

CONSULTA


A Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”) solicitou ao Centro de Pareceres do *Católica Research Centre for the Future of Law*, da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, a elaboração de parecer jurídico pelo Professor Doutor Miguel Poiães Maduro, com a colaboração do Professor Doutor António Carneiro da Frada de Sousa, relativo à transposição, em Portugal, da Diretiva 2019/1/UE (doravante “Diretiva 2019/1” ou “Diretiva”), 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.

Nos termos do pedido de Consulta apresentado a este Centro de Pareceres, conforme Nota de Enquadramento preparada e enviada pela AdC, o parecer jurídico deverá responder, no quadro da *supra* referida transposição da Diretiva 2019/1 para a ordem jurídica interna portuguesa, às seguintes questões:

- A) A previsão da possibilidade de a AdC apreender mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas, independentemente do suporte, assim como a estipulação de o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos artigos 101.º e 102.º TFUE não ser inferior a 10 % do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão constituem elementos obrigatórios de transposição da Diretiva 2019/1?;

- B) Sendo elementos obrigatórios de transposição, que consequências decorrem para os Estados Membros à luz do direito da União Europeia, designadamente em caso de não transposição ou transposição incompleta das disposições referidas na questão anterior?;
- C) Havendo dúvidas sobre a constitucionalidade de normas que decorrem da transposição de uma Diretiva, que possibilidades existem no ordenamento jurídico nacional ou da União para fazer face às mesmas?;
- D) Uma vez que o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia estão vinculados à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, a qual prevê o respeito pela vida privada e familiar (Art. 7.º) e o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas (Art. 49.º), e atendendo ao facto de a questão da violação de direitos fundamentais não ter sido suscitada ao longo do processo legislativo ou junto do TJUE, é provável que os artigos da Diretiva e respetivos considerando violem as tradições jurídicas e constitucionais comuns dos Estados-membros, os princípios gerais do direito da União ou a Carta dos Direitos Fundamentais da UE que se baseiam naquelas tradições?;
- E) As circunstâncias referidas nos números anteriores são pertinentes no que respeita à interpretação do n.º 4 do artigo 8.º da CRP? Em que medida?

K. F. Silva



PARECER JURÍDICO

1. *Questão A - A previsão da possibilidade de a AdC apreender mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas, independentemente do suporte, assim como a estipulação de o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos artigos 101.º e 102.º TFUE não ser inferior a 10 % do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão constituem elementos obrigatórios de transposição da Diretiva 2019/1?*

1.1. **Nota introdutória**

Através da primeira questão pretende-se avaliar se o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea b) e no artigo 31.º, n.º 2, da Proposta de Lei 99/XIV 2ª – quanto à possibilidade de a AdC apreender mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas, qualquer que seja o suporte em que se encontrem armazenadas e utilizá-las como meios de prova – bem como o disposto no artigo 69.º, números 4, 6 e 7 e no artigo 72.º da mesma Proposta de Lei – onde se estabelece um montante máximo de coima por referência a uma determinada percentagem do volume de negócios das empresas participantes em infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE – constituem elementos que obrigatoriamente terão de ser introduzidos na legislação Portuguesa de transposição da Diretiva 2019/1.

Para este efeito importa começar por apresentar as disposições relevantes da Diretiva 2019/1 que os preceitos referidos da Proposta de lei 99/XIV 2ª têm em vista transpor. Analisado o conteúdo e sentido dessas disposições e compreendidas que estejam as específicas obrigações impostas pela Diretiva 2019/1 aos Estados-Membros seus destinatários (incluindo o Estado Português) no contexto da sua transposição, poderemos concluir, depois, a respeito da obrigatoriedade de transposição, para o Direito interno português, dos elementos que constam daquelas disposições pertinentes da Diretiva 2019/1. Será possível, por fim, verificar até que ponto as normas de

transposição vertidas nos artigos referidos da Proposta de Lei dão cumprimento a essas obrigações decorrentes da Diretiva, integrando os elementos que nessa Diretiva são de transposição obrigatória.

1.2. As disposições relevantes da Diretiva 2019/1

De acordo com as alíneas a), b e c) do n.º 1 do artigo 6.º (com epígrafe «[c]ompetência para inspecionar instalações de empresa») da Diretiva 2019/1, «[o]s Estados-Membros asseguram que as autoridades administrativas nacionais da concorrência estão em condições de realizar todas as inspeções necessárias sem aviso prévio nas empresas e associações de empresas, para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Os Estados-Membros asseguram que os funcionários e outros acompanhantes autorizados pelas autoridades nacionais da concorrência a realizarem tais inspeções, ou por elas nomeados para o efeito, dispõem, pelo menos, de competência para: [...] Aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas e associações de empresas; [...] Inspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspecionada; [...] Tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extratos dos documentos controlados e, sempre que o considerem adequado, continuarem a efetuar esse tipo de pesquisa de informação e seleção de cópias ou extratos nas instalações das autoridades nacionais da concorrência ou em quaisquer outras instalações designadas [...].»

Acresce que, conforme o número 2 do mesmo artigo 6.º, «[o]s Estados-Membros asseguram que as empresas e as associações de empresas se sujeitam às inspeções a que se refere o n.º 1. Caso uma empresa ou uma associação de empresas se oponha a uma inspeção que tenha sido ordenada por uma autoridade administrativa nacional da concorrência e/ou que tenha sido autorizada por uma autoridade judicial nacional, os Estados-Membros garantem também que as autoridades nacionais da concorrência podem obter a assistência necessária da polícia ou de uma autoridade com poderes de polícia equivalentes, a fim de lhes permitir realizar a inspeção. Essa assistência também pode ser obtida a título preventivo.»

O número 3 do mesmo artigo 6.º dispõe, por fim, que «[o] presente artigo é aplicável sem prejuízo dos requisitos previstos no direito nacional para a autorização prévia por parte de uma autoridade judicial nacional à realização de tais inspeções.»

O Artigo 7.º da Diretiva 2019/1 (com epígrafe «[c]ompetência para inspecionar outras instalações»), determina que:

« 1. Caso exista uma suspeita razoável de que os livros ou outros documentos relacionados com a atividade e com o objeto da inspeção, que possam ser pertinentes para provar uma infração ao artigo 101.º ou ao artigo 102.º do TFUE, estão guardados em instalações, em terrenos ou meios de transporte, que não os referidos no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), da presente diretiva, inclusive no domicílio privado dos dirigentes, de membros dos órgãos de administração e de outros membros do pessoal das empresas ou das associações de empresas, os Estados-Membros asseguram que as autoridades administrativas nacionais da concorrência podem realizar inspeções sem aviso prévio nas referidas instalações, terrenos e meios de transporte.

2. Tais inspeções não podem ser realizadas sem a autorização prévia de uma autoridade judicial nacional.

3. Os Estados-Membros asseguram que os funcionários e outros acompanhantes autorizados pelas autoridades nacionais da concorrência a realizarem uma inspeção nos termos do n.º 1 do presente artigo, ou por ela nomeados para o efeito, dispõem, pelo menos, da competência prevista no artigo 6.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), e no artigo 6.º, n.º 2.»

O Artigo 13.º, com epígrafe «[c]oimas aplicadas às empresas e associações de empresas», estabelece que:

«1. Os Estados-Membros garantem que as autoridades administrativas nacionais da concorrência tanto podem aplicar, mediante decisão no âmbito de processos de aplicação próprios, como requerer que sejam aplicadas, no âmbito de processos judiciais de natureza não penal, coimas efetivas, proporcionadas e dissuasoras às empresas e associações de empresas que, dolosamente ou por negligência, cometam uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE.

2. Os Estados-Membros asseguram pelo menos que as autoridades administrativas nacionais da concorrência tanto podem aplicar, mediante decisão no âmbito de processos de aplicação próprios, como requerer que sejam aplicadas, no âmbito de processos judiciais de natureza não penal, às empresas e associações de empresas, coimas efetivas, proporcionadas e dissuasoras. Essas coimas



são determinadas proporcionalmente ao volume de negócios total a nível global das empresas e associações de empresas em causa, quando dolosamente ou por negligência:

- a) Não se sujeitem a uma inspeção a que se refere o artigo 6.º, n.º 2;
- b) Os selos colocados por funcionários ou outros acompanhantes autorizados pelas autoridades nacionais da concorrência, ou por elas nomeados, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea d), tenham sido violados;
- c) Em resposta a uma pergunta a que se refere o artigo 6.º, n.º 1, alínea e), respondam de forma inexata ou enganosa, não deem ou se recusem a dar uma resposta completa;
- d) Prestem informações inexatas, incompletas ou enganosas em resposta a um pedido efetuado nos termos do artigo 8.º, ou não prestem as informações no prazo fixado;
- e) Não compareçam a uma inquirição convocada nos termos do artigo 9.º;
- f) Não cumpram uma decisão a que se referem os artigos 10.º, 11.º e 12.º.

3. Os Estados-Membros asseguram que nos processos referidos nos n.ºs 1 e 2 se prevê a aplicação de coimas eficazes, proporcionadas e dissuasoras.

4. O presente artigo não prejudica as disposições de direito nacional que prevejam a aplicação de sanções no âmbito de processos judiciais de natureza penal, desde que a aplicação dessas disposições não afete a aplicação eficaz e uniforme dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.»

O artigo 14.º relativo, conforme a sua epígrafe, ao «[c]álculo das coimas» dispõe, no seu número 1, que «[o]s Estados-Membros asseguram que as autoridades nacionais da concorrência têm em consideração a gravidade e a duração da infração, ao determinar o montante da coima a aplicar por uma infração ao artigo 101.º ou ao artigo 102.º do TFUE.»

O artigo 15.º seguinte, com especial relevância para as questões de que nos ocupamos, estabelece ainda, sob a epígrafe «[m]ontante máximo da coima», que:

«1. Os Estados-Membros asseguram que o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE não é inferior a 10 % do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão a que se refere o artigo 13.º, n.º 1.

2. Caso a infração de uma associação de empresas esteja relacionada com as atividades dos seus membros, o montante máximo da coima não pode ser inferior a 10 % da soma do volume de negócios global total de cada membro que exerça atividades no mercado afetado pela infração



cometida pela associação. No entanto, a responsabilidade financeira de cada empresa no que respeita ao pagamento da coima não pode ser superior ao montante máximo fixado nos termos do n.º 1 [itálico acrescentado].»

O artigo 32.º da Diretiva 2019/1, sob a epígrafe «[m]eios de prova admissíveis perante as autoridades nacionais da concorrência» determina, no seu parágrafo único que «[o]s Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas.»

Além destes artigos da Diretiva 2019/1 acabados de transcrever, importa igualmente reproduzir aqui os considerandos 32, 34 e 35 da mesma Diretiva que com aqueles artigos se relacionam.

Apesar de, diferentemente do que sucede com os artigos de uma Diretiva, os considerandos não fazerem parte do seu articulado, são inequivocamente parte integrante das Diretivas (ou de outros atos normativos de Direito derivado da União) e, como veremos mais detidamente, constituem elementos muito relevantes para a interpretação das disposições vertidas no articulado desses atos normativos.

O considerando 32 da Diretiva 2019/1 dispõe, com efeito, que «[p]ara 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 [itálico acrescentado].»

Conforme o considerando 34 «[a] experiência revela que há documentos das empresas que podem estar guardados nos domicílios privados dos dirigentes, membros dos órgãos de administração e outros membros do pessoal das empresas ou associações de empresas, em especial devido à crescente utilização de modalidades de trabalho mais flexíveis. A fim de assegurar a eficácia das inspeções, as autoridades administrativas nacionais da concorrência deverão ter competência para aceder a todas as instalações, incluindo domicílios privados, se estiverem em condições de demonstrar que existe uma suspeita razoável de que aí estejam guardados documentos das empresas suscetíveis de serem relevantes para provar uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE. O exercício dessa competência deverá ficar sujeito a que uma autoridade judicial nacional, que em alguns ordenamentos jurídicos nacionais poderá incluir um magistrado do Ministério Público, que a tal autorize previamente a autoridade administrativa nacional da concorrência. [itálico acrescentado].»

Dispõe também o considerando 35 que «[a]s ANC deverão dispor de competência efetiva para exigir que as empresas ou associações de empresas lhes forneçam as informações necessárias para detetar infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Para tal, as ANC deverão poder exigir a divulgação de informações que lhes permitam investigar potenciais infrações. Tal deverá incluir o direito de exigir informações em qualquer formato digital, incluindo mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente em nuvens e servidores, desde que a empresa ou associação de empresas destinatária do pedido de informações tenha cesso às mesmas. Esse direito não deverá impor à empresa ou associação de empresas uma obrigação desproporcionada em relação às exigências da investigação, não devendo, nomeadamente, comportar-lhe custos ou esforços excessivos. Embora o direito de exigir informações seja fundamental para detetar infrações, tais pedidos deverão ter um âmbito razoável. Tais pedidos não deverão forçar uma empresa ou associação de empresas a admitir que cometeu uma infração, o que cabe às ANC provar. Tal não deverá também prejudicar as obrigações que incumbem às empresas ou às associações de empresas de responder a perguntas factuais e de facultar documentos. De igual modo, as ANC deverão dispor de instrumentos eficazes que lhes permitam exigir de quaisquer outras pessoas singulares ou coletivas informações suscetíveis de serem relevantes para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Os Estados-Membros deverão ter a liberdade de estabelecer regras processuais

aplicáveis a tais pedidos de informação, designadamente relativas à forma jurídica que devam assumir, desde que tais regras permitam uma utilização eficaz desse instrumento [itálico acrescentado].»

Com relevância para a compreensão do sentido dos artigos 13.º, 14.º e 15.º da Diretiva 2019/1, apresenta-se o considerando 49 onde se assinalada que «[o] efeito dissuasor das coimas varia muito em toda a União e em alguns Estados-Membros o montante máximo da coima aplicável é muito baixo. Para garantir que as ANC podem fixar coimas dissuasoras, o montante máximo da coima que pode ser imposto por cada infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE deverá ser estabelecido num nível não inferior a 10 % do volume de negócios total, a nível global, da empresa em causa. Tal não deverá impedir os Estados-Membros de manterem ou preverem a imposição de um montante máximo da coima mais elevado.»

1.3. As diretivas como atos legislativos da União dirigidos aos Estados-Membros e o sentido e alcance das obrigações que impõem às autoridades nacionais relativamente à sua transposição

De acordo com o artigo 288.º TFUE «[p]ara exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres» e se, conforme o mesmo artigo, «[o] regulamento tem caráter geral [é] obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros», já «[a] diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.»

