



Exmo(a) Senhor(a)
Dr(a). Sara Assis Ferreira
Av. de Berna, N.º 19 - Lisboa
1050-037 Lisboa

71/18.3YUSTR-E

Processo: 71/18.3YUSTR-E	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 216632 Data: 20-11-2018
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Super Bock Bebidas, S.A.		

Notificação

Assunto: Sentença

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário do Recorrido Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo da sentença proferida nos autos acima indicados com a ref^a 215972, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ao do seu envio, quando seja útil, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja – art.º 113º do C. P. Penal).

O/A Escrivão Auxiliar,

Carolina Barreiro



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

215972

CONCLUSÃO - 12-11-2018

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Hélder Roseiro)

=CLS=

Atento o encerramento da fase do inquérito no **PRC/2016/04**, com a sequente comunicação da nota de ilicitude e abertura da fase de instrução e sem prejuízo do contraditório a exercer quanto a pedidos de acesso de terceiros aos presentes autos, **entendemos que não subsiste razão ou fundamento atendível para restrição da natureza pública do processo.**

*

DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO

1

I.RELATÓRIO.

1. Por decisão interlocutória de **26 de Julho de 2018 (Ofício com a referência S-AdC/2018/1768)**, proferida no processo de contra-ordenação identificado como **PRC/2016/04**, a **Autoridade da Concorrência** (doravante AdC) indeferiu o requerimento da visada **Super Bock Bebidas, S.A.**, quanto à declaração da invalidade de diligências de busca e de apreensão de correio eletrónico.

2. A visada, aqui recorrente, **Super Bock Bebidas, S.A.**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da Autoridade da Concorrência - AdC (cfr. fls. 3 a 51).

3. **Alegou, para o efeito e em síntese, os seguintes fundamentos vertidos nas conclusões do requerimento de recurso:**

a) O presente recurso vem interposto do Ofício com referência S-AdC/2018/1768, datado de 26.07.2018, através do qual a Autoridade se pronunciou sobre o requerimento apresentado pela Recorrente em 11.04.2018, no âmbito do processo PRC/2016/04;

b) Conforme indicação da Recorrida, o referido processo encontra-se em segredo de justiça;

c) Assim, considerando o exposto e que alguma da factualidade aqui exposta (i.) deve manter-se em segredo, e (ii.) existe informação que a própria Recorrente entende não dever ser do conhecimento público, pelos prejuízos que lhe pode causar, e pelas condicionantes que pode gerar no mercado notícia do âmbito dos processos que correm termos na Autoridade da Concorrência, requer-se, ao abrigo do disposto no artigo 164.º do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

Código do Processo Civil (CPC), que não seja dada publicidade ao processo, devendo o presente processo manter-se em sigilo;

d) Não pondo a Recorrente em causa a lisura e a correção da conduta da AdC, põe em causa o facto de lhe ter sido vedada a confirmação da documentação apreendida, circunstância que afeta claramente os seus direitos, por em caso algum poder estar certa de que os ficheiros contidos no disco externo que lhe foi entregue corresponde, nem mais, nem menos, aos ficheiros apreendidos, constituindo tal circunstância uma ilegalidade da apreensão;

e) Havendo, desta forma, lugar a uma nulidade;

f) Ao contrário do que é afirmado no Ofício impugnado, o processo de cópia não foi, in loco, acompanhado pela Recorrente ou pelos seus mandatários, tendo o mesmo sido unilateralmente realizado pelos funcionários da AdC, que se limitaram, no final, a entregar uma cópia do que teria sido a documentação apreendida (não tendo permitido analisar tal documentação no momento);

g) Sendo que o mesmo foi realizado em computador que não era próprio e não foram, a Recorrente ou os seus mandatários, chamados para acompanhar e verificar a efetiva realização da cópia realizada;

h) Aliás, foi este facto que o mandatário da Recorrente alegou no próprio ato e que consta do auto de apreensão e cuja junção ao processo se requer a final;

i) Pelo que, não reveste o requerimento apresentado de qualquer caráter de desrespeito ou de falta de tento, de grosseira violação de ética processual ou até mesmo de uma ofensa ao bom nome e à reputação da AdC que, repete-se, do lado da Recorrente jamais esteve em causa – sendo que não se aceita a “advertência”, quer na sua forma, quer no seu conteúdo;

j) Tal ocorreria se, efetivamente, a Recorrente não se limitasse a constatar factos e a considerar que os erros humanos e informáticos acontecem;

k) E que não lhe foi dada a oportunidade de verificar a existência ou não dos referidos erros;

l) A Recorrente no requerimento apresentado junto da Recorrida, em 11 de abril de 2018, alegou que o despacho da Digníssima Magistrada do Ministério que ordena as buscas às mensagens de correio eletrónico, ainda que abertas, se encontrava ferido de nulidade, importando, necessariamente, que a utilização de qualquer prova relativa a mensagens de correio eletrónico que tenha sido apreendida no âmbito das buscas realizadas às instalações da Recorrente não será prova legalmente admissível;

m) Entendeu a Recorrida que tais nulidades seriam de indeferir, porquanto não seria a entidade competente para tomar posição quanto à nulidade do despacho que autoriza a realização de buscas e apreensões, sendo, neste caso, a entidade competente o próprio Ministério Público;

n) E que, ainda que tal fosse a sua posição – de que caberia ao Ministério Público verificar da existência de nulidades – sempre seria de indeferir a impossibilidade de uso da prova obtida, porquanto, no entendimento da Recorrida, a prova em causa é permitida;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

o) Para esse efeito, alega a Recorrida que para que possa estar legitimada a proceder às buscas e apreensões, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Lei da Concorrência (LdC), é necessário que haja uma decisão da autoridade judiciária competente;

p) Sendo que, sem quaisquer outras justificações, alega que tendo sido o Ministério Público quem proferiu o despacho a este caberá decidir das nulidades do mesmo;

q) Ora, com tal posição não pode a Recorrente concordar, nem a mesma tem cabimento legal;

r) Isto porque, em primeiro lugar, não existe qualquer processo judicial a correr termos junto do Ministério Público, uma vez que apenas foi aberto um NIPC para efeitos de ser proferido o referido despacho;

s) Em segundo lugar, a LdC não prevê especificamente a situação de arguição da referida nulidade, nem quem é a entidade competente para a julgar, resultando a referida competência clara das sucessivas remissões que a LdC faz, nomeadamente para o RGCO, para o CPP e para o Código de Processo Civil (CPC), de forma a que sejam preenchidas eventuais lacunas legais;

t) Assim, da leitura conjugada do n.º 1 do artigo 17.º e do n.º 1 do artigo 14.º, ambos da LdC, resulta claro que cabendo à Recorrida a direção do inquérito, bem como toda a atividade investigatória, é a Recorrida a entidade competente para decidir da nulidade daquele despacho;

u) Ao contrário do que acontece no âmbito da investigação criminal em que quem conduz o inquérito é o Ministério Público coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, no caso em apreço tal não se verifica;

v) Aliás, apenas existe um despacho do Ministério Público, porque a Recorrida, através de requerimento e nos termos do disposto na Lei que regula a sua atividade, assim o requereu;

w) Não é o Ministério Público quem assegura a condução do inquérito, nem é o Ministério Público quem decide as diligências de investigação a encetar ou quais as diligências probatórias que irão ocorrer, cabendo essa mesma decisão à Recorrida e sempre com base na sua própria investigação;

x) Pelo que, teremos necessariamente que concluir que se a direção do inquérito cabe à AdC e se o despacho do Ministério Público é um mero instrumento para que aquela possa cumprir os seus objetivos e funções, é à própria Recorrida quem cabe decidir das nulidades do inquérito e das diligências probatórias, sendo a esta quem cabe pronunciar-se sobre a referida nulidade do despacho proferido pelo Ministério Público;

y) Veja-se ainda que, caso se atendesse à tese da Recorrida – arguição de nulidades perante o Ministério Público – haveria o sério e fundado risco de se verificar um conflito negativo de competências, acarretando o risco de decisões contraditórias e de uma eventual denegação da justiça, em nítida violação do disposto no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP);

z) Na medida em que, arguindo-se parte das nulidades junto do Ministério Público e outra parte perante a Recorrida, corria-se o sério risco de haver em curso e em simultâneo dois processos distintos, um que correria a instâncias criminais e outro a instâncias concorrenciais, o que a unicidade do sistema jurisdicional não permite;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

aa) Aliás, não sendo prevista a presente situação em concreto na LdC, verifica-se que será a intenção do legislador a concentração de todo o processo na fase administrativa – como é o caso da arguição de quaisquer nulidades – na mesma entidade;

bb) Concentração esta que se encontra prevista no n.º 3 do artigo 85.º da LdC, onde se pode verificar o seguinte: “formam um único processo judicial os recursos de decisões interlocutórias da Autoridade da Concorrência proferidas no mesmo processo na fase organicamente administrativa”;

cc) Pelo que, dúvidas não restam de que a referida nulidade teria e tem que ser arguida perante a Recorrida e é a esta quem cabe decidir sobre a mesma, o que se requer para todos os efeitos legais;

dd) Acresce que, caso se verificasse que a competência para decidir da nulidade arguida pertencia ao Ministério Público, tinha a Recorrida a obrigação de remeter para essa entidade o requerimento para apreciação;

ee) Isto porque, se a Recorrida entende que não tem competência para decidir da referida arguição de nulidade, teria que remeter essa decisão para quem assume e para quem a Recorrida entende que tem competência;

ff) Apesar de a LdC não fazer expressa referência a essa obrigação, o certo é que tem remissões legais para outros diplomas, sendo eles por ordem indicada na própria LdC: o RGCO, o CPP e, subsidiariamente, ainda, o CPC;

gg) Verifica-se que, quer o RGCO, quer o CPP são, também eles, omissos quanto a esta questão, mas não o é o CPC, devendo aplicar-se as normas do mesmo;

hh) Face ao exposto, deverá ser ordenada a revogação do Ofício que ora se impugna e a sua substituição por outro Ofício que decida sobre a arguida nulidade;

ii) Para além da questão supra, entendeu ainda a Recorrida indeferir a nulidade arguida e relativa à posição da Recorrente no que concerne à realização de buscas a correspondência em sede de processos de contraordenação;

jj) Para esse efeito, no requerimento apresentado em 11 de abril de 2018, a Recorrente alega que é claro o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, quando expressamente se refere a que é “proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”;

kk) Dispondo ainda o n.º 1 do artigo 42.º do Decreto-Lei 433/82, de 27 de outubro, que “Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.”;

ll) Além de que:

«A obtenção de prova através violação do sigilo inerente aos meios de comunicação privada é excepcional, só sendo possível de adotar quando, por um lado, haja a convicção de que a mesma é indispensável para a descoberta da verdade ou que, de outra forma, a prova seria impossível ou de muito difícil obtenção e, por outro, quando em causa estiverem os crimes enumerados no n.º 1 do art.º 187.º do CPP, os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

chamados crimes de catálogo.» (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30.10.2008, Processo n.º 0878/08);

mm) Assim, por força do preceituado no n.º 1 do artigo 42.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, não são aplicáveis aos processos contraordenacionais as normas do Código de Processo Penal (CPP) que preveem a possibilidade de apreensão de correspondência (artigo 179.º);

nn) Conforme já se deixou exposto, esta restrição de meios probatórios é imposta pela própria CRP, que, no seu n.º 4 do artigo 34.º, proíbe toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência;

oo) E bem se percebe que assim seja, pois, tendo presente o decidido no Acórdão do Tribunal Constitucional acima transcrito, toda a violação de correspondência constitui uma restrição a um direito, liberdade e garantia, sendo que a ponderação de interesses em jogo em matéria contraordenacional, não permite justificar a restrição dos direitos constitucionais que a proteção dos valores protegidos pelo direito criminal pode justificar;

pp) Veja-se, inclusivamente, que mesmo em matéria criminal, existem restrições à apreensão de correspondência, visto que o legislador entendeu graduar a sua admissibilidade tendo presente o bem jurídico tutelado pela norma penal – nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 179.º do CPP, apenas se permite a apreensão de correspondência quando está em causa um crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;

qq) Refira-se, ademais, que mesmo nas hipóteses de concurso de crime e contraordenação, prevista no artigo 38.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, em que o tribunal competente para a julgar do crime é competente para julgar da contraordenação, não é afastada a aplicabilidade das limitações previstas no artigo 42.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro;

rr) Não oferecendo quaisquer dúvidas o legislador no sentido de que, independentemente da correspondência se encontrar aberta ou fechada, no caso dessa correspondência se tratar de mensagens de correio eletrónico, que estamos perante o conceito de «correspondência»;

ss) Isto porque, a Lei do Cibercrime, aprovada pela Lei n.º 109/2009, trata, indistintamente, as mensagens de correio eletrónico abertas ou fechadas, não procedendo a qualquer distinção relevante nesta matéria;

tt) Ora, se em matéria criminal o legislador entendeu tratar indistintamente este tipo de correspondência, por maioria de razão assim o será no âmbito contraordenacional;

uu) Deste modo, integram no âmbito da noção de «correspondência» as mensagens de correio eletrónico, independentemente de se encontrarem abertas ou fechadas;

vv) É entendimento da Recorrida que a Lei do Cibercrime não será aplicável ao processo sancionatório da concorrência, na medida em que “a Lei da Concorrência é lei especial” e a intenção do legislador terá sido a de “afastar o regime consagrado pela Lei do Cibercrime, e em criar um regime especial no que respeita ao âmbito dos poderes da AdC relativamente às diligências de busca e apreensão”;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

ww) A LdC regula o regime jurídico da concorrência, orientada para a sua promoção e defesa e aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e corporativo;

xx) Por sua vez, a Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro – estabelece as disposições penais materiais e processuais relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico;

yy) Ao contrário do postulado pela Recorrida, que entende que o legislador tenha sido “taxativo em permitir a recolha e apreensão de qualquer documentação (...) no âmbito de processos contraordenacionais em matéria de concorrência, sem prejuízo do regime jurídico anteriormente definido para a recolha de prova em suporte eletrónico no âmbito da investigação de crimes informáticos.”;

zz) Verifica-se com facilidade que não existe a possibilidade de perscrutar qualquer tipo de taxatividade legislativa, na medida em que é o próprio legislador quem, no artigo 13.º da LdC, reconhece a necessidade da aplicação subsidiária de outros regimes processuais em caso de falta de especificidade normativa da própria LdC;

aaa) Assim, é admissível o recurso a outras normas legais que não apenas as contempladas na LdC, nomeadamente à Lei do Cibercrime;

bbb) É ainda entendimento da Recorrida que a Lei do Cibercrime é apenas aplicável aos crimes informáticos e que, mais uma vez e por outro motivo, a mesma não será aplicável ao processo em curso;

ccc) Acontece, porém, que, é a própria Lei do Cibercrime, nomeadamente no seu artigo 1.º, que estabelece o seu âmbito de aplicação não o cingindo apenas aos crimes informáticos, mas aplica-se ainda “ao domínio (...) da recolha de prova em suporte eletrónico.”;

ddd) Assim, é incontornável que a Lei do Cibercrime é aplicável ao presente processo contraordenacional, coadunando-se com a já referida norma constitucional do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, que proíbe a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação em processos contraordenacionais;

eee) O que resulta na previsão específica do Regime Geral das Contraordenações (RGCO) constante do n.º 1 do artigo 42.º e também já nesta sede analisada;

fff) Dúvidas não podem restar de que está, assim, estabelecido que a violação dos referidos preceitos para prova de uma contraordenação constitui “uma proibição absoluta de prova”, e que esta regra “vale também para as pessoas coletivas (...) Portanto, estão vedadas (...) as interceções de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio (...) o correio eletrónico”, o que “trata-se de uma consequência do artigo 34.º, n.º 4 CRP”, in Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Portuguesa, 2011, pág. 159;

ggg) Pelo que, não podem colher os argumentos esgrimidos pela Recorrida de que não é aplicável a Lei do Cibercrime e que, por esse motivo, improcederá a arguição da nulidade por parte da Recorrente;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

hhh) Finalmente, indeferiu a Recorrida a nulidade que havia também sido arguida pela Recorrente e relativa à ausência de despacho do juiz de instrução criminal, o que importa a nulidade absoluta de toda a prova apreendida, especificamente a que respeita ao correio eletrónico;

iii) Mais uma vez, não pode a aqui Recorrente concordar com a tese avançada pela Recorrida;

jjj) Aquando da realização das buscas nas instalações da Recorrida, foi a esta entregue uma cópia da promoção da Digna Magistrada do Ministério Público, bem como dos mandados de busca emitidos na sua sequência;

kkk) Quer do referido despacho, quer do próprio mandado de busca consta a menção de que pode ser buscada e apreendida "(...) toda a documentação com relevância probatória, designadamente actas, correio eletrónico já aberto bem assim como computadores, quer se encontrem em local acessível ao público ou reservado, nas seguintes entidades: (...)";

lll) O facto do despacho e do mandado de busca e apreensão conterem a menção de que pode ser buscado e apreendido correio eletrónico já aberto não é, de todo, inocente, porquanto pretendem escamotear como competência, uma incompetência absoluta do Ministério Público para autorizar a referida busca e apreensão;

mmm) Isto porque, haveria o entendimento de que, estando o correio eletrónico já aberto, o mesmo não corresponderia à noção de "correspondência", verificando-se que o mesmo apenas se transformaria num documento e, desta forma, não se entraria no campo da reserva da vida privada e correspondência previsto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da CRP e, consequentemente, no campo do artigo 17.º do Código de Processo Penal (CPP);

nnn) No entanto, e como com certeza é do conhecimento quer da Digníssima Magistrada do Ministério Público, quer da própria Recorrida, tal distinção relativa ao correio eletrónico não tem qualquer cabimento, conforme supra referido, desde, pelo menos, a entrada em vigor da referida Lei do Cibercrime;

ooo) A entrada em vigor da Lei do Cibercrime – que conforme já teve a Recorrente oportunidade de expor, tem aplicação aos processos de contraordenação e, nomeadamente, aos processos que correm termos na Recorrida – veio por termo às aplicações analógicas que se vinham fazendo quanto ao correio eletrónico e ao regime da sua busca e apreensão, ora porque se considerava correspondência – artigo 179.º do CPP, ora porque se considerava que seriam outras comunicações – artigo 187.º do CPP;

ppp) Isto porque, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime estipula com precisão os termos em que a apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante poderá ocorrer;

qqq) Ora, como já ficou dito, o regime de apreensão de correspondência é protegido pela Constituição da República Portuguesa, tendo como corolário o disposto no artigo 179.º do CPP;

rrr) O normativo relativo à apreensão de correspondência – artigo 179.º do CPP – é muito claro, no que respeita aos termos que a mesma tem que seguir, para que a prova obtida com a referida apreensão possa ser considerada no âmbito da investigação em curso;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

sss) Ora, a Recorrente desconhece – porque impedida pela Recorrida – se existe ou não despacho proferido pelo Juiz de Instrução Criminal nesse sentido, sendo que apenas tem acesso à Douta Promoção do Ministério Público, bem como aos Mandados de Busca e Apreensão emitidos na sequência desse mesmo despacho;

ttt) Assim, dúvidas não podem restar de que os documentos apreendidos – mensagens de correio eletrónico – constituem prova proibida, porquanto terão sido obtidos sem a competente autorização judiciária, estando feridos de nulidade absoluta, conforme dispõe o referido normativo do CPP;

uuu) Como é evidente, e tendo presente o que se expôs, não é possível à Recorrente verificar da legalidade / ilegalidade da prova obtida, bem como se a mesma pode ou não ser utilizada para os efeitos pretendidos pela AdC;

vvv) No entanto, dúvidas não existem que caso não exista um mandado emitido pelo Juiz de instrução criminal ou se este Juiz que eventualmente tenha autorizado ou ordenado a diligência não foi a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida, então tal apreensão é inválida, sendo a correspondência apreendida nula e não podendo ser utilizada como prova, o que se requer para todos os efeitos legais;

www) Note-se ainda, que nem a Recorrente, nem qualquer dos seus colaboradores cujos computadores foram sujeitos a busca e conseqüentemente apreensão de correspondência eletrónica, deram o seu consentimento a essa mesma apreensão;

xxx) Motivo pelo qual, se arguiu a presente nulidade, devendo a mesma ser considerada nulidade insanável, porque obtida através de meio proibido de prova e tempestivamente alegada;

yyy) Como é bom de ver, o correio eletrónico apreendido não poderá ser usado como meio de prova, porquanto o mesmo foi obtido sem o competente despacho judicial, desconhecendo-se, ainda, se a referida correspondência foi apresentada ao Juiz de Instrução Criminal competente, para verificação da sua relevância para efeitos probatórios o que, a não ter acontecido, consubstancia outra ilegalidade que tem como consequência a nulidade da prova apreendida, o que se requer para todos os efeitos legais;

zzz) Pelo que, é nula a prova constituída pelo correio eletrónico apreendido, nulidade absoluta que aqui, expressamente, se argui para todos os efeitos legais;

aaaa) Em face de tudo quanto exposto será de concluir que o despacho recorrido viola, entre outros, o n.º 1 do artigo 17.º, o n.º 1 do artigo 14.º, o artigo 13.º e o n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, o artigo 20.º e n.º 4 do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa, o artigo 41.º, o n.º 1 do artigo 42.º e o n.º 1 do artigo 78.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, o artigo 4.º, a al. b) do n.º 1 do artigo 179.º, o n.º 3 do artigo 126.º, o n.º 3 do artigo 179.º e a al. d) do n.º 1 do artigo 268.º do Código de Processo Penal e o n.º 1 do artigo 144.º e n.º 2 do artigo 576.º do Código de Processo Civil e o artigo 1.º e artigo 17.º da Lei do Cibercrime.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

4. Terminou, **requerendo a procedência do presente recurso de impugnação, com a limitação da publicidade ao processo nos termos do disposto no artigo 164.º do CPC, no sentido de o mesmo se manter em segredo, com a declaração de nulidade do Ofício com a referência S-AdC/2018/1768 e do despacho proferido pela Digníssima Magistrada do Ministério Público e que autoriza a realização de buscas e apreensões nas instalações da Recorrente, com a declaração de nulidade da prova obtida face à ingerência de autoridade pública na correspondência da Recorrente no âmbito de processo contra-ordenacional e com a declaração da nulidade absoluta da prova obtida – correio eletrónico – por ausência do despacho do Juiz de Instrução Criminal.**

5. A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos dos artigos 87.º, n.º 2 e 85.º, n.º 1 e 2 do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio (cfr. fls. 54 a 83).

6. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos dos art.º 85.º, n.º 1 do NRJC.

7. Nos termos e para os efeitos do art.º 85.º, n.º 3 do NRJC, determinou-se a formação de um único processo entre o processo n.º 251/18.1YUSTR (autuação original) e os autos principais, através da criação de apenso. **(APENSO E)**.

8. Por terem sido tempestivamente interposto, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, foi proferido despacho a **admitir o presente recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa proferida em 26-07-2018, no âmbito do PRC/2016/04**, interposto por **Super Bock Bebidas, S.A.**, em harmonia com o disposto no art.º 85.º do NRJC.

9. Considerando que o *novo RJC* veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e *fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO* (MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, LEI DA CONCORRÊNCIA, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822); considerando que a decisão administrativa em causa não configura acto decisório de que dependa a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do PRC/2016/04, tratando-se de decisão que visou aferir da legalidade das diligências de prova determinadas por autoridade judiciária; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal (CPP), **foi proferido despacho a fixar efeito meramente devolutivo aos presentes recursos.**

10. Compulsando os termos da motivação dos recursos e atendendo ao objecto das decisões administrativas em causa – *legalidade/validade das diligências de apreensão determinadas por mandado de busca e apreensão*, afigurando-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, **notificou-se a visada/recorrente, o Ministério Público e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância.**

11. Regularmente notificada, a AdC não veio opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 04-10-2018, ref.ª 34500).

10

12. Regularmente notificada, a visada/recorrente veio declarar não se opor à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 08-10-2018, ref.ª 34518), tendo procedido ao pagamento da respectiva taxa de justiça e se pronunciado sobre as alegações da AdC de resposta ao recurso.

13. Regularmente notificado, o Ministério Público não veio opor-se à decisão por simples despacho.

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

14. Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou **provada, por admissão expressa da visada/recorrente e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos autos principais e do apenso E¹, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, a seguinte factualidade relativa à**

¹ Documentos de fls. 86 a 195 do apenso E, relativos à *Decisão da AdC de Abertura de inquérito e sujeição do processo a segredo de justiça* (Doc. 1); ao *requerimento de diligência de buscas e apreensões* (Doc. 2); ao *despacho do Ministério Público relativo às diligências de busca e apreensão* (Doc. 3); aos *mandados de busca e apreensão* (Doc. 4); *autos de busca e apreensão* (Doc. 5); *excerto da nota de ilicitude* (Doc. 6); ao *requerimento de arguição de nulidades de 11.04.2018* (Doc. 7) e *Ofício S-AdC/2018/1768* (Doc. 8).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

tramitação administrativa do processo de contra-ordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à emissão e efectivação do mandado de busca e apreensão:

A. A AdC instaurou processo de contra-ordenação, sob a referência interna PRC/2016/04 por práticas restritivas da concorrência, em que é visada a sociedade **Super Bock Bebidas, S.A.**

B. No âmbito do processo de contra-ordenação PRC/2016/04, a visada/recorrente foi alvo de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC entre os dias e **25.01.2017 e 03.02.2017** em cumprimento de mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP) datado de **20 de Janeiro de 2017**.

C. A diligência em causa foi cumprida por funcionários da AdC devidamente credenciados para o efeito.

D. Tal diligência iniciou-se com a notificação à visada/recorrente, na pessoa do seu legal representante, do mandado e respectivo despacho de fundamentação do Ministério Público.

E. A diligência foi acompanhada pelos advogados da visada/recorrente.

F. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de à apreensão de ficheiros de 4369 ficheiros de correio eletrónico (aberto) e 18 documentos em suporte de papel.

G. Em **11 de Abril de 2018**, a visada/recorrente apresentou requerimento arguindo: (i) a nulidade do despacho da Ilustre Magistrada do Ministério Público, por autorizar a apreensão de correio eletrónico já aberto; (ii) a nulidade da prova apreendida, caso as mensagens de correio eletrónico viessem a ser utilizadas no processo contraordenacional; (iii) a nulidade do despacho referido em (i), por falta de competência do Ministério Público para determinar a realização de buscas a correspondência; e (iv) a nulidade da prova apreendida por não ter sido o juiz que autorizou a diligência a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida.

H. A AdC, por decisão de **26 de Julho de 2018**, indeferiu o requerimento da visada/recorrente, considerando, entre o mais, que este deveria ter sido dirigido ao Ministério Público, órgão que praticou o acto e como autoridade que autorizou a diligência de busca, exame, recolha e apreensão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

I. Em **09.08.2018** foi adotada uma Nota de ilicitude contra a visada/recorrente no âmbito do PRC/2016/04.

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

15. O juiz *deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*” (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável “*ex vi*” arts.º 4.º, do CPP; 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO. e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

16. **Impõe o presente recurso de impugnação judicial que se aprecie a seguinte questão:**

- A decisão interlocutória da AdC de 26 de Julho de 2018 é legal e conforme aos limites de pronúncia sobre a legalidade, validade ou regularidade da diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa?

*

17. *Prima facie*, como *passada de chamada* para a argumentação relevante, cumpre recordar que **o que está em causa com este recurso de medidas de autoridade administrativa ou recurso de medidas interlocutórias é a validade da decisão da AdC de 26 de Julho de 2018 (Ofício com a referência S-AdC/2018/1768)** e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial.

18. Ou seja, ao contrário do que parece defender a AdC nas suas alegações – cfr. **conclusões l) a r)**, uma vez que a medida ou despacho interlocutório de que se recorre é a decisão referida no **ponto H) dos factos provados**, e não as próprias diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da visada, nunca se estaria perante qualquer incompetência material do Tribunal da Concorrência, Regulação e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

Supervisão para conhecer do presente recurso, visto que a **aplicação da norma de competência do art.º 112.º, n.º 2 al. b) da LOSJ, aprovada pela Lei n.º 62/2013, com referência ao art.º 85.º do NRJC, se dirige a um acto decisório procedimental da autoridade administrativa, sequente das diligências probatórias, mas que com elas não se confundem.**

19. Neste sentido e sem maiores delongas, desmerecemos qualquer abordagem que incida sobre a violação de foro jurisdicional quando está em causa é a decisão da AdC de **26 de Julho de 2018**, proferida em conhecimento de requerimento apresentado pela visada durante e na sequência das diligências de busca e apreensão efectuadas entre os dias e **25.01.2017 e 03.02.2017** em cumprimento de mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

* *

13

Da legalidade, validade ou regularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

20. Outra premissa explicativa desta decisão decorre da recente pronúncia deste Tribunal e deste signatário, constante da sentença de 03-05-2018, proferida no âmbito do **processo n.º 83/18.7YUSTR**, e da sentença de 17-05-2018, proferida no âmbito deste processo e **PRC/2016/04 – apenso A, tendo tais decisões transitado em julgado sem qualquer interposição de recurso².**

21. Efectivamente, todas as alegações da visada neste apenso correspondem, essencialmente, às alegações vertidas na impugnação judicial conhecida naqueles processos e no âmbito de processo contra-ordenacional instaurado pela AdC por práticas restritivas da concorrência, pelo que aqui se reiterará o nosso entendimento mercê da inexistência de qualquer razão superveniente para transmutar a nossa pronúncia.

*

22. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da decisão interlocutória da AdC de **26 de Julho de 2018** e do indeferimento das pretensões da

² Assim como das sentenças proferidas nesta data nos **apensos D, G e I**, não transitadas em julgado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-E

visada consignada no requerimento de **11 de Abril de 2018**, prende-se com o entendimento da AdC quanto à sua própria competência para apreciar da validade, legalidade e regularidade das diligências de busca e apreensão determinadas por autoridade judiciária no âmbito do NRJC e para conhecer dos termos de cumprimento do mandado pela AdC e da nulidade desse mesmo mandado por violação do art.º 126.º, n.º 3 do CPP e do regime processual de prova proibida na dimensão da aquisição probatória ilícita de correspondência sem o consentimento do respectivo titular.

23. Por sua vez, o centro nevrálgico da posição da visada/recorrente neste recurso aquilata-se, de modo preclaro, na sua declarada pretensão em aferir da legalidade do mandado de busca e apreensão, emitido por autoridade judiciária, quanto à apreensão do correio electrónico³.

24. Ora, este Tribunal, além das sentenças acima referidas que partilham o mesmo objecto de impugnação, no âmbito de recursos de medidas interlocutórias proferidas em processos de contra-ordenação instaurados por práticas restritivas da concorrência – **cfr. sentença de 25-10-2016, proc. n.º 195/16.1YUSTR, transitada em julgado** - já teve oportunidade de exprimir o seu entendimento quanto à sindicância das diligências de obtenção de prova determinadas por autoridade judiciária que não o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

25. Terá cabonde nesta instância a revisitação dessa fundamentação, que entendemos de contributo sistemático para o regime do segredo de negócio e para a compreensão dos limites de actuação da AdC e da legalidade das decisões interlocutórias⁴.

³ Como bem nota a AdC na resposta à impugnação das decisões interlocutórias: *“Ainda que as Recorrentes invoquem (a jusante), a nulidade da diligência de busca executada pela AdC, bem como a nulidade da prova apreendida (cfr. capítulo III dos Recursos), a verdade é que tais nulidades decorrem (a montante) de uma pretensa nulidade do mandado emitido pelo Ministério Público, a qual é expressamente identificada pelas Recorrentes (cfr. capítulos IV e VI dos Recursos).”*

⁴ Quanto a este encadeamento sistemático remete-se para a cronologia destas pronúncias do TCRS ao longo deste período de litigância interlocutória: **i) Processo n.º 1/16.7YUSTR, sentença de 02/2016** (esta sentença foi posteriormente anulada pelo Tribunal da Relação de Lisboa por falta de competência e depois, após apensação ao processo n.º 225/15.4YUSTR-A, foi total e integralmente mantida pela decisão sequente e confirmada pelo mesmo Tribunal da Relação) – julgou procedente o recurso de impugnação da decisão da AdC, na parte em que permite às visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como prova na NI, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta; **ii) Processo n.º 195/16.1YUSTR, sentença de 10/2016** – julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que solicitou a identificação de confidencialidade da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-E

26. Efectivamente, como temos vindo a assinalar em várias decisões, os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC⁵ traduzem-se numa “*das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos*”, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte - LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 209.

27. Todavia, por uma opção expressa e inequívoca do legislador, tais diligências estão sujeitas a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária, integrando a protecção qualificada de espaços domiciliários ou equiparados (dependência fechadas,

totalidade da informação apreendida nas instalações das visadas, a preparação de resumos de informação confidencial e a preparação de versões não confidenciais dos documentos considerados parcialmente confidenciais, na parte relativa à preparação de resumos de informação/documentação confidencial; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o pedido de exclusão de documentos sujeitos a sigilo profissional, bem como dos documentos pessoais sujeitos à reserva da intimidade privada, em particular informação protegida por sigilo bancário sem qualquer relevância para o âmbito do processo, apreendidos durante as diligências de busca e apreensão; iii) **Processo n.º 195/16.1YUSTR-B, sentença de 12/2016** - julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que exige às visadas/destinatárias a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida nas diligências de busca e apreensão; iv) **Processo n.º 291/16.5YUSTR, sentença de 12/2016** – julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu pedido de disponibilização aos mandatários/assessores económicos da visada de cópia dos documentos utilizados na NI; v) **Processo n.º 20/16.3YUSTR, sentença de 03/2017** - julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o pedido de junção aos autos e consulta de elementos desentranhados relativos ao pedido de dispensa; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o requerimento de apensação dos processos; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu pedido da recorrente de exclusão do processo de toda a informação pessoal, informação relativa a clientes, informação relativa a aconselhamento jurídico e a comunicações com advogados e auditores, bem como informações gerais relevantes para o objecto da prova do processo; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o pedido da recorrente de disponibilização de cópia integral da versão consultável do processo; vi) **Processo n.º 225/15.4YUSTR-B, sentença de 06/2017** – julgou improcedentes os recursos de impugnação de decisão da AdC que procedeu ao levantamento da suspensão do acesso aos documentos em data room, expurgados dos documentos apreendidos à visada/recorrente do Processo n.º 225/15.4YUSTR-A; vii) **Processo n.º 291/16.5YUSTR-A, sentença de 03/2018 (não transitada)** – determinou a anulação de decisão interlocutória da AdC de indeferimento, por extemporaneidade, de pedido de acesso e consulta de documentos com potencial valor exculpatório.

⁵ 1 - No exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente: (...) c) Proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova; d) Proceder à selagem dos locais das instalações de empresas e de associações de empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, bem como dos respetivos suportes, incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

escritórios de advogados ou consultórios) e de apreensão de documentos - cfr. artigos 19.º⁶, 20.º⁷ e 21.º⁸ do NRJC - em linha com os poderes de investigação criminal.

28. Por via da tutela e da dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexas com a protecção da vida privada, do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações, o legislador foi clarividente ao atribuir competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma às autoridades judiciárias com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC.

⁶ 1 - Existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da presente lei ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência. 2 - O requerimento deve mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização. 3 - O juiz de instrução pode ordenar à Autoridade da Concorrência a prestação de informações sobre os elementos que forem necessários para o controlo da proporcionalidade da diligência requerida. 4 - O despacho deve ser proferido no prazo de 48 horas, identificando o objeto e a finalidade da diligência, fixando a data em que esta tem início e indicando a possibilidade de impugnação judicial. 5 - À busca domiciliária aplica-se o disposto na alínea b) do n.º 4 e nos n.os 5 a 8 do artigo 18.º, com as necessárias adaptações. 6 - A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz de instrução e efetuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade. 7 - Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, esta é realizada, sob pena de nulidade, na presença do juiz de instrução, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente. 8 - As normas previstas no presente artigo aplicam-se, com as necessárias adaptações, a buscas a realizar noutros locais, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas.

⁷ 1 - As apreensões de documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária. 2 - A Autoridade da Concorrência pode efetuar apreensões no decurso de buscas ou quando haja urgência ou perigo na demora. 3 - As apreensões efetuadas pela Autoridade da Concorrência não previamente autorizadas ou ordenadas são sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas. 4 - À apreensão de documentos operada em escritório de advogado ou em consultório médico é correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 7 e 8 do artigo anterior. 5 - Nos casos referidos no número anterior não é permitida, sob pena de nulidade, a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional, ou abrangidos por segredo profissional médico, salvo se eles mesmos constituírem objeto ou elemento da infração. 6 - A apreensão em bancos ou outras instituições de crédito de documentos abrangidos por sigilo bancário é efetuada pelo juiz de instrução, quando tiver fundadas razões para crer que eles estão relacionados com uma infração e se revelam de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao visado. 7 - O juiz de instrução pode examinar qualquer documentação bancária para descoberta dos objetos a apreender nos termos do número anterior. 8 - O exame é feito pessoalmente pelo juiz de instrução, coadjuvado, quando necessário, pelas entidades policiais e por técnicos qualificados da Autoridade da Concorrência, ficando ligados por dever de segredo relativamente a tudo aquilo de que tiverem tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.

⁸ É competente para autorizar as diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e nos artigos 19.º e 20.º o Ministério Público ou, quando expressamente previsto, o juiz de instrução, ambos da área da sede da Autoridade da Concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-E

29. Esta definição do foro de competência, por um lado, delimita o exercício dos poderes de investigação e aquisição probatória atribuídos à AdC, e, por outro, garante um nível de protecção dos direitos e interesses das visadas acrescido pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal.

30. Fora deste âmbito, à luz dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC, **este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica própria, exclusiva e autónoma para sindicar as decisões das autoridades judiciais competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.**

31. Como tal, a proposta de enquadramento processual defendida pela visada/recorrente incorre numa grosseira ab-rogação do regime processual, cujas consequências significariam a subversão total do regime de aquisição probatória transversal ao Direito Público Sancionatório.

32. Imagine-se a situação processual em que este Tribunal apreciaria a legalidade de um mandado emitido por Juiz de instrução nos termos do art.º 19.º, n.º 1 do NRJC, concluindo pela nulidade daquele exercício de competência e pela utilização de um método proibido de prova, validado pelo mesmo Juiz de Instrução e cujas decisões não podem ser controladas por um outro Tribunal de 1.º instância em completa preterição das regras de extensão e limites da competência jurisdicional segundo a matéria, o valor, a hierarquia e o território, cujo resultado seria um evidente desaforamento daquela competência.

33. Assim, este Tribunal, o qual **não dispõe de qualquer competência própria, exclusiva e autónoma** para deferir diligências probatórias invasivas e lesivas de direitos, liberdade e garantias, **ver-se-ia instituído num poder horizontalmente paralelo do Juiz de Instrução mas hierarquicamente superior** O mesmo deve valer para o Ministério Público, atento o seu figurino constitucional, funções e estatuto, nomeadamente o Ministério Público junto do DIAP e enquanto autoridade competente para o exercício da acção penal.

34. **no que importasse à revisão, sindicância e aferição da sua legalidade/ilegalidade.**

35. Julgamos que a doutrina e o regime processual não admitem esta consequência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

36. “*Os regimes especiais prevêem a autorização judicial de busca, mas discute-se qual é o juiz competente. Em regra, o juiz competente é do Tribunal que conhecerá da impugnação judicial da decisão administrativa e não do juiz de instrução*” – PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, página 166, anotação ao artigo 42.º.

37. Todavia, no NRJC o legislador não deixou qualquer margem de dúvida no sentido em que confere às autoridades judiciárias competentes em matéria criminal – Ministério Público e Juiz de Instrução – a competência para o deferimento de diligências de busca e apreensão de documentos.

38. Assim, se “*as nulidades e irregularidades das buscas são arguidas diante de quem as ordenou*” – idem, pág. 166, **as nulidades e irregularidades decorrentes das diligências de busca e apreensão determinadas pelas autoridades judiciárias competentes em matéria criminal devem ser arguidas perante aquelas autoridades** – por reclamação hierárquica, requerimento ou até impugnação judicial - e sujeitas a instância recursiva para aquele foro.

39. Seguindo a remissão dos artigos 83.º do NRJC e 41.º do R.G.CO., afigura-se-nos concludente que o regime processual penal de sindicância da validade das medidas de obtenção de prova restritivas de direitos fundamentais, sujeita a reserva de lei e de autoridade judiciária para a respectiva autorização, há-de servir para acolher a pretensão da visada/recorrente de sindicância da validade, legalidade e regularidade dos mandados de busca e apreensão, emitidos no âmbito de medida restritiva determinada em processo contra-ordenacional.

40. Este regime processual – previsto nos artigos 119.º; 120.º; e 174.º a 186.º do CPP – permite a cominação de vício de nulidade sanável em caso de preterição de formalidades essenciais, mediante a arguição de inexistência, nulidade ou irregularidade do acto respeitante ao *inquérito* perante o Ministério Público, mediante despacho passível de reclamação para o respetivo superior hierárquico – neste sentido e analisando diferente casuísmo inerente à autonomia de actuação do Ministério Público na fase de inquérito e à limitação da intervenção de JIC aos casos expressamente tipificados na lei cfr. Ac. RP, de 26-



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

02-2014, proc. n.º 9585/11.5TDPRT.P1, relator EDUARDA LOBO; Ac. RL de 22-11-2017, proc. n.º 684/14.2T9SXL.L2-3, relator JOÃO LEE FERREIRA⁹ e Ac. RP de 02-11-2005, proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA¹⁰, Ac. RG de 05-12-2016, proc. 823/12.8PBGMR.G1, relator PAULA ROBERTO¹¹; Ac. RG de 20-09-2010, proc. n.º 89/09.7GCGMR.G1, relator TERESA BALTAZAR¹², todos disponíveis em dgsi.pt.

41. Este regime de sindicância, em glosa qualificada naqueles arestos¹³, acarreta uma consequência interpretativa *a fortiori ratione*, no sentido em que, se no processo criminal o exercício de competências probatórias restritivas de direitos, liberdade e garantias pelo Ministério Público se encontra salvaguardado por aquele regime de sindicância corresponsivo da sua autonomia e domínio do inquérito, **tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão pudesse intervir no controlo dessa actividade além daquilo que o Juiz de Instrução pode nos termos da lei processual penal.**

19

42. Assim, admitir que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão, o qual não dispõe de qualquer competência para decidir medidas probatórias restritivas ou coactivas, pudesse rever o exercício dessas competências pelo Ministério Público, enquanto autoridade judiciária competente em matéria criminal, distorceria as regras processuais de determinação

⁹ Sumário: *Durante a realização do inquérito, só o magistrado do Ministério Público tem o poder de apreciar e decidir sobre a pertinência da realização de diligências probatórias e só ao Ministério Público compete formular o juízo sobre a existência de fundadas suspeitas de que alguém cometeu um crime e que por isso deve ser constituído como arguido, nos termos do artigo 58º n.º 1 alínea a) do C.P.P.*

¹⁰ Sumário: *Na fase de inquérito, fora das situações previstas nos artigos 268º e 269º do CPP98, o Juiz não pode conhecer da arguição de nulidades.*

¹¹ Sumário: *I) O Ministério Público goza de independência e autonomia que não se compadecem com ordens concretas de um juiz no sentido do suprimento de uma determinada irregularidade por parte daquele. II) Daí que por falta de fundamento legal, não pode o juiz determinar a devolução dos autos ao Ministério Público para sanação de irregularidade concretizada numa notificação ao arguido de uma incorrecta identificação do defensor que lhe foi nomeado.*

¹² Sumário: *No âmbito do inquérito, o M. P. tem competência para decidir sobre os pressupostos processuais, isto é, e a título exemplificativo, sobre a legitimidade e tempestividade da denúncia, prescrição ou ocorrência de factos impeditivos do procedimento criminal como a amnistia, competência em razão da matéria ou do território. E, naturalmente, tem também competência para conhecer de nulidades e irregularidades processuais cometidas no âmbito do inquérito.*

¹³ Em sentido divergente, cfr., *inter alia*, a fundamentação do Ac. RG de 05/02/2018, proc. n.º 683/16.0PBGMR.G1, relator ALDA CASIMIRO e que defende que “o JIC possui competência para verificar a existência de irregularidade em despacho proferido pelo Mº Pº em fase de inquérito, desde que tempestivamente arguida”, e que “tal entendimento não viola a autonomia do Ministério Público, pois que a mesma não pode ser confundida com direcção do inquérito, sem qualquer controlo jurisdicional”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

do direito processual aplicável, subvertendo o equilíbrio constitucional deferido aos processos sancionatórios de natureza pública e previsto no art.º 32.º da CRP.

43. Em suma, com a construção propugnada pela visada/recorrente, o processo contra-ordenacional assumiria uma instância de controlo das medidas probatórias restritivas e previstas nos artigos 18.º, n.º 2, 19.º, 20.º e 21.º do NRJC que iria além do controlo das medidas restritivas em processo criminal e que nem sequer dispõe de norma expressa habilitante, além de contrariar o regime contra-ordenacional de subsidiariedade.

44. Ainda assim, entendemos que pode ser aportado um outro argumento, sequente dos precedentes e que visa trazer algum equilíbrio à protecção dos interesses da visada/recorrente no âmbito do processo contra-ordenacional.

45. Se nos é permitido, qualificaríamos este anunciado argumento de **funcionalidade normativa e processual do controlo jurisdicional.**

46. Compreendida que seja a natureza do controlo jurisdicional efectuado por este Tribunal das decisões proferidas pela AdC no âmbito do processo contra-ordenacional, diríamos que o resultado da diligência processual determinado pelo mandado emitido pelo Ministério Público se apresenta, nesta fase, inócuo para o sancionamento da visada por práticas restritivas da concorrência.

47. Isto é, a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC, no momento processual em que a decisão interlocutória impugnada foi proferida, não havia procedido a qualquer **acto processual tendente à utilização dessa prova** para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude.

48. Aliás, tão mais prematura é essa relevância que, como temos vindo a dizer, essa apreensão não isenta a AdC de um juízo de utilidade e aferição do valor probatório nos actos de prosseguimento processual do respectivo processo sancionatório e que pode, em abstracto, conduzir a uma decisão de irrelevância e desentranhamento da prova, esvaziando a ilegalidade da restrição que a visada/recorrentes quer ver sindicada.

49. Por conseguinte, uma vez que este Tribunal, nos termos do art.º 88.º do NRJC, tem competência de plena jurisdição para conhecer dos recursos interpostos das decisões em que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

tenha sido fixada pela Autoridade da Concorrência uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, julgamos que nunca poderá estar afastada a possibilidade de aferir do regime processual de utilização de métodos proibidos de prova, por referência ao art.º 126.º, n.º 3 do CPP.

50. No entanto, entendemos que esse conhecimento de plena jurisdição depende, apodictamente, da efectiva e concreta utilização no processo contra-ordenacional de *provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular, ressalvados os casos previstos na lei.*

51. Este argumento de funcionalidade normativa e processual pretende assinalar que o exercício desse controlo de plena jurisdição, no segmento de sindicância de nulidades decorrentes da utilização de métodos proibidos de prova, depende da utilização, pela AdC, dessas provas supostamente obtidas de modo ilegal.

52. Esta utilização terá, necessariamente, de consubstanciar uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC no âmbito de processo contra-ordenacional e de acordo com a tramitação prevista no NRJC.

53. Ora, neste PRC/2016/04, a AdC limitou-se a requerer as diligências de prova e a executar os respectivos mandados, nos termos determinados pelos despachos do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, sem que tenha existido, nos termos aqui propostos, qualquer utilização processual própria, autónoma e funcionalizada que possa integrar o controlo jurisdicional deste Tribunal nos termos do regime e das normas de competência previstas no NRJC.

54. Para que fique claro e ausente de dúvida, a utilização na decisão final condenatória de provas obtidas em violação do art.º 126.º, n.º 3 do CPP pode, e deve, ser controlada pelo Tribunal de recurso de impugnação judicial, porquanto configura uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

55. Os artigos 84.^{o14} e o art.º 112, n.º 1 al. a) e n.º 2 al. b) da LOSJ conferem respaldo a este entendimento, pois que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão dispõe de competência recursiva exclusiva para a decisão interlocutória da AdC de **26 de Julho de 2018**, decisão essa que indeferiu as arguidas nulidades do mandado de busca e apreensão.

56. A determinação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, realizadas nas instalações da visada, não corresponde a qualquer decisão da AdC, mas consubstancia, antes, um acto de competência jurisdicional do Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

57. *Ergo*, este Tribunal tem competência para conhecer das medidas interlocutórias de **26 de Julho de 2018** mas não dispõe de qualquer competência para conhecer da legalidade (*lawfulness*), existência de indícios suficientes ou razoáveis (*reasonable suspicion*), necessidade e justificação material (*substantive justification*) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

58. De modo mais lapidar, “*com esta fixação de competência territorial em Lisboa no que às autoridades judiciárias responsáveis pela prática de actos no decurso da fase administrativa do procedimento contra-ordenacional respeita, e tendo em consideração que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão está sediado em Santarém, a competência para as infracções anti-concorrenciais fica repartida entre Lisboa e Santarém*” – MARIA JOSÉ COSTEIRA/MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, anotação ao artigo 21.º do NRJC, Almedina, pág. 242.

59. É que certo que, “*tendo em conta a natureza das decisões proferidas pelo juiz de instrução a propósito das buscas domiciliárias e da autorização/validação das apreensões e a compreensão que delas pode resultar para os direitos, liberdades e garantia fundamentais, quer dos cidadãos (no caso das buscas domiciliárias e eventuais apreensões nelas realizadas)*”

¹⁴ 1 - Cabe recurso das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cuja irrecorribilidade não estiver expressamente prevista na presente lei. 2 - Não é admissível recurso de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições. 3 - Das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. 4 - O recurso tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem medidas de carácter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º, cujo efeito é suspensivo. 5 - No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

quer das pessoas colectivas (apreensão de documentos), tais decisões são necessariamente recorríveis” – idem, pág. 243.

60. Todavia, este *desfasamento geográfico*¹⁵ da competência jurisdicional é acompanhado da ausência de *qualquer regra reguladora da impugnação das decisões proferidas pelo juiz de instrução* – idem 243, facilmente explicada por não haver, em regra e no Direito Contra-ordenacional, a intervenção de autoridades judiciais em matéria penal e pela proibição geral de aquisição e produção de meios de prova através da intromissão de correspondência e nos meios de telecomunicação, prevista no art.º 42.º, n.º 1 do R.G.CO.

61. “*Deve, pois, considerar-se a existência de uma lacuna e, por conseguinte, recorrer ao direito subsidiário de segunda linha, o Código de Processo Penal, considerando, assim, ser a decisão do juiz de instrução recorrível (artigo 399.º do Código de Processo Penal e 400.º, a contrario, do mesmo código), sendo competente para apreciar o recurso, dado a decisão recorrida ser proferida pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, o Tribunal da Relação de Lisboa (secção criminal)*” - idem, pág. 243.

62. Em ascese do que temos vindo a dizer, não vislumbramos qualquer obstáculo à extensão deste entendimento qualificado quando estejam em causa diligências determinadas pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

63. Seguimos, então, a argumentação da AdC quando afirma que “*É efetivamente unânime e transversal aos vários ramos do Direito o entendimento de que o órgão que pratica o ato inválido deve ter a possibilidade de aferir da sua legalidade/ilegalidade e, se for caso disso, revogá-lo. A AdC considerou-se, deste modo, incompetente para se pronunciar sobre aquelas alegadas invalidades/nulidades, na medida em que, a existirem, e não tendo as mesmas sido cometidas por esta Autoridade, não é a mesma competente para as apreciar. Tais arguições deveriam, pois, ter sido dirigidas à Secção de Turno do DIAP e ali apreciadas, sendo esse um ónus que cabe à ora Recorrente e não à AdC.*”

¹⁵ Expressão feliz utilizada na Lei da Concorrência Anotada, Almedina, pág. 224.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-E

64. A perspectiva que é trazida pelas três sentenças proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa nos processos n.º 97/06.0TYLSB¹⁶, n.º 214/07.2TYLSB¹⁷ e n.º 219/07.3TYLSB¹⁸, respectivamente de 24 de Abril de 2007, de 3 de Junho de 2007 e de 23 de Julho de 2007, e pelo Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Janeiro de 2007, no processo n.º 5807/2006-5, acessível em dgsi.pt. (invocados pela visada e/ou invocados noutros recursos com o mesmo objecto), não é diferente daquela que aqui defendemos¹⁹.

65. Na aparência, tais decisões permitiriam descobrir, em abstracto, a possibilidade deste Tribunal se pronunciar sobre a legalidade, validade e regularidade da emissão de mandados de busca e apreensão e das diligências determinadas por autoridade judiciária no âmbito dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC.

66. Tais decisões teriam como escopo comum a admissão de que tal objecto de impugnação pode ser sindicado perante a AdC, perante o Tribunal competente para o recurso da impugnação judicial e com a amplitude de impugnação que a visada/recorrente pretende aqui ver reconhecida.

67. Todavia, a **análise do conteúdo e do casuísmo inerente a cada uma das decisões impede, *ab initio*, qualquer cogitação de *case law* ou precedente judicial a levar em linha de conta nesta jurisdição e decisão.**

68. A sentença proferida no proc. n.º 97/06.0TYLSB respeita a um **mandado emitido pela própria AdC**, arguindo a recorrente a necessidade de intervenção de JIC para apreensão

¹⁶ Disponível em

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/%C3%81reaFarmaceutica%20IDI_09_06_TCL_14.05.2007.pdf.

¹⁷ Disponível em

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/NORB_OX%20IDI_02_07_TCL_05.06.2007.pdf.

¹⁸

Disponível

em

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/Cartona_rte%20DJC_01_07_TCL_23.7.2007.pdf.

¹⁹ Não nos foi possível consultar, por indisponibilidade de acesso informático, as sentenças referidas pela visada relativas aos processos n.º 570/07.2TYLSB, de 16.06.2008; e n.º 572/07.9TYLSB, de 06.12.2007, apesar de as mesmas serem doutrinariamente referenciadas como prática judicial relativa a recursos interlocutórios que foram julgados improcedentes – cfr., entre outros, Revista de Concorrência e Regulação, n.º 6, Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo – *O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pág. 87 e seguintes, disponível

http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%206.pdf.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-E

de correspondência, tendo o Tribunal concluído, em suma, que o mandado de busca e apreensão foi válida e regularmente emitido e que os documentos apreendidos se encontravam cobertos pelo seu objecto.

69. Já a sentença proferida no proc. n.º 214/07.2TYLSB conheceu apenas da questão da extemporaneidade do recurso e da equiparação da sede de pessoas colectivas ao domicílio pessoal para efeitos da qualificação da diligência probatória, dizendo expressamente a sentença que *“não havendo, por conseguinte, de apurar se a competência caberia ao Tribunal de Comércio de Lisboa ou ao Juiz de Instrução Criminal nem tão pouco que apreciar a questão do seu consentimento para a realização das buscas”*.

70. Também no proc. n.º 5807/2006-5 a pronúncia da Relação de Lisboa se revela de remoto aproveitamento, visto que o Acórdão expressamente refere que *“Destarte, o legislador não pretendeu que a matéria relativa a buscas ou outros actos que atingem os direitos da empresa ficassem excluídos da competência do Tribunal de Comércio, em função da natureza da matéria a apreciar”*, o que significa que aquele aresto assume como premissa argumentativa a solução contrária àquela que ficou expressamente prevista no art.º 18.º, n.º 2 e 21.º do NRJC.

71. Já a sentença proferida no n.º 219/07.3TYLSB conheceu apenas da questão essencial relativa à equiparação da sede das pessoas colectivas ao domicílio pessoal e à sequente qualificação das buscas como domiciliárias e validade do consentimento prestado, tendo o Tribunal concluído que, tendo as buscas sido determinadas por autoridade judiciária competente (Ministério Público) e não havendo equiparação com as buscas domiciliárias, foram respeitados todos os requisitos formais previstos na lei, *irrelevando* a prestação de consentimento – cfr. fls. 10 e 28 da sentença.

72. Também aqui, o Tribunal expressamente se escusa ao conhecimento da questão de saber, caso fosse necessária a intervenção do Juiz, qual seria o Tribunal competente, se o Tribunal de Comércio ou o Tribunal de Instrução Criminal competente para tal.

73. Sublinhando a circunstância (não decisiva) de que tais decisões judiciais foram proferidas no âmbito da revogada Lei n.º 18/2003, a qual não dispunha de regime processual equivalente aos artigos 18.º, n.º 2 e 21.º do NRJC, **afigura-se-nos claro que tais pronúncias**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

transportam um entendimento que afastámos criticamente e por referência a argumentos de ordem sistemática e de hermenêutica normativa.

74. Efectivamente, o impulso da AdC na solicitação da emissão de mandado à luz do art.º 19.º do NRJC não pode ser confundido com o exercício de **competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma das autoridades judiciárias com competência em matéria criminal** para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC.

75. Efectivamente, a visada/recorrente não veio impugnar, como se diz na sentença do proc. n.º 97/06.0TYLSB²⁰, *que a decisão da Autoridade da Concorrência tenha sido tomada no âmbito da sua competência própria, de proceder, nos termos do n.º 1, alínea c) do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, às diligências de buscas e apreensão.*

76. Julgamos também que os argumentos esgrimidos e/ou repetidos pelas visada/recorrente nada infirmam quanto a este enquadramento.

26

77. A expensas de ponto prévio da impugnação, a visada vem suscitar um suposto vício procedimental das diligências de busca e apreensão, cujo contributo para a impugnação judicial que não logramos alcançar.

78. Na verdade, a alegação de que a visada não teve acesso a consultar a prova recolhida nem acompanhou *in loco o processo de cópia* da documentação apreendida, apesar de lhe ter sido entregue um disco rígido e apesar de ter acompanhado as diligências e de, inclusive, ter assinado o respectivo auto de apreensão, suscitam-nos as maiores dificuldades na compreensão da utilidade e pertinência desse ponto prévio, tornando-a absolutamente espúria ou, no mínimo, despicienda para a presente decisão de mérito, que nada tem que ver com o acesso à prova dos autos nem com qualquer comportamento decisório da AdC que tenha limitado, restringido ou afectado aquele acesso.

79. Tanto mais que essa limitação, restrição e/ou afectação é liminarmente arguida e de modo vago, inconsequente e acessório.

80. Daí que a afirmação de que a visada *põe em causa o facto de lhe ter sido vedada a confirmação da documentação apreendida, circunstância que afeta claramente os seus*

²⁰ Como vimos, neste processo estava em causa mandado de busca e apreensão emitido pela própria AdC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

direitos, por em caso algum poder estar certa de que os ficheiros contidos no disco externo que lhe foi entregue corresponde, nem mais, nem menos, aos ficheiros apreendidos, constituindo tal circunstância uma ilegalidade da apreensão, havendo, desta forma, lugar a uma nulidade consubstancia uma alegação abusiva, conclusiva e vazia de substrato atendível.

81. No resto e no demais, o *argumento de cúpula* da visada/recorrente para legitimar a amplitude do recurso parte da construção de uma ficção que faz corresponder o impulso/execução processual da diligência probatória com a competência decisória para a mesma diligência que se nos afigura precária, insuficiente e de difícil sustentação.

82. Pelo contrário, o que a visada/recorrente quer discutir nesta instância é, efectivamente, o *despacho de autorização emitido pelo Ministério Público*, em suma, a emissão do mandado de busca e apreensão quanto ao âmbito da sua legalidade para autorizar a AdC à apreensão de correio electrónico.

27

83. Por outro lado, já assinalámos o elemento de contexto interpretativo pelo qual o legislador assumiu um *desfasamento geográfico e de foro* quanto à competência das diligências determinadas por autoridade judiciária no âmbito dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC e quanto à competência para a impugnação de decisões, interlocutórias ou finais, da AdC.

84. Neste conspecto, não se poderá dizer, sem mais e como no proc. n.º 214/07.2TYLSB, que *“as nulidades são arguidas perante a entidade que tem a direção do processo na qual a mesma se suscite”*, visto que essa asserção tem que ser testada perante aquela *repartição de competências entre Lisboa e Santarém*.

85. A visada/recorrente, notificada dos respectivos mandado e despacho de fundamentação do Ministério Público para as diligências de busca e apreensão determinadas no PRC/2016/04, pretende que este Tribunal assuma, perante aquela autoridade judiciária, uma competência de instância superior, criando, para tanto, duas instâncias paralelas que apreciem da legalidade das diligências de busca e apreensão em processo sancionatório.

86. No que importa, a visada/recorrente pretende que este Tribunal, num primeiro momento, volte a apreciar os fundamentos do deferimento das diligências de busca e apreensão determinadas pelo Ministério Público, delimitando a amplitude do seu objecto, e,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

num segundo momento, volte a apreciar a validação do cumprimento do mesmo mandado pela AdC.

87. Este entendimento apresenta-se vazio de qualquer atendibilidade ou razoabilidade adjectiva.

88. **À luz do enquadramento processual, este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica para sindicar as decisões das autoridades judiciais competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.**

89. Ainda que se subordine tais diligências a um **regime de controlo e validação de autoridade judiciária com protecção qualificada de espaços domiciliários ou equiparados e de apreensão de documentos - cfr. artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC** em linha com os poderes de investigação criminal, não se pode deixar de notar que a AdC, enquanto entidade administrativa reguladora e de supervisão, na qual se concentram ao mesmo tempo poderes de investigação e de sancionamento, dispõe de mecanismos de ingerência nas entidades reguladas manifestamente invasivos e tributários de fundada suspeita da prática de infracções concorrências.

90. Daí que o art.º 30.º, n.º 1 do NRJC acometa à AdC uma função garantística de protecção do segredo de negócio: *na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio.*

91. Por conseguinte, **a enunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC adquire a devida concretização pela atribuição à AdC de uma responsabilidade de *cariz fiduciário ou de custódia* na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.**

92. Sobre tudo o que subjaz ao exercício da competência da autoridade judiciária na emissão de mandados de busca e apreensão ao abrigo dos artigos 18.º, n.º; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC, não pode este Tribunal pronunciar-se sob pena de ingerência inadmissível nos poderes de investigação e sancionamento, em violação do princípio de separação de poderes.

93. **Todavia, a protecção que a visada/recorrente invoca, além do que dissemos sobre o controlo da utilização de métodos proibidos de prova, só pode ser afirmada**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

através da anunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e atribuição à AdC de uma responsabilidade de *cariz fiduciário ou de custódia* na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.

94. Quer isto dizer, que cabe à AdC, validadas as diligências instrutórias de busca e apreensão de documentos, decidir, posteriormente quais os documentos que devem permanecer no processo, em função do seu valor exculpatório e inculpatório²¹.

95. Contudo, o que é objecto da interposição deste recurso interlocutório não é qualquer decisão sobre o valor exculpatório e inculpatório dos documentos apreendidos ou sobre o acesso da visada a esses elementos, mas o modo como a autoridade judiciária competente – *o Ministério Público da área da sede da Autoridade da Concorrência* – exerceu a essa competência no deferimento de diligências de obtenção de prova por busca e apreensão – *downraids* – efectuadas na sede da visada.

96. O argumento repetido trazido pela visada de que foi arguida a nulidade da apreensão do correio eletrónico, efetuada na prática pela AdC, e que essa nulidade tem

29

²¹ Como deixámos expresso na sentença do proc. n.º 195/16.1YUSTR: “ *admitimos, frontalmente, que a AdC dispõe de competência para autorizar o desentranhamento de documentos apreendidos, mesmo posteriormente à diligência de apreensão – trata-se de uma actuação plenamente conforme com a actividade de investigação e apuramento de factos com relevância sancionatória, em função do continuo apuramento de factos ao longo do processo.*”

A indicição probatória que subjaz à validade das diligências instrutórias do processo sancionatório não se confunde com os juízos ulteriores sobre a utilidade, pertinência e adequação de tais meios de prova para prova dos factos entretanto apurados.

Parece-nos até elementar assinalar a diferença entre os pressupostos que devem presidir ao deferimento de diligências de prova de natureza invasivas numa fase inicial do processo e os pressupostos que, após apuramento e aprofundamento das diligências de prova, devem presidir a um juízo de oportunidade processual sobre o interesse de manter tais elementos de prova no processo.

A decisão sobre a validade na obtenção de meios de prova não equivale nem delimita a decisão sobre a relevância/irrelevância dessa prova por confronto com outros elementos de prova e com os factos indiciados.

Essas decisões (aparte regimes excepcionais) são tomadas a todo o momento no âmbito do processo penal (em que as garantias do processo equitativo devem auferir de maior assertividade) pela autoridade judiciária competente e em respeito ao decurso do processo.

Numa palavra, não vemos obstáculo legal ou impedimento processual no NRJC ou no regime subsidiário do R.G.CO. para que a AdC proceda ao desentranhamento e devolução de documentos entretanto considerados irrelevantes, inócuos e desnecessários para o apuramento da responsabilidade sancionatória das visadas.

Os regimes processuais que obrigam a uma manutenção de todos os elementos de prova recolhidos por determinada autoridade competente para a investigação de factos com relevância sancionatória são de natureza excepcional - por exemplo o regime de intercepção e gravação de conversações telefónicas previsto nos artigos 188.º, n.º 12 do C.P.P. - não permitem a aplicação analógica e a obrigatoriedade de manutenção de suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova reflecte determinadas posições garantísticas sobre a precariedade e sensibilidade dos dados recolhidos.”



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

forçosamente de ser arguida perante aquela autoridade, no momento da apreensão, e não perante o Ministério Público, nada aduz, transporta ou altera sobre o regime processual que decorre do NRJC e sobre a única interpretação possível quando à inexistência de competência material ou hierárquica para sindicar as decisões das autoridades judiciais competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.

97. Tanto mais assim é, quando os fundamentos, argumentos e sustentação da nulidade têm que ver com a amplitude, vacuidade e indeterminação do mandado e não com a sua execução desconforme pela AdC.

98. Atente-se que, mercê da nossa posição, abstermo-nos de avançar sobre os demais fundamentos do requerimento interlocutório da visada, apreciados subsidiariamente e *ad latere* na decisão impugnada, nomeadamente: **i.** inadmissibilidade constitucional de busca e apreensão de correio electrónico num processo de contra-ordenação; **ii.** proibição de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação em processo de contra-ordenação; **iii.** aplicação da Lei do Cibercrime em processo de contra-ordenação **iv.** competência exclusiva de JIC para autorização de tais diligências;; **v.** âmbito subjectivo, fundamentação e conteúdo do despacho de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público; **vi.** regularidade, validade e legalidade do despacho de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público; e **vii.** regularidade, validade e legalidade das diligências de busca e apreensão; e **viii.** natureza da invalidade.

99. Em suma, sobre se o mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público cumpriu os requisitos legais e jurisprudenciais que superintendem a estas diligências probatórias invasivas de apreensão de correio electrónico.

100. Todos estes fundamentos da arguição da invalidade são dirigidos ao controlo da legalidade do despacho do Ministério Público que determinou a emissão do mandado de busca e apreensão.

101. Pela decisão de **26 de Julho de 2018**, a AdC não se arrogou a poderes mais invasivos de direitos, liberdades e garantias do que aqueles que dispõem o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal em processo penal, pois que **esses poderes foram exercidos no âmbito de um mandado emitido por autoridade judiciária, que não a AdC.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

102.É certo que a AdC, num esforço de suficiência e completude da pronúncia, conheceu de forma subsidiária dos fundamentos materiais da arguição dos vícios e nulidades, procurando sustentar a legalidade das diligências e consignando, em síntese, que a realização das diligências de busca e apreensão se mostraram válidas, conformes e legais porquanto configuram um caso ressalvado pela Lei e que não configuram obtenção por método proibido de prova.

103.Esta amplitude da decisão impugnada tratar-se-á de um eventual excesso de pronúncia por parte da AdC que, em caso algum, poderia fixar os limites do controlo deste Tribunal dos despachos emitidos pela autoridade judiciária competente em matéria criminal e ao abrigo do disposto nos artigos 18.º, n.º 2, 19.º, 20.º e 21.º do NRJC, visto que jamais a AdC disporia de competência para declarar a invalidade do despacho proferido pelo Ministério Público.

104.Pela mesma ordem de razões também nem cabia à AdC o impulso processual dessa sindicância junto da autoridade judiciária competente, através da remessa do requerimento para o Ministério Público, por manifesta inexistência de regime processual ou norma processual especial que reconheça essa tramitação.

*

105. Em conclusão, a **decisão interlocutória de 26 de Julho de 2018, no segmento em que se recusou a conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto de mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público e ao abrigo dos artigos 18.º, n.º 1, als. c) e d) e n.º 2 e 21.º do NRJC, foi legal e conforme ao regime processual.**

106.**Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da declaração de nulidade da decisão proferida pela AdC em 26 de Julho de 2018, a qual indeferiu o requerimento da visada Super Bock Bebidas, S.A., de 11 de Abril de 2018, mantendo-se, na íntegra, os seus efeitos processuais.**

* * *

*

IV. DECISÃO.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-E

107. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o presente recurso de impugnação de medidas administrativas, interposto pela visada/recorrente Super Bock Bebidas, S.A., absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade da decisão interlocutória proferida em 26 de Julho de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1768) no âmbito do PRC/2016/04.

108. Mais se condena a visada/recorrente em custas processuais, em função do decaimento e complexidade das questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 3UC, nos termos do art.º 93.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. e art.º 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais, por remissão sucessiva do art.º 83.º do NRJC.

109. Notifique e deposite.

110. Comunique a presente decisão à Autoridade da Concorrência, com envio de certidão judicial.

32

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 19-11-2018

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista