *a quo*, a recorrente estava plenamente em condições de antever a aplicação de um critério normativo que determinasse a improcedência do alegado e pelo qual se admitisse a relevância processual dos documentos apreendidos, como veio a suceder.

5 – Destarte, atento o exposto, o Tribunal Constitucional decide não tomar conhecimento do objecto do recurso.

Custas pela recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 8 (oito) Ucs.

Lisboa, 16/11/2007

Screelvans