É sabido que as diretivas são instrumentos normativos essenciais para a harmonização do direito na União Europeia em determinadas áreas, especialmente naquelas em que, pela maior complexidade e diversidade dogmático-conceitual existente entre Estados-membros, o recurso a instrumentos de unificação ou uniformização do direito, como os regulamentos, se afigura menos aconselhável, e as diretivas permitem conceder alguma discricionariedade aos Estados-Membros quanto «à forma e aos meios» de que dispõem para a sua implementação. Esta discricionariedade não pode, no entanto, e de modo algum, ser entendida no sentido de



as diretivas serem consideradas vagas, que não o são, de todo¹. Acresce que, frequentemente, o uso de diretivas, como instrumento de harmonização, visa, sobretudo, conceder algum tempo e margem de adaptação aos Estados Membros, mas sem que isso signifique que o conteúdo das normas de uma diretiva não possa ser tão ou mais preciso e detalhado do que o de alguns regulamentos.

Afirma expressamente o artigo 288.º TFUE que as diretivas são vinculativas para os Estados-Membros destinatários «quanto ao resultado a alcançar». E são tão vinculativas como quaisquer outros atos vinculativos de Direito da União Europeia². O carácter juridicamente vinculante das obrigações impostas pelas diretivas resulta do artigo 288.º TFUE que estabelece essa vinculatividade³. É também usual as próprias diretivas, no seu articulado, reiterarem o disposto no artigo 288.º TFUE afirmando expressamente que os Estados-Membros devem adotar as medidas necessárias para darem cumprimento ao resultado por elas visado, não apenas implementando-as atempadamente, como também implementando-as corretamente.

Com efeito, além de se impor uma transposição atempada da Diretiva - que, no caso previsto na Diretiva 2019/1, conforme dispõe o artigo 34.º, n.º 1, os Estados-membros teriam de levar a cabo até ao dia 4 de fevereiro de 2021⁴ - há igualmente uma obrigação de transpor a Diretiva corretamente, isto é, de assegurar que o resultado previsto pela Diretiva seja efetivamente alcançado.

¹ PAUL CRAIG/ GRAÍNE DE BÚRCA, *EU Law - Text, Cases and Materials*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2015, p. 108 («It should not [...] be thought that directives are vague. They are not. The ends which Member States have to meet will be set out in considerable detail.»). Ver igualmente SACHA PRECHAL, *Directives in EC Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2005, p. 74 («the directive was designed as a relatively 'mild' instrument of community intervention, leaving the Member States considerable leeway with respect to the measures to be taken from the implementation. However this freedom of the Member States is far from absolute. [...] [D]irectives can be extremely detailed.»)

² Veja-se por exemplo o acórdão do TJUE de 21 de junho de 1973 no Processo 79/72, *Comissão/Itália (materiais florestais)*, ECLI:EU:C:1973:70, Para. 7, onde se afirmou que as disposições de uma diretiva têm, para os Estados-membros destinatários, um efeito não menos imperativo que o de outra qualquer regra de direito comunitário «à l'égard des États membres destinataires, les dispositions d'une directive ont un effet non moins contraignant que celui d'une autre règle de droit communautaire».

³ É certo que, como assinala SACHA PRECHAL, *ob. cit.*, p. 17 «[t]he obligation to achieve the result prescribed by a directive also follows from the more generally worded Article 10 of the EC Treaty, i.e., the duty of the Member States to take all appropriate measures to ensure the fulfilment of the obligations arising out of the Treaty or resulting from an act of an institution.»

⁴ «Os Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 4 de fevereiro de 2021. Do facto informam imediatamente a Comissão.»



Como afirmou o TJUE no acórdão *Von Colson e Kamann*, na medida em que a diretiva impõe uma obrigação de resultado, as medidas a adotar pelos Estados devem ser «todas as medidas que sejam necessárias para assegurar o pleno efeito da diretiva em conformidade com o objetivo por ela prosseguido»⁵.

Garantir e proceder à implementação correta de uma diretiva é, compreensivelmente, mais complexo do que meramente garantir a sua implementação atempada. Não se trata apenas de proceder a adoção da legislação dentro de um certo prazo. Exige a compreensão do significado jurídico das disposições da diretiva e, depois, a compreensão do significado e alcance das disposições normativas nacionais que as autoridades nacionais adotam para a sua transposição⁶.

A determinação do que seja o resultado a alcançar por uma Diretiva pressupõe uma compreensão prévia do conteúdo dessa diretiva. Depois, a correta transposição de uma Diretiva exige uma compreensão da natureza das medidas a adotar a nível nacional para essa transposição que permitam assegurar a prossecução dos objetivos compreendidos naquele conteúdo.

No que respeita ao conteúdo da diretiva este pode ser mais ou menos pormenorizado e incluirá, desde logo as disposições nucleares substanciais da diretiva, ou regras que constituem o núcleo duro da diretiva, definindo o seu âmbito, objetivos e, no essencial, a situação jurídico-factual que a Diretiva pretende assegurar que seja estabelecida nos Estados-Membros bem como, eventualmente, os modos como essa situação haverá de poder estabelecer-se⁷.

O conteúdo de uma diretiva incluirá também disposições de caráter mais ancilar, como por exemplo aquelas que respeitam aos prazos a observar pelos Estados-Membros

⁵ Acórdão do TJUE de 10 de abril de 1984, no processo 14/83, *Von Colson et Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, Para. 15 «[s]’il est vrai que cette disposition [atual artigo 288.º TFUE] réserve aux États membres la liberté du choix des voies et moyens destinés à assurer la mise en oeuvre de la directive, cette liberté laisse cependant entière l’obligation, pour chacun des États destinataires, de prendre, dans le cadre de son ordre juridique national, toutes les mesures nécessaires en vue d’assurer le plein effet de la directive, conformément à l’objectif qu’elle poursuit.»

⁶ Assim, SACHA PRECHAL, *ob. cit.*, p. 31.

⁷ SACHA PRECHAL, *ob. cit.*, p. 41 entende que «[t]he ‘hard core’ of a directive is its substantive rules spelling out the matters to which the directive relates, thus defining its scope, and often indicating its purpose, this setting the framework for implementation. The substantive rules also contain provisions which describe, often in a very precise manner, the legal and/or factual situation which the Member States are required to bring about, and which often indicate the ways in which the desired situation must be realized.»

para a sua transposição.⁸ A circunstância de umas disposições de diretivas poderem considerar-se nucleares e outras poderem considerar-se ancilares não significa, de modo algum, que as primeiras sejam mais vinculantes do que as segundas.

Em todo o caso, como assinala Sacha Prechal «[i]t is fairly obvious that the more precise and detailed the content of a directive, the less room for manoeuvre is left for the implementing authorities, with respect not only to the substance of the measure but also to the mode of implementation»⁹.

Chegados a este ponto, importa analisar o conteúdo da Diretiva 2019/1 e, em particular, as disposições acima elencadas.

Determinado que seja o caráter obrigatório, juridicamente vinculante para os Estados-Membros dessas disposições, teremos de verificar se, atento o seu caráter mais ou menos claro e preciso, essas disposições deixam uma margem de manobra às autoridades nacionais dos Estados-Membros (em particular, para o que nos interessa, às autoridades Portuguesas) que lhes permita - no quadro da margem de liberdade de que dispõem no que respeita à forma e aos meios a utilizar na transposição dessas disposições para o Direito interno português - deixar de prever, por um lado, a possibilidade de a AdC apreender mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas e utilizar essas mensagens como meios de prova de infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE e, por outro lado, deixar de prever um certo limiar mínimo de montante máximo de coima aplicável, por referência a uma determinada percentagem (10%) do volume de negócios total global das empresas participantes em infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE.

1.4. O caráter obrigatório, preciso e detalhado do conteúdo dos artigos 6.º, 7.º, 15.º e 32.º da Diretiva 2019/1

Quanto à necessidade de previsão, pelo legislador português, ao transpor a Diretiva 2019/1, da possibilidade de a AdC apreender mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas e utilizar essas mensagens como meios

⁸ SACHA PRECHAL, *ob. cit.*, p. 44.

⁹ SACHA PRECHAL, *ob. cit.*, p. 74.

de prova de infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE, os artigos 6.º, 7.º e 32.º da Diretiva 2019/1 afiguram-se inequívocos quanto a essa necessidade.

Estes preceitos estabelecem claramente, como resulta do seu teor literal, que os Estados-membros têm de assegurar que as autoridades administrativas nacionais da concorrência estarão em condições de realizar todas as inspeções necessárias em instalações, terrenos, ou meios de transporte das empresas, sem aviso prévio, para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE e que disporão, para o efeito, «pelo menos, de competência para [...] *inspecionar os livros e outros registos relativos à empresas, independentemente do suporte em que estiverem armazenados*, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspecionada [itálico acrescentado]»¹⁰. Essa competência inspetiva estende-se a outras instalações, terrenos ou meios de transporte, «inclusive no domicílio privado dos dirigentes, de membros dos órgãos de administração e de outros membros do pessoal das empresas»¹¹, sendo que, neste caso, o legislador europeu expressamente previu que «tais inspeções não podem ser realizadas sem a autorização prévia de uma autoridade judicial»¹². Complementarmente, o artigo 32.º estabelece que os Estados-Membros têm também de garantir que os meios de prova admissíveis perante as autoridades da concorrência nacionais incluirão «documentos, declarações, orais, *mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontram armazenadas.*»

O sentido destes artigos vem a ser densificado, em especial na parte em que se refere, nos artigos 6.º e 32.º, que as autoridades nacionais de concorrência poderão inspecionar os registos relativos às empresas e associações de empresas e estes poderão ser utilizados como meios de prova *independentemente do formato e do suporte em que estiverem armazenados*, pelos considerandos 32, 35 e 73.

Importa assinalar, antes de atendermos ao disposto nesses considerandos, que os considerandos de instrumentos legislativos de Direito da UE são frequentemente tidos em consideração pelo Tribunal de Justiça para efeitos de interpretação de noções utilizadas nos articulados desses instrumentos legislativos. Será precisamente essa a relevância que pode conceder-se aos considerandos referidos da Diretiva 2019/1. O

¹⁰ Artigo 6.º, n.º 1, al. c).

¹¹ Artigo 7.º, n.º 1.

¹² Artigo 7.º, n.º 2.

Tribunal transcreve, aliás, frequentemente, considerandos, nos seus acórdãos, como parte integrante do quadro legislativo aplicável de Direito da União.

Esses considerandos 32, 35 e 73 revelam muito bem que quando nos artigos 6.º, n.º 1, al. c) e 32.º se referem registos das empresas a que as autoridades nacionais da concorrência têm de dispor de competência para aceder, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, bem como os elementos de prova relevantes das infrações praticadas pelas empresas ou associações de empresas, também independentemente do seu suporte e formato, esses registos e elementos que poderão ser considerados pelas autoridades nacionais de concorrência, serão extensíveis «a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas»¹³.

O considerando 32, em particular, é de especial utilidade, por esclarecer o sentido e finalidade da ampla previsão da competência que as autoridades nacionais de concorrência terão de dispor para acederem a quaisquer registos das empresas ou associações de empresas. Esse sentido e finalidade é descrito pelo legislador europeu nesse considerando 32 assinalando-se que «[p]ara 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.»

Há assim, também à luz do sentido teleológico da previsão específica, no artigo 6.º, n.º 1, al. c) da Diretiva, da competência das autoridades nacionais da concorrência para

¹³ Cfr. considerando 32, onde textualmente se afirma que «[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» e considerando 73. Também o considerando 35 afirma que «as ANC deverão poder exigir a divulgação de informações que lhes permitam investigar potenciais infrações. Tal deverá incluir o direito de exigir informações em qualquer formato digital, incluindo mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente em nuvens e servidores, desde que a empresa ou associação de empresas destinatária do pedido de informações tenha cesso às mesmas.»



acederem, no quadro da verificação de infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE, a quaisquer registos/informações das empresas, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, uma clara necessidade de interpretar esse artigo 6.º no sentido em que, para assegurar a plena eficácia da previsão nele contida, os registos/informações das empresas a que as autoridades de concorrência haverão de poder aceder, terão de incluir, necessariamente, também mensagens eletrónicas dessas empresas.

À luz do exposto, afigura-se-nos inequívoco que o artigo 6.º, n.º 1, al. c), bem como o 7.º, n.º 1 e o artigo 32.º da Diretiva, apresentam os objetivos normativos a assegurar pelas autoridades dos Estados-Membros de uma forma tão precisa e detalhada que, com o conteúdo assim definido dessas disposições, se torna evidente que há uma muito reduzida margem de manobra do legislador português relativamente à forma e meios para a sua transposição para o Direito interno português.

Com esse conteúdo, assim definido nos referidos artigos 6.º, 7.º e 32.º em termos tão claros, precisos e incondicionais ¹⁴ e atendendo à *ratio* já indicada, não nos parece que as autoridades dos Estados-membros possam transpor essas disposições de uma forma que exclua do âmbito de competência das autoridades nacionais da concorrência a possibilidade de estas autoridades acederem a registos de empresas que consistam em mensagens de correio eletrónico, ou de natureza semelhante, mesmo parecendo essas mensagens não terem sido lidas ou terem sido apagadas.

Neste sentido, entendemos que, dado o conteúdo e objetivos tão claramente visados pelos referidos artigos 6.º, n.º al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º da Diretiva 2019/1, previsões como as que constam do artigo 18.º, n.º 1, al. b) e do artigo 31.º, n.º 2 da Proposta de Lei 99/XIV 2ª, referem-se a elementos inequivocamente obrigatórios na transposição da Diretiva 2019/1.

¹⁴ Numa formulação clássica do Tribunal de justiça no contexto da determinação de eventual efeito direito de disposições de diretivas em que se entende que uma disposição terá efeito direto sempre que, atendendo ao seu conteúdo, se mostre suficientemente clara, precisa e incondicional para ser invocada contra qualquer disposição nacional não conforme (v. por exemplo, acórdão de 19 de janeiro de 1982, no processo C-8/81, *Becker / Finanzamt Münster-Innenstadt*, ECLI:EU:C:1982:7, n.º 25 («dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État.»).

De modo idêntico, também os elementos constantes do artigo 15.º da Diretiva 2019/1, relativamente a montantes máximos de coimas a aplicar a empresas ou associações de empresas por infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE, constituem elementos obrigatórios de transposição da Diretiva 2019/1.

Recordamos que o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2019/1, sob a epígrafe «[m]ontante máximo da coima», determina, expressamente, que os Estados-Membros têm de assegurar «que o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE não é inferior a 10 % do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão a que se refere o artigo 13.º, n.º 1 [i.e. decisão de aplicação de coimas efetivas]»¹⁵.

A finalidade da imposição, por este artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva, de um liminar mínimo do montante máximo da coima a aplicar, é bem revelada pelo considerando 49 da Diretiva onde se assinala que «[o] efeito dissuasor das coimas varia muito em toda a União e em alguns Estados-Membros o montante máximo da coima aplicável é muito baixo. Para garantir que as ANC podem fixar coimas dissuasoras, o montante máximo da coima que pode ser imposto por cada infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE deverá ser estabelecido num nível não inferior a 10 % do volume de negócios total, a nível global, da empresa em causa.» Acrescenta ainda este considerando 49 que os Estados-Membros poderão manter ou prever «um montante máximo da coima mais elevado.»

Parece evidente que nos deparamos, no artigo 15.º da Diretiva 2019/1, com uma disposição com um conteúdo muito claro e preciso, exibindo exatamente os elementos constitutivos das medidas que os Estados-Membros terão de adotar de modo a assegurar que o objetivo harmonizador da Diretiva é prosseguido com a eficácia suficiente.

¹⁵ O número 2 do artigo 15.º vem ainda precisar, relativamente a coimas a aplicar a associações de empresas que «[c]aso a infração de uma associação de empresas esteja relacionada com as atividades dos seus membros, o montante máximo da coima não pode ser inferior a 10 % da soma do volume de negócios global total de cada membro que exerça atividades no mercado afetado pela infração cometida pela associação. No entanto, a responsabilidade financeira de cada empresa no que respeita ao pagamento da coima não pode ser superior ao montante máximo fixado nos termos do n.º 1.»



Isto resulta, quer do teor literal do artigo 15.º - que expressamente impõe aos Estados-Membros a obrigação de assegurarem, no seu direito interno, que o montante máximo das coimas não seja «inferior a 10 % do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior» à decisão adotada de aplicação de coimas efetivas por infrações aos artigos 101.º ou 102.º TFUE levadas a cabo por empresas ou associações de empresas - quer da finalidade prosseguida por essa disposição - que, como acabámos de ver, visa precisamente assegurar uma harmonização de montantes máximos de coimas que não sejam demasiado baixos, de forma a garantir um grau de eficácia semelhante em todos os Estados-Membros.

Para assegurar o pleno efeito desse objetivo de harmonização normativa entre Estados-Membros, eliminando disparidades indesejáveis - com alguns Estados-Membros a distorcerem a concorrência ao imporem a empresas e/ou associações de empresas infratoras montantes máximos de coimas demasiado baixos - a opção do legislador europeu foi no sentido de estabelecer, no artigo 15.º da Diretiva, que o montante máximo de coima a aplicar por infração, não pode ser inferior a um certo limiar mínimo, quantificado de modo preciso, como correspondente a 10 % do volume de negócios global total da empresa, ou associação de empresas infratora, no exercício anterior à decisão de aplicação da coima.

Chegados a este ponto da análise temos de concluir que quando o número 4 do artigo 69.º (com epígrafe «[d]eterminação da medida da coima») da Proposta de Lei 99/XIV 2ª, estabelece que, no caso das contraordenações correspondentes às infrações jusconcorrenciais constantes do artigo 68.º da Proposta de Lei (onde se incluem as infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE), o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras [...], mais não se faz do que dar cumprimento, como se impõe, às obrigações que resultam para os Estados-Membros do disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2019/1.

Trata-se de uma norma que transpõe o disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva de modo muito próximo do teor literal deste preceito da Diretiva ¹⁶.

¹⁶ Note-se que o artigo 69.º, n.º 5, dispõe, transpondo o artigo 15.º, n.º 2 da Diretiva seguindo igualmente muito de perto o teor literal deste último preceito, que «[c]aso a infração de uma associação de empresas nos termos do número anterior esteja relacionada com as atividades das



Assinale-se que a margem de liberdade que o legislador da União concedeu aos Estados-Membros na transposição deste preceito - ao prever que as autoridades dos Estados Membros poderão manter ou prever montantes máximos de coima mais elevados (como se assinala expressamente o considerando 49) - não foi utilizada no atual artigo 15.º, n.º 1, da Proposta de Lei. Optou-se aqui, com efeito, por estabelecer que o limiar de 10% do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior, constituirá o limite máximo admissível para a coima a aplicar, ao determinar-se que «o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior.» Quer isto dizer, por outras palavras, que o Artigo 69.º, n.º 4, do Proposta de Lei respeita integralmente o resultado que o artigo 15.º, n.º 1 da Diretiva obriga as autoridades portuguesas a assegurar no quadro da transposição da Diretiva relativamente à imposição de montantes máximos de coimas, mas fá-lo exatamente pelo limiar mínimo de 10% fixado na Diretiva. Poderia ter-se optado, na Proposta de Lei, ao abrigo da margem de liberdade concedida pela Diretiva aos Estados-Membros na sua transposição, por impor o montante máximo de coima a um nível mais elevado que os referidos 10%.

O que o legislador português não dispõe, na transposição do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva, é de qualquer margem para, por exemplo, impor um montante máximo de coima a um nível inferior a 10 % (por hipótese 7%) do volume de negócios global total das empresas infratoras no exercício anterior à decisão de aplicação da coima. Tal como não dispõe de margem para, por exemplo, decidir que o montante máximo da coima seja fixado em 10% do volume de negócios total a nível nacional das empresas infratoras e não a nível global/mundial conforme estabelece inequivocamente a Diretiva.

Concluimos, então, que a estipulação, no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2019/1, de o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos

empresas associadas, o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10 % do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, do conjunto de pessoas que integrem as empresas associadas que exerçam atividades no mercado afetado pela infração, não podendo a responsabilidade financeira de cada empresa associada no que respeita ao pagamento da coima exceder o montante máximo fixado nos termos do número anterior.»



artigos 101.º e 102.º TFUE não ser inferior a 10 % do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão constitui um elemento obrigatório de transposição da Diretiva 2019/1.

1.5. Síntese conclusiva

Resulta do exposto que o previsto na Diretiva 2019/1, em particular nos seus artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º, bem como no artigo 15.º, lidos em conjunto com os considerandos 32, 35, 73 e 49 da mesma Diretiva, é de molde a limitar fortemente o leque de opções de que dispõe o legislador português relativamente à transposição desses preceitos para a ordem jurídica interna portuguesa.

Em particular, o legislador português, atendendo ao caráter obrigatório, claro e preciso como se encontram formulados os resultados a assegurar pelos Estados-Membros na transposição destes artigos da Diretiva que acabámos de referir, não poderá deixar de adotar disposições normativas que, à semelhança do que dispõem os artigos 18.º, n.º 1, al. b), 31.º, n.º 2 e 69.º, n.º 4, da Proposta de Lei 99/XIV 2ª, prevejam:

- a) Que a AdC tenha a possibilidade de apreender mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas, qualquer que seja o suporte em que se encontrem armazenadas e utilizar essas mensagens como meios de prova;
- b) Que o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos artigos 101.º e 102.º TFUE não será inferior a 10% do volume de negócios total global da empresa, ou da associação de empresas, no exercício anterior à decisão de aplicação da coima.



2. Questão B - Sendo elementos obrigatórios de transposição, que consequências decorrem para os Estados Membros à luz do direito da União Europeia, designadamente em caso de não transposição ou transposição incompleta das disposições referidas na questão anterior?

2.1. Preliminares

A questão B confronta-nos com a questão de saber quais as consequências que decorrem para um Estados-Membro, como Portugal, de uma não transposição, ou de uma transposição incorreta, de disposições da Diretiva 2019/1, como aquelas que acabámos de analisar, vertidas, em especial, nos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º, assim como no artigo 15.º da Diretiva, as quais, como concluímos na resposta à Questão A, apresentam, com especial clareza e precisão, os resultados a assegurar obrigatoriamente pelos Estados-Membros na sua transposição.

As consequências de uma não transposição, pura e simples, dessas disposições, ou de uma transposição que não assegure o pleno efeito dos resultados que, de modo tão claro e preciso, decorrem do conteúdo dessas disposições, configurando, como tal, uma transposição incorreta da Diretiva, podem apresentar-se sinteticamente da seguinte forma.

Primeiramente, configurando a não transposição, ou transposição incorreta de disposições de uma diretiva, uma violação das obrigações que impendem sobre o Estado-Membro, por força do artigo 288.º TFUE e da própria Diretiva, o Estado-Membro infrator ficará sujeito a um processo por incumprimento a desencadear pela Comissão, no termos do artigo 258.º TFUE. O Estado-Membro infrator condenado por acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante "TJUE" ou "Tribunal") no âmbito de tal processo por incumprimento ficará depois obrigado a adotar todas as medidas necessárias para assegurar a plena execução desse acórdão do TJUE.

Em segundo lugar, face a uma decisão do TJUE que declare o incumprimento e mantendo-se essa situação de incumprimento por o Estado-Membro infrator persistir em não adotar as medidas necessárias à execução daquela decisão do TJUE de modo a dar pleno efeito às disposições da Diretiva não transpostas, ou incorretamente

transpostas, a Comissão poderá intentar uma segunda ação por incumprimento contra o Estado-Membro infrator nos termos do artigo 260.º, n.º 2, TFUE.

Este segundo tipo de ação visará que o Tribunal declare que o Estado-Membro infrator não tomou as medidas necessárias para assegurar a execução da anterior decisão do TJUE e obter a condenação desse Estado-Membro no pagamento, à Comissão, de uma quantia fixa e/ou sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso na execução do primeiro acórdão que tenha declarado a situação de incumprimento na transposição da Diretiva.

2.2. Ação por incumprimento ao abrigo do artigo 258.º TFUE e suas consequências

Confrontando-se a Comissão com uma situação eventual em que as autoridades portuguesas não cumpram com as obrigações que lhe incumbem por força do Direito da União, em particular do artigo 288.º TFUE, no sentido de tomar as medidas necessárias para dar cumprimento aos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, formularia então, a Comissão, como determina o artigo 258.º TFUE, «um parecer fundamentado sobre o assunto», depois de ter dado às autoridades Portuguesas a oportunidade de apresentarem «as suas observações» relativamente à situação de incumprimento. Trata-se de uma fase pré-contenciosa. Não procedendo as autoridades portuguesas em conformidade com o parecer da Comissão que verifique a situação de incumprimento e determine a necessidade de Portugal pôr termo a esse incumprimento dentro de um prazo a fixar pela Comissão para o efeito, a Comissão poderá então dar início à fase contenciosa, intentando no Tribunal de Justiça da União Europeia uma ação por incumprimento contra a República Portuguesa.

Através dessa ação por incumprimento, a intentar ao abrigo do artigo 258.º TFUE, a Comissão tipicamente solicitará ao TJUE que declare que a República Portuguesa, ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento aos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta Diretiva.



A decisão a proferir pelo TJUE terá caráter declaratório da desconformidade da atuação do Estado-membro com o Direito da União, ao não transpor, ou ao transpor incorretamente, as disposições referidas da Diretiva 2019/1, verificada que seja, em termos objetivos, pelo TJUE, essa desconformidade/incumprimento. Tendo um sentido declaratório do incumprimento das obrigações que lhe são impostas pelo Direito da União, apreciado esse incumprimento em termos objetivos, não há justificações admissíveis a apresentar pelo Estado-membro que evitem a declaração de desconformidade/incumprimento ¹⁷.

Adiantamos desde já, que eventuais dúvidas quanto à compatibilidade com a Constituição da República Portuguesa de disposições como as que se encontram vertidas na Proposta de Lei n.º 99 XIV 2ª destinadas a transpor os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, não podem servir de justificação para as autoridades Portuguesas não transporem essas disposições da Diretiva, nem eximem o Estado Português de incorrer em incumprimento do Direito da União por não transposição ou transposição incorreta dessas disposições. Um processo por incumprimento desencadeado ao abrigo do artigo 258.º TFUE tem um caráter declaratório objetivo. Não é sequer admissível como possível justificação para o incumprimento de um Estado-Membro, consubstanciado numa não transposição ou transposição incorreta de uma Diretiva, que esse Estado invoque, por via de exceção, a invalidade da Diretiva em sede de processo de incumprimento a decorrer no TJUE ¹⁸.

¹⁷ Veja-se SACHA PRECHAL, *ob. cit.*, p. 26, com jurisprudência e doutrina citadas pela Autora («It is generally accepted that this procedure aims at an objective finding of a failure to fulfil the obligations under the Treaty [...] The judgment of the Court is declaratory; it formally establishes the violation which, with all its legal consequences, existed as from the date it was committed. [...] From this point of view it is understandable that the Court accepts no excuses for belated (or incorrect) implementation.»)

¹⁸ Acórdão de 30 de junho de 1988 no Processo C-226/87, *Comissão/Grécia*, ECLI:EU:C:1988:354, Para. 14, afirmando que «o sistema contencioso estabelecido pelo Tratado distingue as ações dos artigos [258.º TFUE] e [260.º TFUE], que visam obter a declaração de que um Estado-membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem, e os recursos dos artigos [263.º e 265.º TFUE] que visam controlar a legalidade dos atos ou omissões das instituições comunitárias. Estes processos prosseguem objetivos distintos e estão submetidos a regras diferentes. Um Estado-membro não pode pois, com sucesso, na ausência de uma disposição que a tal expressamente o autorize, invocar a ilegalidade de uma decisão de que é destinatário, como meio de defesa contra uma ação por incumprimento que se fundamenta no incumprimento dessa decisão.» Acrescenta o TJUE neste seu acórdão *Comissão/Grécia*, Para. 16 (com jurisprudência aí citada) que uma tal exceção de ilegalidade só seria admissível se «o ato em causa estivesse afetado por vícios particularmente graves e evidentes que fizessem com que fosse qualificado como ato inexistente [...]».

A declaração pelo TJUE do incumprimento, pela República Portuguesa, das obrigações decorrentes da Diretiva 2019/1 terá, em todo o caso, outras consequências relevantes. Desde logo, conforme dispõe o artigo 260.º, n.º 1, TFUE, «[s]e o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.»

Inferre-se deste preceito do TFUE que um Estado-Membro - compreendendo todos os seus órgãos, desde logo, aqueles órgãos que exerçam a função legislativa - está obrigado a respeitar aquele acórdão declaratório do incumprimento e a tirar dele todas as consequências possíveis para obviar a persistência do incumprimento. Compreensivelmente, a persistência no incumprimento por parte de um Estado-Membro haverá de considerar-se uma violação especialmente qualificada do Direito da União Europeia. Isto mesmo afirmou o Tribunal no acórdão *Comissão / Itália*, no processo C-101/91, entendendo que ¹⁹ «*tal comportamento constitui violação caracterizada e inadmissível da obrigação que incumbe aos Estados-membros, nos termos do artigo 5.º, segundo parágrafo, do Tratado, [atual artigo 4.º, n.º 3, TFUE] de se absterem de tomar quaisquer medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos objetivos do Tratado, e afeta por esse mesmo motivo as bases essenciais da ordem jurídica comunitária.*»

O Tribunal assinala ainda, a este respeito, no mesmo acórdão *Comissão / Itália* que a «declaração de que um Estado-membro não cumpriu as suas obrigações comunitárias implica para as autoridades desse Estado-membro, tanto judiciais como administrativas, por um lado, a total proibição de aplicar o regime de isenção fiscal incompatível e, por outro, a obrigação de adotar todas as disposições que facilitem a realização do pleno efeito do direito comunitário» ²⁰.

Certo é que, no caso vertente, em virtude de as disposições dos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º da Diretiva estabelecerem competências para a AdC aceder e apreender registos de empresas contidos, designadamente, em mensagens eletrónicas de empresas, a AdC não estará em condições de invocar estas disposições da Diretiva perante

¹⁹ Acórdão de 19 de janeiro de 1993, Processo C-101/91, *Comissão / Itália*, ECLI:EU:C:1993:16, Para. 23.

²⁰ Acórdão *Comissão / Itália*, cit., Para. 24.

particulares (empresas), que não são destinatários da Diretiva e por ela não estão vinculados, sem que sejam adotadas as necessárias medidas de transposição dessas disposições, pelo legislador português, para o nosso Direito interno.

O artigo 15.º da Diretiva apresenta um caráter diferente. Com efeito, ao estabelecer também um limite máximo para coimas a aplicar, que pode, ao menos hipoteticamente, em certas circunstâncias, configurar uma proteção para as empresas, não podemos excluir totalmente que uma empresa ou associação de empresas pudesse pretender invocar essa disposição - que estabelece um certo limite máximo de coima aplicável - perante a AdC, face a uma situação de não transposição, ou de transposição incorreta desse preceito, invocando, para o efeito, esse particular (empresa) a doutrina do efeito direito vertical ascendente das diretivas, conforme esta se encontra firmemente consagrada pelo TJUE ²¹.

Acresce que, podendo haver inspeções e processos desencadeados pela AdC que partam de denúncias feitas por particulares afetados por práticas anti concorrenciais de empresas ou de associações de empresas, se a eficácia da intervenção da AdC for, em alguns desses processos, efetivamente impedida pela não transposição de normas da Diretiva 2019/1 como, por exemplo, aquelas que conferem à AdC o direito de aceder e usar como meios de prova registos contidos em correio eletrónico ou em mensagens eletrónicas das empresas ou associações de empresas investigadas, não é de excluir que os particulares em causa afetados (em particular, os concorrentes) possam intentar uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado português por violação do Direito da União Europeia consubstanciada na não transposição da Diretiva 2019/1, conforme estabelecido pelo Direito da União Europeia ²², exercendo tal direito no nosso ordenamento através da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas.

²¹ Ver acórdãos do TJUE no processo 41/4, *Van Duyn / Home Office*, ECLI:EU:C:1974:133, no processo 148/78, *Ministerio Publico / Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110, e no processo C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292, entre outros.

²² Ver os acórdãos do TJUE nos processos C-6/90 e 9/90, *Francovich e.a.*, ECLI:EU:C:1991:428, e nos processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79.



A heterogeneidade acabada de assinalar das disposições da Diretiva 2019/1 relevantes para a análise do caso vertente - com algumas destas disposições a apresentarem-se desfavoráveis a particulares e com outras disposições a poderem, ao menos hipoteticamente, apresentar-se como protetoras de particulares face às autoridades nacionais da concorrência e com outras, ainda, a poderem, eventualmente, suscitar responsabilidade civil extracontratual do Estado Português perante particulares afetados em caso de não transposição das mesmas - torna ainda mais premente a necessidade de essas disposições, inequivocamente obrigatórias para os Estados-Membros e com caráter claro, preciso e incondicional, serem corretamente transpostas para o Direito interno português.

Com efeito, a não transposição, ou transposição incorreta, pelo legislador Português, dessas disposições da Diretiva 2019/1 aqui consideradas, além de configurar uma clara violação das obrigações que decorrem do Direito da União, para o Estado Português, de adotar as medidas necessárias para assegurar o resultado por elas visado - com as consequências que referimos em sede de processo por incumprimento a desencadear contra a República Portuguesa - será também, por outro lado, geradora de acrescida insegurança e incerteza para empresas/particulares (e mesmo autoridades públicas), quanto a um possível efeito direto que essas disposições eventualmente possam ter e quanto a eventual situação de responsabilidade civil extracontratual do Estado Português que a sua não transposição para o Direito interno português possa gerar.

2.3. Ação por incumprimento ao abrigo do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, e suas consequências

Como já referimos acima, resulta do artigo 260.º, n.º 1, TFUE, que após ser proferido um acórdão do TJUE que declare o incumprimento, pelo Estado Português, das obrigações que lhe incumbem pelo artigo 288.º TFUE e pela própria Diretiva 2019/1, de transpor atempada e corretamente os seus artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º, o Estado Português «deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do



Tribunal», que declare esse incumprimento, pondo conseqüentemente termo a essa situação, transpondo corretamente as referidas disposições.

Caso as autoridades portuguesas persistam na violação do Direito da União Europeia, não transpondo corretamente as disposições referidas da Diretiva 2019/1, então a Comissão intentará, previsivelmente, no TJUE, uma segunda ação por incumprimento, desencadeando um processo de incumprimento «em segundo grau»²³, ao abrigo do artigo 260.º, n.º 2. Neste preceito determina-se, com efeito, que «[s]e a Comissão considerar que o Estado-Membro [...] não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal [...] A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.»

Tipicamente, e em substância, a Comissão solicitará ao Tribunal que declare, por um lado, que a República Portuguesa ao não ter tomado as medidas necessárias para a execução do seu anterior acórdão, não cumpriu com as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE e, por outro lado, que condene a República Portuguesa no pagamento à Comissão, por depósito na conta «recursos próprios da Comunidade Europeia», de quantia fixa, ou de uma sanção pecuniária compulsória de um certo montante em euros por cada dia de atraso na execução do acórdão no processo por incumprimento ‘em primeiro grau’, a contar do dia em que o Tribunal de Justiça tiver proferido o seu acórdão no processo ‘em segundo grau’ até ao dia em que o acórdão no processo ‘em primeiro grau’ tiver sido executado.

A imposição, pelo TJUE, do pagamento de uma sanção pecuniária compulsória pelo Estado-Membros que persistam na não transposição de Diretivas – sendo tipicamente uma sanção pecuniária de montante significativo – tem constituído, na experiência do

²³ Na expressão de MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao contencioso da União Europeia – Lições*, Almedina, 2015 (reimpressão), p. 147.

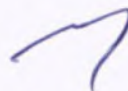
TJUE neste domínio, um mecanismo eficaz para assegurar que a correta transposição de Diretivas tenha por fim lugar ²⁴.

2.4. Síntese conclusiva

Em conclusão, entendemos que constituindo os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º, bem como o artigo 15.º da Diretiva 2019/1, com o seu caráter claro preciso e incondicional, elementos obrigatórios de transposição, as consequências que, à luz do direito da União Europeia, decorrem para um Estados-Membro, como Portugal, em caso de uma eventual não transposição ou transposição incorreta dessas disposições serão, previsivelmente, as seguintes:

- a) Sujeição a uma ação por incumprimento intentada pela Comissão, ao abrigo do artigo 258.º, TFUE, culminando com a declaração, por acórdão do TJUE, que a República Portuguesa, ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento aos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta Diretiva.
- b) Sujeição da República Portuguesa, de acordo com o artigo 260.º, n.º 1, TFUE, à obrigação de tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do TJUE referido na alínea anterior que declare o incumprimento, de modo a pôr termo à situação de incumprimento, transpondo corretamente para o direito interno português as referidas disposições.

²⁴ Vejam-se os primeiros acórdãos proferidos pelo Tribunal com base no Artigo 260.º TFUE: acórdão de 25 de novembro de 2003, no Processo C-278/01, *Comissão /Espanha*, ECLI:EU:C:2003:635, acórdão de 12 de julho de 2005, no processo C-304/02, *Comissão /França*, ECLI:EU:C:2005:444, acórdão de 14 de março de 2006 no processo C-177/04, *Comissão /França*, ECLI:EU:C:2006:173, e acórdão de 18 de julho de 2006, no processo C-119/04, *Comissão /Itália*, ECLI:EU:C:2006:489. Pode ser mais dissuasora para um Estado-Membro incumpridor a perspectiva de sofrer logo uma penalização financeira numa quantia fixa, face ao incumprimento do primeiro acórdão proferido no processo por incumprimento em primeiro grau. O TJUE também admite, e já o fez, impor os dois tipos de sanção em simultâneo.



- c) Sujeição da República Portuguesa, em caso de persistência na não transposição correta das disposições referidas da Diretiva 2019/1, a nova ação por incumprimento a intentar pela Comissão ao abrigo do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, em processo de incumprimento 'de segundo grau', tendo em vista obter a declaração, por acórdão do TJUE, que a República Portuguesa ao não ter tomado as medidas necessárias para a execução do seu anterior acórdão, não cumpriu com as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE e, por outro lado, a obter a condenação da República Portuguesa no pagamento à Comissão, de quantia fixa, ou de uma sanção pecuniária compulsória de um certo montante em euros por cada dia de atraso na execução do acórdão no processo por incumprimento 'em primeiro grau', a contar do dia em que o Tribunal de Justiça tiver proferido o seu acórdão no processo 'em segundo grau' até ao dia em que o acórdão no processo 'em primeiro grau' tiver sido executado.
- d) Possível sujeição da AdC à invocação de disposições da Diretiva 2019/1 contra si, não transpostas ou incorretamente transpostas e que tenham em vista proteger particulares/empresas, por parte desses particulares/empresas invocando esses particulares/empresas, para o efeito, a doutrina do efeito direito vertical ascendente das diretivas consagrada pelo TJEU na sua jurisprudência.
- e) Possível sujeição do Estado Português a ações de responsabilidade civil extracontratual contra si movidas por particulares/empresas afetados por práticas anti concorrenciais de empresas concorrentes quando: - relativamente a estas empresas a AdC não possa exercer competências previstas em disposições da Diretiva 2019/1 que, em violação do Direito da União Europeia não tenham sido transpostas; - se verifiquem as condições necessárias para haver responsabilidade civil do Estado, conforme estabelecido pelo Direito da União, podendo os particulares afetados exercer esse direito de intentar ação de responsabilidade civil contra o Estado Português através da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas.



3. Questão C - Havendo dúvidas sobre a constitucionalidade de normas que decorrem da transposição de uma Diretiva, que possibilidades existem no ordenamento jurídico nacional ou da União para fazer face às mesmas?

Questão D - Uma vez que o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia estão vinculados à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, a qual prevê o respeito pela vida privada e familiar (Art. 7.º) e o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas (Art. 49.º), e atendendo ao facto de a questão da violação de direitos fundamentais não ter sido suscitada ao longo do processo legislativo ou junto do TJUE, é provável que os artigos da Diretiva e respetivos considerando violem as tradições jurídicas e constitucionais comuns dos Estados-membros, os princípios gerais do direito da União ou a Carta dos Direitos Fundamentais da UE que se baseiam naquelas tradições.

Questão E - As circunstâncias referidas nos números anteriores são pertinentes no que respeita à interpretação do n.º 4 do artigo 8.º da CRP? Em que medida?

3.1. Preliminares

As questões C, D e E reconduzem-se, em substância, no seu conjunto, ao problema da articulação e posicionamento do Direito da União Europeia face à Constituição da República Portuguesa, num contexto em que se questiona a compatibilidade dos preceitos da Diretiva 2019/1 que temos vindo a considerar e das normas que transponham esses preceitos para o Direito interno português, com preceitos relativos a direitos fundamentais da Constituição da República Portuguesa, bem como ao problema de saber em que plano (se da União Europeia, se Nacional), haverá de ser apreciada essa compatibilidade de preceitos da Diretiva 2019/1 com os direitos fundamentais. Entendemos que será mais apropriado responder a estas três questões C, D e E, numa abordagem conjunta.

3.2. O princípio do primado do Direito da União Europeia

Tendo nós concluído que o legislador português está obrigado a transpor para o Direito interno português as normas acima consideradas, previstas na Diretiva 2019/1, que de modo claro e preciso impõem, por um lado, a possibilidade de a AdC apreender



mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas e utilizá-las como meios de prova e, por outro lado, estabelecem um limiar mínimo para o montante máximo de coima por referência a uma determinada percentagem (10%) do volume de negócios global das empresas participantes em infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE, confrontamo-nos, em primeiro lugar, com o problema de saber como atuar face a uma situação em que se venha a considerar que as normas de transposição a adotar pelo legislador nacional poderão implicar uma violação de preceitos da Constituição da República Portuguesa.

A resposta a esta questão exige-nos uma compreensão prévia da relevância interna do Direito da União Europeia, por via do primado, da supremacia, ou da sua preferência aplicativa, como queiramos chamar-lhe.

Com efeito, se o legislador português está obrigado, por força do Direito da União e, em particular, da Diretiva 2019/1, a adotar normas que, como vimos, permitem, por exemplo, à AdC, apreender mensagens de correio eletrónico de empresas e usá-las como meios de prova, cuja compatibilidade com a Constituição da República Portuguesa se afigura eventualmente duvidosa, *é lógico que nos interroguemos previamente acerca do posicionamento que as referidas disposições de Direito da União, vertidas na Diretiva 2019/1 e que obrigatoriamente têm de ser transpostas, ocupam perante a ordem jurídica portuguesa, em particular, face a preceitos da Constituição da República Portuguesa com os quais eventualmente aquelas normas da Diretiva 2019/1 pareçam suscitar questões de incompatibilidade.*

Importa reconhecer, desde já, que a relevância interna nos Estados-Membros de disposições de Direito da União Europeia, por via do princípio do primado, não é ainda uma questão totalmente incontrovertida.

É certo que, na ótica do Direito da União Europeia, este Direito prima, em termos absolutos, sobre os Direitos nacionais dos Estados-Membros. É certo também que tal primado é, em termos generalizados, reconhecido na prática, na relação entre ordenamentos jurídicos europeu e nacionais. Este reconhecimento é, no entanto, merecedor de reservas por parte de várias jurisdições constitucionais nacionais e de alguma doutrina no que concerne a relação entre o Direito da União Europeia e as constituições nacionais.



Da jurisprudência do TJUE resulta que todos os preceitos de Direito da União Europeia, sejam eles preceitos de Direito originário da UE, como os preceitos dos Tratados, ou preceitos de Direito derivado da UE, como os preceitos contidos em diretivas (como a Diretiva 2019/1) gozam, no âmbito de aplicação do Direito da União Europeia, de primazia sobre o Direito interno dos Estados-Membros, qualquer que seja o *status* e a natureza das normas nacionais, mesmo que se trate de normas constitucionais ²⁵, e que essas normas nacionais sejam anteriores, ou posteriores, à entrada em vigor dos preceitos de Direito da UE que com elas se afigurem incompatíveis ²⁶.

Recordando a sua jurisprudência constante respeitante ao primado do Direito da União, o Tribunal de Justiça veio reafirmar, por exemplo, no acórdão *Krzysztof Filipiak* ²⁷, que em virtude do princípio do primado, o conflito entre normas nacionais e disposições de Direito da União, «é resolvido, por um órgão jurisdicional nacional, pela aplicação do direito comunitário, não aplicando, se necessário, a disposição nacional contrária, e não pela declaração da nulidade da disposição nacional, cabendo a cada Estado-Membro a determinação das competências dos seus tribunais e demais órgãos públicos nesta matéria» ²⁸.

²⁵ Veja-se o acórdão de 17 de dezembro de 1970, no Processo 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, Para. 3.

²⁶ Veja-se o acórdão de 9 de março de 1978, no Processo 106/77, *Administração das Finanças do Estado / Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49. No Parágrafo 24 deste acórdão afirma-se que «[o] juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, por aplicar disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional.» Nas palavras de LUÍSA DUARTE, «O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de uma reflexão crítica», in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, 1995, Lex - Edições Jurídicas, Lisboa, pp. 667-715, p. 674 «se o juiz nacional é obrigado a não aplicar a norma nacional contrária ao Direito Comunitário, ainda que a Constituição preveja como condição necessária da sua inaplicabilidade a prévia declaração de inconstitucionalidade, então o primado encerra uma exigência de proeminência absoluta da norma comunitária que não se compadece com o estalão constitucional da norma nacional que com ela é incompatível.»

²⁷ Acórdão do TJUE de 19 de novembro de 2009, no Processo C-314/08, *Krzysztof Filipiak*, ECLI:EU:C:2009:719, Para. 82.

²⁸ Como afirmam J.J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, «Anotação ao artigo 8.º», in *Constituição da República Portuguesa Anotada - Vol. I, Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª Edição Revista, 2007, Coimbra Editora, p. 266, «o primado do direito da União Europeia sobre o direito interno dos Estados-membros continua a ser entendido [...] como uma regra de colisão reconduzível à aplicação preferente do direito europeu (*pre-emption*, *Vorrangsanwendung*) e não como uma estrita regra de supremacia normativa eventualmente conducente à invalidade do direito interno. Esta ideia de aplicação preferente está, de resto, em sintonia com a máxima da prevalência do direito federal perante o direito dos estados integradores da federação [...]. A tradicional prevalência do direito



Mais a mais, ainda segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, um Estado-membro não pode invocar «dificuldades internas ou normas da sua ordem jurídica nacional, mesmo constitucionais,» para justificar o não respeito pelas obrigações resultantes do Direito da União, em particular no que respeita à transposição de disposições de Diretivas ²⁹.

De facto, o Tribunal de Justiça foi claro no seu acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, ao afirmar que o primado do Direito da União Europeia (então, Direito Comunitário) se impõe a todas as normas do ordenamento jurídico nacional, qualquer que seja a sua posição hierárquica nesse ordenamento, incluindo normas de valor constitucional. Vale a pena citar este acórdão do TJUE quando, de forma lapidar, nele se estabelece que «ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostos em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam [...]; portanto a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afetar a validade de um ato da comunidade ou seu efeito no território desse Estado» ³⁰.

A esta luz, eventuais dúvidas quanto à compatibilidade com a CRP das disposições da Diretiva 2019/1 que considerámos - com o carácter tão claro e preciso que possuem, como já referimos - não permitem às autoridades jurisdicionais portuguesas considerar essas disposições da Diretiva 2019/1 inválidas por serem alegadamente contrárias à nossa Constituição.

O quadro de referência normativo constitucional à luz do qual se haverá de apreciar a compatibilidade das disposições da Diretiva 2019/1 que suscitem dúvidas quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais, não poderá deixar de ser o quadro de referência normativo constitucional do Direito da União Europeia que caberá ao

federal em relação ao «direito dos Estados» distingue-se da ideia de superioridade normativa da Constituição relativamente ao direito infraconstitucional. A norma de colisão do primado [...] é fundamentalmente uma norma de salvaguarda de competência e não uma «ordem de valores» superior às constituições dos Estados-membros. Por maioria de razão se deve transferir o princípio da aplicação preferente para uma estrutura política que não é um Estado Federal mas uma comunidade de Estados independentes.»

²⁹ Acórdão de 6 de maio de 1980, *Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Bélgica*, 102/79 (*Recueil de Jurisprudence*, p. 1473 ss), n.º 15, «un État membre ne saurait exciper de difficultés internes ou de dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires».

³⁰ Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, cit, Para. 3.

Tribunal de Justiça interpretar e aplicar em sede de controlo da validade dessas disposições alegadamente controvertidas da Diretiva 2019/1.

Deste modo, sendo certo que o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia estão vinculados à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, e que esta prevê o respeito pela vida privada e familiar (Art. 7.º) e o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas (Art. 49.º), e atendendo ao facto de a questão da violação de direitos fundamentais não ter sido suscitada ao longo do processo legislativo tendente à adoção da Diretiva 2019/1 ou, até agora, junto do TJUE, adiantamos desde já que *competirá necessariamente ao TJUE* aferir se artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º, bem como o artigo 15.º da Diretiva 2019/1 e respetivos considerando serão de considerar inválidos por violarem a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou os direitos fundamentais que, enquanto princípios gerais, fazem igualmente parte do Direito da União, tal como resultam das tradições jurídicas e constitucionais comuns dos Estados-Membros.

Importa reter, a este respeito, que, em sintonia, com a jurisprudência do TJUE que acabámos de referir relativa ao primado, o TJUE considera que a apreciação de uma eventual invalidade de disposições de atos normativos de Direito derivado da União, como a Diretiva 2019/1, por, designadamente, violarem os direitos fundamentais da União Europeia, é da esfera exclusiva de competência do TJUE³¹. Essa apreciação deverá, concomitantemente, ter lugar à luz do quadro de referência ao normativo constitucional da União Europeia, designadamente de direitos fundamentais, conforme consagrados na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, ou os que sejam igualmente reconhecidos, conforme afirma o artigo 6.º, TUE, no n.º 3, como fazendo parte do Direito da União *«enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.»*

É certo que esta conceção absoluta do princípio do primado afirmada pelo Tribunal de Justiça, ao estabelecer a prevalência do Direito da União, mesmo sobre preceitos constitucionais nacionais, tem suscitado, como já referimos, reservas a vários Tribunais

³¹ Acórdão de 22 de outubro de 1987 no processo 314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452.

Constitucionais dos Estados-Membros ³². Essas reservas não têm colocado em causa, no entanto, o respeito generalizado que as jurisdições nacionais, mesmo as constitucionais, guardam, do ponto de vista prático, relativamente ao princípio do primado, mesmo quando o Tribunal de Justiça interpreta disposições de Direito derivado da União, incluindo disposições contidas em Diretivas, como sendo incompatíveis com disposições previstas nas constituições dos Estados-Membros ³³.

Se, por um lado, essas reservas não podem, nem devem, deixar de ser recordadas neste contexto, por outro lado, é importante notar que são quase inexistentes os casos em que um tribunal constitucional ou supremo tenha, de facto, apartado a aplicação de normas europeias devido à sua contrariedade com normas constitucionais nacionais. Na prática, um eventual conflito irreconciliável entre normas constitucionais e normas europeias, que conduzisse – do ponto de vista do Direito nacional e apenas deste – ao não reconhecimento do primado de uma norma europeia no ordenamento nacional nunca se tinha, de facto, concretizado até muito recentemente.

O exemplo mais famoso – e que alguns temem mesmo possa conduzir a mais conflitos desta natureza – diz respeito ao acórdão do Tribunal Constitucional alemão

³² Veja-se PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, «Princípio do Primado do Direito da União», in *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*, Sofia O. Pais (coord.), 3.ª Ed., 2013, pp. 54 e ss e BRUNO DE WITTE, «Direct Effect, Primacy, and the Legal Nature of the Legal Order» in *The Evolution of EU Law*, 2.ª Ed. (Org. Paul Craig/ Gráinne de Búrca), Oxford University Press, 2011, pp. 323-362, p. 352 ss, com sínteses e análises da jurisprudência constitucional de vários Estados-Membros que, desde as decisões dos tribunais constitucionais alemão e italiano, nas décadas de 70 e 80, em matéria de direitos fundamentais, até jurisprudência mais recente de outros Tribunais constitucionais nacionais, têm dado corpo às reservas desses Tribunais relativamente ao primado absoluto do Direito da UE face a princípios fundamentais das constituições nacionais.

³³ Foi o que sucedeu, por exemplo, no acórdão de 16 de Dezembro de 2008, *Michaniki*, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731, no qual o Tribunal de Justiça considerou incompatível com um instrumento de Direito derivado da União – mais concretamente a Diretiva 93/37/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas – um preceito da *Constituição Grega*, concretamente o seu artigo 14.º, n.º 9. Segundo ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2014, reimpressão, Almedina, p. 504, «a coabitação do Tribunal de Justiça com os Tribunais nacionais, no que ao princípio do primado respeita, tem sido bastante mais pacífica do que, à primeira vista, poderia resultar [de alguma jurisprudência de tribunais constitucionais nacionais e doutrina]». Também BRUNO DE WITTE, *ob. cit.*, p. 350, assinala que a questão do primado do Direito da UE sobre o Direito constitucional nacional merece atenção especial, essencialmente pela sua «importância teórica» e pela «considerable attention given to it in the legal literature».

sobre o programa de compras do BCE ³⁴. Nesse acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de Maio de 2020, o *Bundesverfassungsgericht* veio pôr em causa a legalidade do programa de aquisição de obrigações de dívida soberana (PSPP) do Banco Central Europeu, dispondo que tal programa extravasa os limites das competências em matéria de política monetária conferidas ao BCE pelos Tratados e exigindo que este justifique tais medidas à luz do princípio da proporcionalidade dando para o efeito, ao BCE um prazo de 3 meses para apresentar uma fundamentação mais aprofundada quanto à proporcionalidade do programa e das decisões que o implementam.

Este acórdão foi, no entanto, severamente criticado ainda que – e é um ponto com interesse a assinalar – possa alegar-se que não conduziu, de facto, a um incumprimento do Direito da União Europeia por parte da República Federal Alemã. Na prática, o acórdão concedia um prazo durante o qual as autoridades alemãs poderiam obter mais informações que sustentassem a proporcionalidade da política do BCE. Tendo o Banco Central Alemão considerado que a informação complementar obtida do BCE justificava tal proporcionalidade, foi possível ao Banco Central Alemão continuar a cumprir com as orientações do BCE e argumentar que tinha, ao mesmo tempo, cumprido com o acórdão do Tribunal Constitucional alemão. Ainda assim, a Comissão deu início a um recurso por incumprimento contra o Estado alemão devido à decisão do seu Tribunal Constitucional.

O exemplo mais manifesto (quase único) de desafio ao princípio do primado por um tribunal constitucional talvez se encontre no recente acórdão do Tribunal de Constitucional polaco ³⁵, contrário a um Despacho do Tribunal de Justiça que visa

³⁴ Veja-se, a este respeito, M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>

³⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional Polaco de 14 de julho de 2021 (Ref. No. P 7/20) com o dispositivo em inglês acessível em <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11589-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-ksztaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa> no qual o *Trybunału Konstytucyjnego* concluiu que «[a]rticle 4(3), second sentence, of the Treaty on European Union (...) in conjunction with Article 279 of the Treaty on the Functioning of the European Union (...) – insofar as the Court of Justice of the European Union *ultra vires* imposes obligations on the Republic of Poland as an EU Member State, by prescribing interim measures pertaining to the organisational structure and functioning of Polish courts and to the mode of proceedings before those courts – is inconsistent with Article 2, Article 7, Article 8(1) and Article 90(1) in conjunction with Article 4(1) of the Constitution of the Republic of Poland, and within this scope it is not covered by the principles of precedence and direct application set in Article 91(1)-(3) of the Constitution [itálico acrescentado].»



“ironicamente” proteger, através de medidas provisórias, a independência judiciária nesse Estado Membro ³⁶. O acórdão do Tribunal Constitucional Polaco já conduziu a Comissão Europeia a iniciar o procedimento que pode conduzir a uma ação por incumprimento ‘em segundo grau’ contra a Polónia ³⁷.

Até agora, apenas os governos da Hungria e da Polónia invocaram a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no sentido de afirmar a supremacia da sua constituição face ao direito da União Europeia. No entanto, mesmo estes governos, ou os seus parlamentos, nunca assumiram eles próprios a autoridade de interpretar a sua constituição para recusar transpor uma diretiva europeia. As suas ameaças assentam sempre no recurso aos tribunais nacionais para que sejam estes (em particular os tribunais constitucionais) a afastar a aplicação do Direito da união europeia à luz da sua alegada contrariedade ao Direito constitucional nacional.

3.3. O acolhimento do princípio do primado em Portugal

Importa assinalar que a posição do Tribunal de Justiça quanto ao primado não somente encontra acolhimento, no essencial, na larga maioria da doutrina portuguesa, como tem um reconhecimento expreso, ainda que parcial, no artigo 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, conforme teremos oportunidade de considerar mais detidamente abaixo.

No que respeita à aceitação, de princípio, da posição do TJUE, na doutrina portuguesa, ANA MARIA GUERRA MARTINS ³⁸, procedendo à análise do primado do direito da União Europeia numa ótica do direito português, *maxime* na ótica do Direito Constitucional português, afirma que enquanto defensora «[d]o carácter constitucional do TUE», a «prevalência [dos Tratados sobre a Constituição] terá sempre de se ir buscar

³⁶ Despacho do TJUE de 8 de abril de 2020, no processo C-791/19 R, *Comissão / Polónia (Regime Disciplinar dos Juízes)*, ECLI:EU:C:2020:277, tendo por objeto um pedido de medidas provisórias nos termos do artigo 279.º TFUE e do artigo 160.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

³⁷ A 7 de setembro de 2021, no seguimento do acórdão do TJUE do TJUE no processo C-791/19, *Comissão / Polónia (Regime Disciplinar dos Juízes)* proferido a 15 de julho de 2021, ECLI:EU:C:2021:596. Ver <https://www.euronews.com/2021/09/07/eu-wants-daily-fines-for-poland-over-its-controversial-judiciary-reforms>

³⁸ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, 2004, p. 440.



à ordem jurídica da União, na medida em que o Estado português quando ratificou o Tratado de adesão, se comprometeu a cumprir o primado do direito comunitário, tal como ele tinha sido afirmado pelo Tribunal de Justiça, dado que aceitou todo o acervo comunitário, incluindo a jurisprudência (v. arts. 2.º a 4.º do tratado de adesão de Portugal e Espanha às comunidades europeias)»³⁹. Em suma, segundo ANA MARIA GUERRA MARTINS, «o Direito Originário e o Direito Derivado da União Europeia prevalecem sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais, as quais não serão aplicáveis»⁴⁰. Também para FAUSTO DE QUADROS⁴¹ «o primado não existe se não for supraconstitucional», aparecendo o caráter absoluto do primado relativizado apenas pela «própria estrutura da Ordem Jurídica Comunitária» e pela necessidade, reconhecida pela própria ordem jurídica europeia, «de se salvaguardar direitos fundamentais dos cidadãos»⁴².

É certo que há, como já referimos, posições diferentes, quer na doutrina, quer na jurisprudência de alguns Tribunais Constitucionais, que refletem reservas ao princípio do primado conforme formulado pelo Tribunal de Justiça, ainda que mais em termos teóricos que práticos.

Essas reservas mantêm-se, não obstante a Declaração n.º 17 sobre o princípio do primado, anexa à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa, dispor que «em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os Tratados e o Direito adotado pela União, com base nos Tratados, primam sobre o Direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência». Pese embora o discutível alcance jurídico desta Declaração que não produz os mesmos efeitos que os Tratados, alguma doutrina considera que, com esta Declaração, é a primeira vez que o princípio do primado, conforme enunciado na

³⁹ Ainda segundo ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, cit., p. 434, «[n]os domínios que foram atribuídos à União, o Estado não deve poder invocar as suas normas constitucionais para se furtar ao cumprimento das normas da União válidas. [...] O Tribunal afirmou que o primado se impõe em relação a toda a norma nacional, mesmo que seja constitucional e que o Estado não pode alegar dificuldades internas, mesmo de ordem constitucional, para não cumprir com o direito comunitário.»

⁴⁰ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2014, reimpressão, Almedina, p. 515.

⁴¹ FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia - Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 4.ª Reimpressão, 2012, Almedina, p. 403.

⁴² *Idem*, p. 404.



jurisprudência do Tribunal de Justiça, foi objeto de uma ratificação por todos os Estados-Membros ⁴³.

Sempre poderá dizer-se, no entanto, que para Estados como Portugal, que aderiram às então Comunidades Europeias apenas depois de serem proferidos os acórdãos do Tribunal que estabeleceram o princípio do primado do Direito da União, esta Declaração n.º 17, anexa ao Tratado de Lisboa, não terá particular relevância, atendendo a que esses Estados tinham já ratificado esse princípio quando, nos respetivos Tratados de adesão, se comprometeram a respeitar o *acquis communautaire* do qual, naturalmente, fazia parte integrante a jurisprudência clássica do Tribunal de Justiça que consagrou o princípio do primado ⁴⁴.

No caso de Portugal, tendo em conta a presente redação do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, a que já aludimos, dir-se-á que a Declaração 17.º anexa ao Tratado de Lisboa está em consonância com o n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, já referido, nada acrescentado verdadeiramente ao que já resultava deste preceito da Constituição.

Com efeito, após a sexta revisão constitucional de 2004, o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição estabelece que «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático» ⁴⁵. Como refere ANA MARIA

⁴³ Neste sentido, DAMIAN CHALMERS/GARETH DAVIES/GIORGIO MONTI, *European Union Law*, 2.ª Edition, 2010, Cambridge University Press, p. 188, para quem é legítimo interpretar-se a Declaração 17, no sentido de ser «the first time that the *Costa* case law has been explicitly endorsed and ratified by all Member States. Such ratification perhaps not only gives the interpretation greater legitimacy, but indicates that the primacy of EU law can no longer be relegated to merely being the view of the Court of Justice. Instead primacy now represents the political consensus as to the status of EU Law. Account will have to be taken of this political vindication by all courts within the Union when they apply the principle in future. If a national constitutional court were to deny the primacy of EU law, it would correspondingly be placing itself in an institutionally isolated position.»

⁴⁴ BRUNO DE WITTE, *ob. cit.*, p. 349, traça claramente a diferença entre os seis Estados-Membros fundadores das Comunidades – para os quais o acórdão *Flaminio Costa / ENEL* «pode ter constituído uma surpresa» – e os 21 Estados-Membros que aderiram às Comunidades (agora UE) após o acórdão *Flaminio Costa / ENEL*. Para estes, «unlike for the original six, primacy did not require ex post constitutional creativity but was a matter of voluntary acceptance as part of the *acquis communautaire*.»

⁴⁵ Itálico acrescentado. Sobre o artigo 8.º, n.º 4 da Constituição, considerando que dá uma «indicação segura do fim [por ele] visado [...]: a consagração do primado do Direito da UE sobre (quase todo) o Direito Constitucional» português, veja-se a síntese de FILIPA URBANO CALVÃO/

GUERRA MARTINS, o aditamento do n.º 4 ao artigo 8.º da Constituição operado pela sexta revisão constitucional «autonomiza a receção do direito da União Europeia em relação ao restante direito internacional», autonomização com a qual a concorda ⁴⁶. Prossegue ainda ANA MARIA GUERRA MARTINS ⁴⁷ que «[a] Constituição regula a hierarquia do direito constitucional e do direito subordinado da União por remissão para o Direito da União, ou seja, este direito prevalecerá ou não sobre o direito nacional, incluindo o direito constitucional português, nos termos definidos pelo Direito da União Europeia. Esta é, aliás, em última análise, a solução que defendemos à luz da atual versão da constituição, pelo que a sua consagração expressa no texto constitucional [no artigo 8.º, n.º 4] contribui, em nosso entender, para uma maior clareza e representa um ganho em termos de transparência.»

O novo artigo 8.º, n.º 4 da CRP constitui, nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «uma das mais importantes alterações alguma vez introduzidas no sistema das fontes de direito do ordenamento jurídico-constitucional português e, mesmo, uma das mais importantes alterações constitucionais desde a origem da CRP» ⁴⁸. É legítimo considerar-se que esta disposição terá como implicação «consagrar a primazia do direito da União sobre o direito interno e, com a ressalva para ‘os princípios fundamentais do Estado de direito democrático’, sobre a própria Constituição» ⁴⁹.

3.4. Cumprimento das obrigações do Direito da UE e identidade sistémica entre princípios fundamentais do Direito da UE e de Direito nacional

Chegados a este ponto, consideramos relevante assinalar que independentemente da posição que se adote sobre a temática (controvertida) do primado, supremacia ou

MANUEL FONTAINE CAMPOS/ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Introdução ao Direito Público*, Almedina, 2011, p. 129. Como assinalam as/os Autoras/es «os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático incluirão, pelo menos, o princípio da soberania popular, o do pluralismo de expressão e organização política democrática, o do respeito, garantia e efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, o da separação e interdependência de poderes e o da independência dos tribunais.» Estes princípios são também, naturalmente, «princípios fundamentais do Direito da União Europeia».

⁴⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, cit., p. 441.

⁴⁷ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, cit., p. 441.

⁴⁸ J.J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, «Anotação ao artigo 8.º» in *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I, Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª Edição Revista, 2007, Coimbra Editora, p. 264.

⁴⁹ Assim, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6.ª Edição, 2010, Almedina, p. 411.

preferência na aplicação do Direito da União Europeia (em particular face às Constituições dos Estados-Membros), não é necessário aderir-se a uma conceção absoluta do primado do Direito da União Europeia como aquela que o Tribunal de Justiça afirma – e mesmo que esta tenha defensores em Portugal – para assegurar o cumprimento das obrigações que o Direito da União Europeia impõe à República Portuguesa na transposição das disposições inequivocamente obrigatórias, e com conteúdo tão claro e preciso quanto ao resultado que impõem, como as constantes da Diretiva 2019/1, no respeito pelo quadro normativo da Constituição da República Portuguesa.

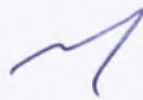
É possível assegurar esse cumprimento por uma via da identidade sistémica entre os princípios fundamentais do ordenamento jurídico europeu e nacional e através de uma conciliação interpretativa da Constituição da República Portuguesa com as disposições do Direito europeu, neste caso da Diretiva 2019/1.

Importa recordar que o ordenamento jurídico da União Europeia assenta nos mesmos princípios constitucionais comuns dos ordenamentos jurídicos nacionais e que o artigo 6.º, TUE, exprime, em substância, o respeito devido pelo Direito da União aos valores constitucionais nacionais dos Estados-Membros. Indica também as medidas adequadas para evitar um verdadeiro conflito com estes, nomeadamente ancorando os fundamentos constitucionais da União nos princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros. Com esta disposição, é assegurado aos Estados-Membros que o Direito da União não ameaçará os valores fundamentais das suas constituições. No entanto, ao mesmo tempo, os Estados-Membros transferiram para o Tribunal de Justiça a responsabilidade de proteger estes valores no âmbito do Direito da União, no controlo da legalidade dos atos normativos do Direito da União ⁵⁰.

Conforme se afirma nas mesmas conclusões apresentadas no TJUE no processo *Arcelor* ⁵¹, uma congruência estrutural entre os valores fundamentais das constituições dos Estados-Membros e da ordem jurídica da União só pode ser garantida num plano sistémico que só pode existir a nível da União, através dos mecanismos previstos no

⁵⁰ Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, Conclusões apresentadas em 21 de maio de 2008 no Processo C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.o.*, ECLI:EU:C:2008:292, Para. 17.

⁵¹ MIGUEL POIARES MADURO, *cit.*, Para. 17.



Tratado. É esta identidade sistémica que é recordada no artigo 6.º, TUE, e que garante que as constituições nacionais não serão violadas, mesmo que estas já não possam ser utilizadas como normas de referência para a fiscalização da legalidade dos atos de Direito da União. Se assim fosse, na medida em que o conteúdo e os instrumentos de proteção das constituições nacionais variam muito, a aplicação de atos de Direito da União Europeia poderia ser objeto de derrogações num Estado-Membro e não noutra. Tal resultado violaria os princípios enunciados no artigo 6.º, TUE, e, em particular, prejudicaria o entendimento da União como sendo uma União de Direito. Por outras palavras, se as constituições nacionais pudessem ser invocadas para impor uma aplicação seletiva e discriminatória das normas europeias no território da União, seria colocada em causa, paradoxalmente, a conformidade da ordem jurídica da União com as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

A esta luz, parece evidente que, caso seja suscitada, a nível nacional, uma dúvida quanto à conformidade de determinadas normas de uma Diretiva (como a Diretiva 2019/1), com certos direitos fundamentais, tal questão deve ser, em primeiro lugar, apreciada pelo Tribunal de Justiça de acordo com esses mesmos direitos fundamentais, enquanto parte da Carta dos Direitos Fundamentais, ou das tradições constitucionais comuns dos Estados Membros, tendo em atenção a expressão contida no Artigo 6.º, TUE, do respeito devido pelo Direito da União Europeia aos valores constitucionais nacionais ⁵².

Tal prioridade é reconhecida mesmo pelos tribunais constitucionais que formulam algumas reservas quanto à extensão do primado face às constituições nacionais. É o que sempre faz o Tribunal Constitucional Alemão por exemplo.

Não conhecemos nenhum caso em que seja o próprio parlamento nacional a declarar tal desconformidade face a certos direitos fundamentais da sua Constituição sem sequer o Tribunal de Justiça da União Europeia poder ter apreciado da validade da diretiva face a esses direitos fundamentais, nem sequer o tribunal constitucional nacional o ter feito –

⁵² Conforme dispõe o artigo 6.º, n.º 3, TUE, onde, voltamos a repetir se afirma que «[d]o direito da união fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.»



que não poderia ter feito, dado caber ao TJUE o controlo de legalidade/validade de atos de Direito da União.

Acresce, com extrema relevância para este caso concreto, que o Estado português, enquanto recorrente privilegiado, poderia ter feito um recurso de anulação perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, com base na alegada violação, pela Diretiva, de certos direitos fundamentais, ao abrigo do artigo 263.º TFUE. Não o tendo feito, no prazo de que dispunha para o efeito, a invocação agora, pelo Estado português, de tal alegada violação dos direitos fundamentais, para não transpor certas normas da Diretiva 2019/1, constituiria uma violação clara do princípio da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE⁵³.

3.5. Conciliação entre Direito da União Europeia e Direito Constitucional nacional por via de interpretação conforme

A segunda forma de minimizar os riscos de conflitos entre o Direito da UE e as constituições nacionais já não se encontra propriamente no plano do Direito da União Europeia, mas sim na interpretação das constituições nacionais. Para o efeito, será suficiente (e desejável) assumir-se que a interpretação das constituições deve ser feita de modo a minimizar o mais possível os riscos de conflito entre estas e o Direito da UE.

Esta posição é adotada mesmo pelos tribunais constitucionais que têm sido mais renitentes em aceitar o primado absoluto do Direito da União Europeia. É também aquela que resulta claramente da abertura da nossa Constituição ao Direito da União Europeia, expressa, desde logo, no referido artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa. Isto, portanto, qualquer que seja a conceção doutrinal que se perfilhe, em tese geral, sobre a relação entre o Direito Constitucional nacional e o Direito da União Europeia, seja ela uma conceção hierárquica absoluta em favor do Direito da União, ou uma conceção doutrinal hierárquica, de sentido inverso, em favor de um primado absoluto do Direito Constitucional nacional que, aliás, sempre haverá de considerar-se hoje incompatível com o artigo 8.º, n.º 4 da Constituição.

⁵³ De acordo com o 2.º e 3.º parágrafos do artigo 4.º, n.º 3, TUE, «[o]s Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União [e] [...] facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.»



Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, é desadequado laborar-se numa lógica de «hierarquia de tribunais [nacionais e da União] em problemas de interpretação, pois não existe qualquer hierarquia entre os tribunais europeus e os tribunais nacionais; deve antes aprofundar-se um sistema de cooperação entre os órgãos jurisdicionais europeus e os órgãos jurisdicionais nacionais na interpretação dos preceitos constitucionais (quer das constituições nacionais, quer da constituição europeia)»⁵⁴.

Também neste sentido, PAULO OTERO considera que «independentemente da solução introduzida pelo artigo 8.º, n.º 4 [da CRP] [...] no âmbito das matérias integrantes da Constituição económica [...] o Direito da União Europeia hoje exerce um forte condicionamento sobre as opções constitucionais dos Estados-membros, existindo mesmo uma prática reiterada de interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais em conformidade com o Direito da União Europeia»⁵⁵.

MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA defende, por seu lado, expressamente, a necessidade de o Estado-Juiz proceder «à interpretação do Direito interno - constitucional e infra-constitucional [...] de acordo com o Direito da União Europeia - concretamente com a jurisprudência que criou e desenvolveu o princípio da responsabilidade do Estado, em particular o Estado-Juiz, por incumprimento do Direito da União Europeia»⁵⁶. Na mesma linha, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA defende igualmente que o «princípio da interpretação conforme que o Direito da União Europeia,

⁵⁴ J.J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, «Anotação ao Artigo 8.º», in *Constituição da República Portuguesa Anotada - Vol. I, Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª Edição Revista, 2007, Coimbra Editora, p. 270. Veja-se também ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2014, reimpressão, Almedina, p. 515: «não obstante a existência de uma cláusula constitucional relativa ao princípio do primado do Direito da União sobre o Direito interno, o facto de as relações entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais se fundamentarem num princípio de cooperação e não num princípio hierárquico, levará, em Portugal, tal como já sucedeu em outros Estados-membros [...], ao diálogo com o Tribunal de Justiça, através da suscitação de questões prejudiciais com base no artigo 267.º do TFUE.»

⁵⁵ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, Volume I - Identidade Constitucional*, Almedina, 2010, p. 135.

⁵⁶ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «O princípio da interpretação conforme e a sua não aplicação pelo Estado-Juiz: um (duplo) exemplo de incumprimento estadual», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, Número Especial - III Encontro de Professores de Direito Público, pp. 441-461, p. 456 [sublinhado acrescentado].



de fonte jurisprudencial, impõe aos Estados membros – interpretação conforme da lei nacional [...] e da própria Constituição, com o Direito da União Europeia [...]»⁵⁷.

3.6. Conciliação entre Direito da União europeia e Direito Constitucional nacional por via de reenvio prejudicial

Num quadro de cooperação não hierárquica e conciliatória entre a jurisdição constitucional nacional e a europeia na interpretação e aplicação da Constituição da República Portuguesa e do Direito da União Europeia essa cooperação pode fazer-se igualmente através, como é sabido, do mecanismo do reenvio prejudicial.

Esse poderá ser o caminho a seguir no caso vertente, como veremos, se, no quadro, por exemplo, de uma eventual fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas de transposição das disposições claras e precisas acima consideradas da Diretiva 2019/1, se colocarem dúvidas quanto à compatibilidade, por exemplo, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União, daquelas disposições da Diretiva e, conseqüentemente, da própria validade dessas disposições da Diretiva 2019/1.

É sabido que um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º TFUE, pode dizer respeito à «validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.» Esta formulação, referindo-se amplamente a «atos», inclui todo o conjunto de «atos jurídicos» de Direito derivado da União elencados no artigo 288.º do TFUE, entre os quais se encontram, evidentemente, as Diretivas⁵⁸.

⁵⁷ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 456 [sublinhado acrescentado]. Segundo FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 4.ª Reimpressão, 2012, Almedina, p. 489, o princípio da interpretação conforme «resulta com toda a normalidade das relações entre o Direito Comunitário e os Direitos estaduais, particularmente da teoria do primado.» Também para ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, 2004, p. 432, uma das conseqüências do princípio do primado é precisamente «a interpretação do direito nacional conforme ao direito comunitário – toda a autoridade nacional deve, em caso de dúvida sobre o sentido de uma disposição nacional interpretá-la à luz do direito comunitário».

⁵⁸ São inúmeros os acórdãos em que o Tribunal se confrontou diretamente com reenvios prejudiciais que tinham em vista a apreciação da validade de Diretivas.



A transposição da Diretiva 2019/1, pelo legislador português, abrirá a porta a que, através da fiscalização preventiva ou sucessiva da constitucionalidade das disposições de transposição a adotar – como as constantes da Proposta de Lei 99 XIV 2ª destinadas especificamente a transpor os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1 – se permita ao Tribunal Constitucional, na eventualidade de não considerar viável proceder a uma interpretação dos preceitos da Constituição da República Portuguesa em conformidade com aquelas disposições da Diretiva, proceda a um reenvio para o TJUE no sentido de ser apreciada a validade daquelas disposições da Diretiva 2019/1 à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou dos direitos fundamentais que, enquanto princípios gerais, fazem parte do Direito da União, tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

Por outras palavras, ao proceder a um reenvio para o TJUE no sentido de o questionar sobre a validade daquelas disposições da Diretiva 2019/1, o Tribunal Constitucional estará a pedir ao TJUE orientação, pela via prejudicial, para garantir o respeito, por um ato de Direito da União como a Diretiva 2019/1, de valores e princípios que também são reconhecidos na CRP, uma vez que a própria União Europeia assenta, como vimos, nos princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros, como recorda o artigo 6.º, n.º 3, TUE, já referido.

Neste sentido, eventuais incompatibilidades com direitos fundamentais, de normas claras e precisas de uma Diretiva, potencialmente geradoras de uma invalidade dessas normas, como é o caso dos referidos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, cuja não transposição gerará inequivocamente um incumprimento de obrigações de Direito da União que impendem sobre Portugal, são questões que deverão colocar-se ao nível do Direito da União Europeia e do TJUE, e ser compreendidas no quadro de um relacionamento de cooperação entre o Tribunal Constitucional e o TJUE através de um reenvio prejudicial daquela jurisdição nacional para esta última.

Reitera-se aqui, em todo o caso, que uma cooperação não hierárquica e conciliatória entre a jurisdição constitucional nacional e a europeia na interpretação e aplicação da Constituição da República Portuguesa e do Direito da União Europeia pode fazer-se, igualmente, sem ser através do mecanismo de reenvio prejudicial. Isto na medida em que o Tribunal Constitucional esteja em condições de proceder a uma interpretação e

aplicação da Constituição da República Portuguesa em conformidade com o Direito da União, por forma a minimizar o mais possível os riscos de conflitos do Direito interno com o Direito da União.

Atendendo ao exposto, afigura-se-nos, em todo o caso, que a existir risco de conflito com as normas constitucionais será necessariamente o Tribunal Constitucional o fórum adequado para o dirimir e resolver.

Desde logo porque, podendo o legislador português ter dado início a um recurso de anulação com base no artigo 263.º, TFUE, contra as normas da Diretiva e não o tendo feito, invocar agora tal alegada contrariedade para transpor incorretamente a Diretiva, sem sequer essa oposição ter sido “validada” pelo Tribunal Constitucional, constituiria uma grave violação do princípio da cooperação leal, um dos princípios e compromissos fundamentais da nossa participação no processo de integração europeia.

Em segundo lugar, atendendo ao valor reconhecido pela própria Constituição da República Portuguesa ao primado do Direito da UE, qualquer questão deste tipo deve depender do envolvimento do Tribunal Constitucional, como aliás é a prática noutros Estados Membros onde tais situações ocorreram.

Em terceiro lugar, e confirmando o ponto anterior, é o Tribunal Constitucional que está em melhor posição para procurar, em primeiro lugar, interpretar as normas e princípios gerais da Constituição da República Portuguesa à luz, ou em conformidade, com o Direito da União Europeia, de forma a evitar colocar Portugal numa situação de incumprimento das suas obrigações europeias⁵⁹.

Por último, são os tribunais, máxime o Tribunal Constitucional, que podem questionar o Tribunal de Justiça sobre a eventual incompatibilidade destas normas da Diretiva com os direitos fundamentais e resolver o eventual e hipotético conflito no quadro de um diálogo inter-jurisdicional.

⁵⁹ No caso concreto, essas obrigações são, desde logo, aquelas que decorrem diretamente dos Tratados, como o artigo 288.º, que impõe o caráter juridicamente vinculante de Diretivas, como a Diretiva 2019/1, para os Estados-Membros, quanto a resultados a assegurar plasmados que estão de forma tão clara e precisa nos seus artigos, acima analisados, 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º.



3.7. Síntese conclusiva

Decorre do exposto, em jeito de conclusão, que:

- a) Segundo jurisprudência do TJUE, resulta que todos os preceitos de Direito da União Europeia, sejam eles preceitos de Direito originário da UE, como os preceitos dos Tratados, ou preceitos de Direito derivado da UE, como os preceitos contidos em diretivas (como a Diretiva 2019/1) gozam, no âmbito de aplicação do Direito da União Europeia, de primazia sobre o Direito interno dos Estados-Membros, qualquer que seja o *status* e a natureza das normas nacionais, mesmo que se trate de normas constitucionais, e que essas normas nacionais sejam anteriores, ou ulteriores, à entrada em vigor dos preceitos de Direito da UE que com elas se afigurem incompatíveis.
- b) Também segundo jurisprudência constante TJUE, um Estado-Membro não pode invocar «dificuldades internas ou normas da sua ordem jurídica nacional, mesmo constitucionais,» para justificar o não respeito pelas obrigações resultantes do Direito da União, em particular no que respeita à transposição de disposições de Diretivas;
- c) Neste sentido, eventuais dúvidas quanto à compatibilidade com a CRP das disposições da Diretiva 2019/1 que considerámos, não permitem às autoridades portuguesas eximir-se à obrigação que sobre elas impende de transpor essas disposições para o direito interno português, nem considerar inválidas essas disposições da Diretiva 2019/1 por serem alegadamente contrárias à CRP;
- d) O quadro de referência normativo constitucional à luz do qual haverá de apreciar-se a compatibilidade das disposições da Diretiva 2019/1 que suscitem dúvidas quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais não poderá deixar de ser o quadro de referência normativo constitucional do Direito da União Europeia que caberá ao TJUE interpretar e aplicar em sede de controlo da validade dessas disposições alegadamente controvertidas da Diretiva 2019/1.



- e) Competirá necessariamente ao TJUE aferir se os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º, bem como o artigo 15.º da Diretiva 2019/1, serão de considerar inválidos por violarem a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou os direitos fundamentais que, enquanto princípios gerais, fazem igualmente parte do Direito da União, tal como resultam das tradições jurídicas e constitucionais comuns dos Estados-Membros.
- f) Independentemente da posição que se adote sobre a temática (controvertida) do primado do Direito da União Europeia (em particular face às Constituições dos Estados-Membros), não é necessário aderir-se a uma conceção absoluta do primado do Direito da União Europeia para assegurar o cumprimento das obrigações que o Direito da União Europeia impõe à República Portuguesa na transposição das disposições inequivocamente obrigatórias e com conteúdo tão claro e preciso quanto ao resultado que impõem, como as constantes da Diretiva 2019/1, no respeito pelo quadro normativo da Constituição da República Portuguesa.
- g) Será possível assegurar esse cumprimento por uma via de identidade sistémica entre os princípios fundamentais do ordenamento jurídico europeu e do nacional que é recordada no artigo 6.º, TUE, e que assegura que as constituições nacionais não serão violadas, mesmo que estas já não possam ser utilizadas como normas de referência para a fiscalização da legalidade dos atos de Direito da União.
- h) Essa congruência estrutural entre os valores fundamentais das constituições dos Estados-Membros e da ordem jurídica da União apenas pode ser garantida num plano sistémico que só pode existir a nível da União e através dos mecanismos previstos no Tratado.
- i) Se as normas de referência para o controlo da validade de atos de Direito da União fossem as das constituições nacionais, na medida em que o conteúdo e os instrumentos de proteção das constituições nacionais variam muito, a aplicação de atos de Direito da União Europeia poderia ser objeto de derrogações num Estado-Membro e não noutra.



- j) Deste modo, se as constituições nacionais pudessem ser invocadas para impor uma aplicação seletiva e discriminatória das normas europeias no território da União, seria colocada em causa, paradoxalmente, a conformidade da ordem jurídica da União com as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.
- k) A esta luz, entendemos que, sendo suscitada, em Portugal, uma dúvida relativa à conformidade de determinadas normas da Diretiva 2019/1 com certos direitos fundamentais, tal questão deve ser apreciada pelo Tribunal de Justiça à luz do quadro normativo europeu de direitos fundamentais, enquanto parte integrante da Carta dos Direitos Fundamentais, ou das tradições constitucionais comuns dos Estados Membros, tendo em atenção a expressão contida no Artigo 6.º, TUE, do respeito devido pelo Direito da União Europeia aos valores constitucionais nacionais.
- l) Não conhecemos caso algum em que seja o próprio parlamento nacional a declarar tal desconformidade face a certos direitos fundamentais da sua Constituição sem sequer o Tribunal de Justiça da União Europeia poder ter apreciado a validade da Diretiva face a esses direitos fundamentais, nem sequer o Tribunal Constitucional nacional o ter feito – que não poderia ter feito, dado caber ao TJUE o controlo de legalidade/validade dos atos de Direito da União.
- m) Acresce, com extrema relevância para o presente caso em análise, que o Estado português, enquanto recorrente privilegiado, poderia ter apresentado um recurso de anulação perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, com base na alegada violação, pela Diretiva 2019/1, de certos direitos fundamentais, ao abrigo do artigo 263.º TFUE.
- n) Não o tendo feito, no prazo de que dispunha para o efeito, a invocação, neste momento, pelas autoridades portuguesas, de tal alegada violação dos direitos fundamentais, para não transpor certas normas da Diretiva 2019/1, constituiria uma violação clara do princípio da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE.



- o) Num quadro de cooperação não hierárquica e conciliatória entre a jurisdição constitucional nacional e a europeia na interpretação e aplicação da Constituição da República Portuguesa e do Direito da União Europeia, que minimize os riscos de conflitos entre estes dois quadros normativos, essa cooperação pode fazer-se:
- por um lado, por via da interpretação e aplicação dos preceitos da CRP em conformidade com o Direito da União e;
 - por outro lado, através do mecanismo do reenvio prejudicial, previsto no artigo 267.º TFUE, onde se estabelece que o reenvio para o Tribunal de Justiça pode dizer respeito, tanto à validade, como à interpretação de atos adotados pelas instituições da União, entre os quais se encontra, naturalmente, a Diretiva 2019/1.
- p) Esta última via poderá ser aquela a seguir no caso vertente, no quadro, por exemplo, de uma eventual fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas de transposição das disposições claras e precisas acima consideradas da Diretiva 2019/1, se se suscitarem dúvidas quanto à compatibilidade, por exemplo, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União, daquelas disposições da Diretiva 2019/1 e, conseqüentemente, da própria validade dessas disposições da Diretiva.
- q) A transposição da Diretiva 2019/1, pelo legislador português, abrirá a porta a que, através da fiscalização preventiva, ou sucessiva, da constitucionalidade das disposições de transposição a adotar - como as constantes da Proposta de Lei 99 XIV 2ª, destinadas especificamente a transpor os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1 - se permita ao Tribunal Constitucional, na eventualidade de não considerar viável proceder a uma interpretação dos preceitos da Constituição da República Portuguesa em conformidade com aquelas disposições da Diretiva, proceder a um reenvio para o TJUE no sentido de ser apreciada a validade daquelas disposições da Diretiva 2019/1 à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou dos direitos fundamentais que, enquanto princípios gerais, fazem parte do Direito da União, tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

- r) Neste sentido, entendemos que eventuais incompatibilidades com direitos fundamentais, de normas claras e precisas de uma diretiva, potencialmente geradoras de uma invalidade dessas normas, como é o caso dos referidos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, cuja não transposição gerará inequivocamente um incumprimento de obrigações de Direito da União que impendem sobre Portugal, são questões que deverão colocar-se ao nível do Direito da União Europeia e do TJUE, e ser compreendidas no quadro de um relacionamento de cooperação entre o Tribunal Constitucional e o TJUE, através de um reenvio prejudicial daquela jurisdição nacional para esta última.
- s) Em síntese final, entendemos que a existir, no caso vertente, risco de conflito com as normas constitucionais, será necessariamente o Tribunal Constitucional o foro adequado para o dirimir e resolver pelas razões seguintes:
- Em primeiro lugar porque, podendo as autoridades portuguesas ter dado início a um recurso de anulação com base no artigo 263.º TFUE, contra as normas da Diretiva 2019/1 e não o tendo feito, invocar agora tal alegada contrariedade para transpor incorretamente a Diretiva, sem sequer essa oposição ter sido “validada” pelo Tribunal Constitucional, constituiria uma grave violação do princípio da cooperação leal, um dos princípios e compromissos fundamentais da nossa participação no processo de integração europeia;
 - Em segundo lugar, atendendo ao valor reconhecido pela própria Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 8.º, n.º 4, ao primado do direito da UE, qualquer questão deste tipo deve depender do envolvimento do Tribunal Constitucional, como aliás é a prática noutros Estados-Membros onde tais situações ocorreram;
 - Em terceiro lugar, e confirmando o ponto anterior, é o Tribunal Constitucional que está em melhor posição para procurar, em primeiro lugar, interpretar as normas e princípios gerais da Constituição da República Portuguesa à luz, ou em conformidade com o Direito da União Europeia, de forma a evitar colocar Portugal numa situação de incumprimento das suas obrigações europeias;
 - Por último, são os tribunais, *maxime* o Tribunal Constitucional, que podem questionar o TJUE sobre a eventual incompatibilidade destas normas da Diretiva

com os direitos fundamentais e resolver o eventual e hipotético conflito no quadro de um diálogo inter-jurisdicional com o TJUE.

CONCLUSÕES

I

Relativamente à Questão A

1. O disposto na Diretiva na Diretiva 2019/1, em particular nos seus artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º, bem como no artigo 15.º, lidos em conjunto com os considerandos 32, 35, 73 e 49 da mesma Diretiva, limita fortemente o leque de opções de que dispõe o legislador português relativamente à transposição desses preceitos para a ordem jurídica interna portuguesa.
2. Em particular, o legislador português, atendendo ao caráter obrigatório, claro e preciso como se encontram formulados os resultados a assegurar pelos Estados-Membros na transposição destes artigos referidos da Diretiva 2019/1, não poderá deixar de adotar disposições normativas que, à semelhança do que dispõem os artigos 18.º, n.º 1, al. b), 31.º, n.º 2 e 69.º, n.º 4, da Proposta de Lei 99/XIV 2ª, prevejam:
 - a) Que a AdC tenha a possibilidade de apreender mensagens de correio eletrónico ou de sistema de mensagens instantâneas de empresas, qualquer que seja o suporte em que se encontrem armazenadas e utilizar essas mensagens como meios de prova;
 - b) Que o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos artigos 101.º e 102.º TFUE não será inferior a 10% do volume de negócios total global da empresa, ou da associação de empresas, no exercício anterior à decisão de aplicação da coima.



II

Relativamente à Questão B

3. Constituindo os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1 e 32.º, bem como o artigo 15.º da Diretiva 2019/1, com o seu caráter claro preciso e incondicional, elementos de transposição obrigatória, as consequências que, à luz do direito da União Europeia, decorrem para um Estados-Membro, como Portugal, em caso de uma eventual não transposição, ou transposição incorreta, dessas disposições serão, previsivelmente, as seguintes:
 - a) Sujeição a uma ação por incumprimento intentada pela Comissão, ao abrigo do artigo 258.º, TFUE, culminando com a declaração, por acórdão do TJUE, que a República Portuguesa, ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento aos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta Diretiva;
 - b) Sujeição da República Portuguesa, de acordo com o artigo 260.º, n.º 1, TFUE, à obrigação de tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do TJUE referido na alínea anterior que declare o incumprimento, de modo a pôr termo à situação de incumprimento, transpondo corretamente para o Direito interno português as referidas disposições;
 - c) Sujeição da República Portuguesa, em caso de persistência na não transposição correta das disposições referidas da Diretiva 2019/1, a nova ação por incumprimento a intentar pela Comissão ao abrigo do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, em processo de incumprimento 'de segundo grau', tendo em vista obter a declaração, por acórdão do TJUE, que a República Portuguesa ao não ter tomado as medidas necessárias para a execução do seu anterior acórdão, não cumpriu com as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE e, por outro lado, a obter a condenação da República Portuguesa no pagamento à Comissão, de quantia fixa, ou de uma sanção pecuniária compulsória de um certo



montante em euros por cada dia de atraso na execução do acórdão no processo por incumprimento 'em primeiro grau', a contar do dia em que o Tribunal de Justiça tiver proferido o seu acórdão no processo 'em segundo grau' até ao dia em que o acórdão no processo 'em primeiro grau' tiver sido executado;

- d) Possível sujeição da AdC à invocação de disposições da Diretiva 2019/1 contra si, não transpostas ou incorretamente transpostas e que tenham em vista proteger particulares/empresas, por parte desses particulares/empresas, invocando esses particulares/empresas, para o efeito, a doutrina do efeito direito vertical ascendente das diretivas consagrada pelo TJEU na sua jurisprudência;
- e) Possível sujeição do Estado Português a ações de responsabilidade civil extracontratual contra si movidas por particulares/empresas afetados por práticas anti-concorrenciais de empresas concorrentes quando:
- Relativamente a estas empresas a AdC não possa exercer competências previstas em disposições da Diretiva 2019/1 que, em violação do Direito da União Europeia, não tenham sido transpostas;
 - Se verifiquem as condições necessárias para haver responsabilidade civil do Estado, conforme estabelecido pelo Direito da União, podendo os particulares afetados exercer esse direito de intentar ação de responsabilidade civil contra o Estado Português através da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas.

III

Relativamente às Questões C, D e E

4. Da jurisprudência do TJUE resulta que todos os preceitos de Direito da União Europeia, sejam eles preceitos de Direito originário da UE, como os preceitos dos Tratados, ou preceitos de Direito derivado da UE, como os preceitos contidos em diretivas (como a Diretiva 2019/1) gozam, no âmbito de aplicação do Direito da União Europeia, de primazia sobre o Direito interno dos Estados-membros, qualquer que seja o *status* e a natureza das normas nacionais, mesmo que se trate de normas constitucionais, e que essas normas nacionais sejam anteriores, ou posteriores, à entrada em vigor dos preceitos de Direito da UE que com elas se afigurem incompatíveis.
5. Segundo jurisprudência constante TJUE, um Estado-membro não pode invocar «dificuldades internas ou normas da sua ordem jurídica nacional, mesmo constitucionais,» para justificar o não respeito pelas obrigações resultantes do Direito da União, em particular no que respeita à transposição de disposições de Diretivas;
6. Neste sentido, eventuais dúvidas quanto à compatibilidade com a CRP das disposições da Diretiva 2019/1 que considerámos, não permitem às autoridades portuguesas eximir-se à obrigação que sobre elas impende de transpor essas disposições para o Direito interno português, nem considerar essas disposições da Diretiva 2019/1 inválidas por serem alegadamente contrárias à CRP;
7. O quadro de referência normativo constitucional à luz do qual haverá de apreciar-se a compatibilidade das disposições da Diretiva 2019/1 que suscitem dúvidas quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais não poderá deixar de ser o quadro de referência normativo constitucional do Direito da União Europeia que caberá ao TJUE interpretar e aplicar em sede de controlo da validade dessas disposições alegadamente controvertidas da Diretiva 2019/1.



8. Competirá necessariamente ao TJUE aferir se os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º, bem como o artigo 15.º da Diretiva 2019/1 serão de considerar inválidos por violarem a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou os direitos fundamentais que, enquanto princípios gerais, fazem igualmente parte do Direito da União, tal como resultam das tradições jurídicas e constitucionais comuns dos Estados-membros.
9. Independentemente da posição que se adote sobre a temática (controvertida) do primado do Direito da União Europeia (em particular face às Constituições dos Estados-Membros), não é necessário aderir-se a uma conceção absoluta do primado do Direito da União Europeia para assegurar o cumprimento das obrigações que o Direito da União Europeia impõe à República Portuguesa na transposição das disposições inequivocamente obrigatórias e com conteúdo tão claro e preciso quanto ao resultado que impõem, como as constantes da Diretiva 2019/1, no respeito pelo quadro normativo da Constituição da República Portuguesa.
10. Será possível assegurar esse cumprimento por uma via da identidade sistémica entre os princípios fundamentais do ordenamento jurídico europeu e do nacional que é recordada no artigo 6.º, TUE, e que assegura que as constituições nacionais não serão violadas, mesmo que estas já não possam ser utilizadas como normas de referência para a fiscalização da legalidade dos atos de Direito da União.
11. Essa congruência estrutural entre os valores fundamentais das constituições dos Estados-Membros e da ordem jurídica da União, só pode ser garantida num plano sistémico que só pode existir a nível da União e através dos mecanismos previstos no Tratado.
12. Se as normas de referência para o controlo da validade de atos de Direito da União fossem as das constituições nacionais, na medida em que o conteúdo e os instrumentos de proteção das constituições nacionais variam muito, a aplicação de atos de Direito da União Europeia poderia ser objeto de interrogações num Estado-Membro e não noutro.



13. Deste modo, se as constituições nacionais pudessem ser invocadas para impor uma aplicação seletiva e discriminatória das normas europeias no território da União, seria colocada em causa, paradoxalmente, a conformidade da ordem jurídica da União com as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.
14. A esta luz, entendemos que, sendo suscitada, em Portugal, uma dúvida de conformidade com certos direitos fundamentais por parte de determinadas normas da Diretiva 2019/1), tal questão deve ser apreciada pelo Tribunal de Justiça à luz do quadro normativo europeu de direitos fundamentais, enquanto parte da Carta dos Direitos Fundamentais, ou das tradições constitucionais comuns dos Estados Membros tendo em atenção a expressão contida no Artigo 6.º, TUE, do respeito devido pelo Direito da União Europeia aos valores constitucionais nacionais.
15. Não conhecemos caso algum em que seja o próprio parlamento nacional a declarar tal desconformidade face a certos direitos fundamentais da sua Constituição sem sequer o Tribunal de Justiça da União Europeia poder ter apreciado da validade da diretiva face a esses direitos fundamentais, nem sequer o Tribunal Constitucional nacional o ter feito – que não poderia ter feito, dado caber ao TJUE o controlo de legalidade/validade dos atos de Direito da União.
16. Acresce, com extrema relevância para o presente caso em análise, que o Estado português, enquanto recorrente privilegiado, poderia ter feito um recurso de anulação perante o Tribunal de Justiça da EU, com base na alegada violação, pela Diretiva 2019/1, de certos direitos fundamentais, ao abrigo do artigo 263.º TFUE.
17. Não o tendo feito, no prazo de que dispunha para o efeito, a invocação, neste momento, pelas autoridades portuguesas, de tal alegada violação dos direitos fundamentais, para não transpor certas normas da Diretiva 2019/1, constituiria uma violação clara do princípio da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE.

18. Num quadro de cooperação não hierárquica e conciliatória entre a jurisdição constitucional nacional e a europeia na interpretação e aplicação da Constituição da República Portuguesa e do Direito da União Europeia, que minimize os riscos de conflitos entre estes dois quadros normativos, essa cooperação pode fazer-se:
- por um lado, por via da interpretação e aplicação dos preceitos da CRP em conformidade com o Direito da União e;
 - por outro lado, através do mecanismo do reenvio prejudicial Justiça, previsto no artigo 267.º TFUE, onde se estabelece que o reenvio para o Tribunal de Justiça pode dizer respeito, tanto à validade, como à interpretação de atos adotados pelas instituições da União, entre os quais se encontra, naturalmente, a Diretiva 2019/1.
19. Esta última via poderá ser aquela a seguir no caso vertente, no quadro, por exemplo, de uma eventual fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas de transposição das disposições claras e precisas acima consideradas da Diretiva 2019/1, se colocarem dúvidas quanto à compatibilidade, por exemplo, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União daquelas disposições da Diretiva e, conseqüentemente da própria validade dessas disposições da Diretiva 2019/1.
20. A transposição da Diretiva 2019/1, pelo legislador português, abrirá a porta a que, através da fiscalização preventiva, ou sucessiva, da constitucionalidade das disposições de transposição a adotar – como as constantes da Proposta de Lei 99 XIV 2ª, destinadas especificamente a transpor os artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1 – se permita ao Tribunal Constitucional, na eventualidade de não considerar viável proceder a uma interpretação dos preceitos da Constituição da República Portuguesa em conformidade com aquelas disposições da Diretiva, proceder a um reenvio para o TJUE no sentido de ser apreciada a validade daquelas disposições da Diretiva 2019/1 à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou dos direitos fundamentais que, enquanto princípios gerais, fazem parte do Direito da União, tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

21. Neste sentido, entendemos que eventuais incompatibilidades com direitos fundamentais, de normas claras e precisas de uma Diretiva, potencialmente geradoras de uma invalidade dessas normas, como é o caso dos referidos artigos 6.º, n.º 1, al. c), 7.º, n.º 1, 32.º e 15.º da Diretiva 2019/1, cuja não transposição gerará inequivocamente um incumprimento de obrigações de Direito da União que impendem sobre Portugal, são questões que deverão colocar-se ao nível do Direito da União Europeia e do TJUE, e ser compreendidas no quadro de um relacionamento de cooperação entre o Tribunal Constitucional e o TJUE, através de um reenvio prejudicial daquela jurisdição nacional para esta última.
22. Em síntese final, entendemos que a existir risco de conflito com as normas constitucionais no caso vertente, será necessariamente o Tribunal Constitucional o foro adequado para o dirimir e resolver pelas razões seguintes:
- Em primeiro lugar porque, podendo as autoridades portuguesas ter dado início a um recurso de anulação com base no artigo 263.º TFUE, contra as normas da Diretiva 2019/1 e não o tendo feito, invocar agora tal alegada contrariedade para transpor incorretamente a Diretiva, sem sequer essa oposição ter sido “validada” pelo Tribunal Constitucional, constituiria uma grave violação do princípio da cooperação leal, um dos princípios e compromissos fundamentais da nossa participação no processo de integração europeia;
 - Em segundo lugar, atendendo ao valor reconhecido pela própria Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 8.º, n.º 4, ao primado do direito da UE, qualquer questão deste tipo deve depender do envolvimento do Tribunal Constitucional, como aliás é a prática noutros Estados-Membros onde tais situações ocorreram;
 - Em terceiro lugar, e confirmando o ponto anterior, é o Tribunal Constitucional que está em melhor posição para procurar, desde logo, interpretar as normas e princípios gerais da Constituição da República Portuguesa à luz, ou em conformidade com o Direito da União Europeia, de forma a evitar colocar Portugal numa situação de incumprimento das suas obrigações europeias;

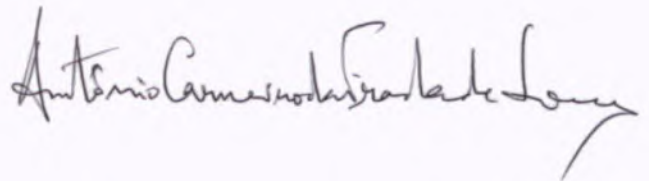
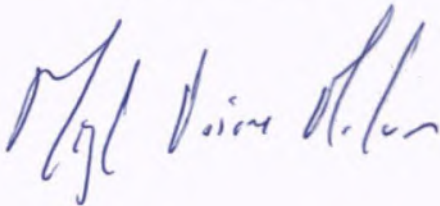
- Por último, são os tribunais, *maxime* o Tribunal Constitucional, que podem questionar o TJUE sobre a eventual incompatibilidade destas normas da Diretiva com os direitos fundamentais e resolver o eventual e hipotético conflito no quadro de um diálogo inter-jurisdicional com o TJUE.

Este é, salvo melhor opinião, o parecer de

Miguel Poiares Maduro

com a colaboração de

António C. da Frada de Sousa



Professores da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa