



Exmo(a) Senhor(a)
Dr(a). Ana Cruz Nogueira
Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

71/18.3YUSTR-G

| | | |
|---|---|--|
| Processo: 71/18.3YUSTR-G | Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas | Referência: 216658 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 215974, 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-G

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

215974

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 **2 de Agosto de 2018 (Ofício com a referência S-AdC/2018/1891)**, proferida no processo de contra-ordenação identificado como **PRC/2016/04**, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) indeferiu requerimentos 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. 4 a 44).

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

a) **Do Segredo do Processo:**

i) O presente recurso vem interposto do Ofício com referência S-AdC/2018/1891, datado de 02.08.2018, através do qual a Autoridade se pronunciou sobre os requerimentos apresentados pela Recorrente em 08.02.2017, 09.02.2017 e 13.02.2017, no âmbito do processo PRC/2016/04, o qual se encontrava em segredo de justiça até ser proferida a nota de ilicitude, o que veio a suceder através do ofício S-AdC/2018/1937, datado 09/08/2018;

ii) No entanto, considerando que o presente processo contém inúmeros elementos que consubstanciam segredos comerciais e segredos de negócio da Recorrente, incluindo a sua organização interna, a



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.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-G

sua organização com os seus distribuidores, fornecedores e clientes, os preços e descontos aplicáveis, entre muita outra informação que, caso venha a ser do conhecimento público, poderá causar inúmeros prejuízos à Recorrente e à sua dignidade, colocando mesmo em causa a eficácia da decisão que venha a ser proferida *(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 o conhecimento dos contornos concretos deste processo que corre termos na Autoridade da Concorrência, requer-se, ao abrigo do disposto no artigo 164.º do Código do Processo Civil (CPC), que não seja dada publicidade ao processo, devendo o presente processo manter-se em sigilo;

b) Enquadramento:

iii) A Recorrente, na sequência da realização de buscas pela Recorrida, no prazo legalmente fixado, apresentou requerimentos (identificados no introito) através dos quais arguiu as seguintes nulidades:

(i) Nulidade do despacho do Ministério Público, datado de 20.01.2017, que ordenou a realização das buscas e, consequentemente, dos atos praticados com fundamento no mesmo, por não ser feita referência à possibilidade de a pessoa que tem disponibilidade do local, poder assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança, em violação do disposto no n.º 1 do artigo 176.º do CPP;

(ii) Nulidade do despacho do Ministério Público e, consequentemente, dos atos praticados com fundamento no mesmo, pelo facto de a diligência não ter sido presidida pela autoridade judiciária competente para a autorizar, sem que do referido despacho resulte qualquer referência à ausência da autoridade judiciária e dos fundamentos que o justificaram, em violação do disposto no n.º 5 do artigo 97.º e n.º 3 do artigo 174.º, ambos do CPP;

(iii) Nulidade do despacho do Ministério Público e, consequentemente, dos atos praticados com fundamento no mesmo, por falta de fundamentação, em violação do disposto no n.º 5 do artigo 97.º do CPP, e por na parte em que algo discorre sobre os fundamentos que justificam a realização da busca estar suportado em elementos de facto inverosímeis;

(iv) Nulidade dos mandados de busca por extravasar o objeto da busca fixado no despacho do Ministério Público, em violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da LdC;

(v) Nulidade do auto de apreensão relativo à busca realizada na Unicer Bebidas, S.A., e respetiva busca, com instalações na Torre de Monsanto, considerando que o computador da funcionária da Recorrente, Maria Macedo, foi alvo de busca e copiado, mas não é feita referência a esse facto naquele documento, em violação do disposto na al. c) do n.º 3 do artigo 99.º do CPP;

(vi) Nulidade do auto de apreensão e, consequentemente, das diligências realizadas, por impossibilidade de identificação dos funcionários da Recorrida que em cada momento participaram nas buscas às diversas instalações buscadas;

(vii) Nulidade das diligências de busca realizadas nas instalações de Leça do Balio, por não corresponderem ao local identificado no despacho do Ministério Público e respetivo mandado, em violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da LdC;



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-G

iv) Volvidos 18 meses da apresentação do referido, através do despacho de que se recorre, veio a Recorrida pronunciar-se sobre as nulidades invocadas, decidindo pela improcedência das mesmas;

v) Ora, analisado o teor do despacho que se pronuncia sobre as nulidades invocadas, considera a Recorrente que não assiste razão à entidade Recorrida na apreciação que faz das mesmas, com exceção da nulidade do auto de apreensão relativo à busca realizada na Unicer Bebidas, S.A., com instalações na Torre de Monsanto, por ter sido alvo de busca e copiado o computador da funcionária da Recorrente, Maria Macedo, sem que seja feita referência a esse facto naquele documento, em violação do disposto na al. c) do n.º 3 do artigo 99.º do CPP [Cfr. anterior alínea e)];

c) **Da Impugnação:**

i) **Da nulidade do despacho do Ministério Público, datado de 20.01.2017, que ordenou a realização das buscas e, consequentemente, dos atos praticados com fundamento no mesmo, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 176.º do CPP:**

(i) A Recorrente no requerimento apresentado junto da Recorrida alegou que o despacho da Digníssima Magistrada do Ministério que ordena a realização das buscas se encontrava ferido de nulidade, importando, necessariamente, que a utilização de qualquer prova que tenha sido apreendida no âmbito das buscas realizadas às instalações da Recorrente não será prova legalmente admissível;

(ii) Afirma a Recorrida, antes de analisar cada uma das nulidades invocadas, que não é a entidade competente para decidir das nulidades do despacho que ordena a realização das buscas e apreensões, porquanto tal nulidade sempre teria que ser arguida perante o próprio Ministério Público e que, ainda que tal não 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;

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

(iv) Isto porque, 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 e 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;

(v) 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;

(vi) 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, sendo que 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;



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-G

(vii) 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;

(viii) 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;

(ix) 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), 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;

(x) Ora, 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, 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”*;

(xi) 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;

(xii) Dito isto, saliente-se ainda que este tem sido o entendimento sufragado pelos tribunais: Tribunal de Comércio de Lisboa (Processo n.º 97/06.0TYLSB, de 24.04.2007; Processo n.º 219/07.3TYLSB, de 23.07.2007; Processo n.º 570/07.2TYLSB, de 16.06.2008; e Processo n.º 572/07.9TYLSB, de 06.12.2007) e Tribunal da Relação de Lisboa (Processo n.º 5807/2006-5, de 16.01.2007);

(xiii) Acresce que, caso se verificasse que a competência para decidir da nulidade arguida pertencia ao Ministério Público, o que não se consente, tinha a Recorrida a obrigação de remeter para essa entidade o requerimento para apreciação, pois 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 (cf. Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, no âmbito do processo n.º 236.15.0T8PTM.E1, em 06.12.2016 e disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt>);

(xiv) **De modo que o despacho de que se recorre viola, entre outros, o n.º 1 do artigo 17.º, n.º 1 do artigo 14.º, o n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, o artigo 41.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, o artigo 4.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, pelo que, deverá**



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-G

ser ordenada a revogação do Ofício que ora se impugna e a sua substituição por outro Ofício que decida sobre a arguida nulidade:

(xv) Para além da questão supra, entendeu ainda a Recorrida indeferir a nulidade arguida e relativa à omissão do despacho do Ministério Público da menção quanto à possibilidade de a diligência poderia ser acompanhada por um funcionário da Recorrente;

(xvi) Para esse efeito, alega a Recorrida que “*Nos termos do n.º 1 do artigo 176.º do CPP, a entidade alvo de busca deve (i) receber cópia do despacho que a determinou e deve ser-lhe (ii) indicado que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga*”, reiterando que foi entregue a cópia do despacho e que foi referida tal possibilidade, uma vez que a mesma consta do próprio auto de notificação;

(xvii) Ora, nada mais errado!!! Tal como a Recorrente teve oportunidade de alegar, a questão não se prende com o facto de a advertência ter ou não sido realizada, mas sim com o facto de tal advertência não se encontrar vertida no próprio despacho proferido pela Digníssima Magistrada do Ministério Público;

(xviii) E nisso é inequívoca a letra do n.º 1 do artigo 176.º do CPP, ao dispor que “*Antes de se proceder a busca, é entregue, salvo nos casos do n.º 5 do artigo 174.º, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, cópia do despacho que a determinou, na qual [cópia do despacho que a determinou] se faz menção de que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga*”;

(xix) Ora, na cópia do despacho entregue não se faz menção ali exigida (claro e inequívoco...);

(xx) Efetivamente, a única referência feita é única e exclusivamente relativa à necessidade de os mandados serem acompanhados de cópia do despacho;

(xxi) **Assim, dúvidas não restam de que o despacho que autoriza e ordena a realização das buscas enferma de manifesta nulidade, e bem assim, todos os atos praticados ao abrigo do mesmo, sendo que, consequentemente, o despacho recorrido viola o disposto no n.º 1 do artigo 176.º do CPP, de modo que deverá ser revogada a decisão constante do Ofício que se impugna, considerando-se verificada a nulidade arguida e, bem assim, a nulidade de toda a prova obtida após a prolação do despacho de autorização e ordenação da realização das buscas, bem como todos os atos com aquele despacho conexos, o que se requer para todos os efeitos legais;**

ii) **Da nulidade do despacho do Ministério Público e, consequentemente, dos atos praticados com fundamento no mesmo, por violação do disposto no n.º 5 do artigo 97.º e n.º 3 do artigo 174.º, ambos do CPP:**

(xxii) No âmbito do mesmo requerimento alegou a Recorrente que as buscas em causa – ainda que realizadas em quatro localizações diversas em simultâneo – não foram acompanhadas por autoridade judiciária competente e que se encontravam, dessa forma, feridas de nulidade, considerando que não resulta do despacho qualquer fundamento que justifique aquela omissão;



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-G

(xxiii) Mais uma vez, entendeu a Recorrida que a nulidade arguida seria de indeferir, porquanto não se trata de uma situação em que tal acompanhamento é obrigatório, na medida em que não se trata de escritório de advogado, consultório médico, banco, outras instituições de crédito e em que se apreendam documentos sujeitos a sigilo bancário;

(xxiv) Mais uma vez, não pode a Recorrente concordar com tal indeferimento, na medida em que, ainda que não se trate de qualquer um dos estabelecimentos em causa, o certo é que o n.º 3 do artigo 174.º do CPP dispõe que *“As revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.”*;

(xxv) Ou seja, não se trata de uma obrigatoriedade a que se alude na LdC, porque nesses casos não haverá fundamento que justifique tal omissão;

(xxvi) Trata-se da violação do disposto no artigo 174.º do CPP, que não prevê uma obrigatoriedade, mas que *“sempre que possível”* a diligência seja presidida pela entidade que a ordena;

(xxvii) Ora, só é possível aferir que não era possível que a diligência fosse presidida pela entidade que a ordena, caso do despacho proferido constasse fundamentação nesse sentido, o que não consta;

(xxviii) Motivo pelo qual não se pode considerar como válido o despacho proferido, constituindo a omissão de referência à presença (ou ausência) de uma autoridade judiciária e a especificação dos respetivos motivos, uma nulidade, devendo considerar-se as buscas como não realizadas e serem devolvidos todos os elementos objeto de apreensão à aqui Recorrente;

(xxix) Assim, a decisão recorrida viola o disposto no n.º 5 do artigo 97.º e n.º 3 do artigo 174.º, ambos do CPP, pelo que deve ordenar-se a revogação do Ofício que se impugna, bem como a substituição por Ofício que defira a nulidade arguida, ordenando-se a nulidade de toda a prova obtida após a prolação do despacho de autorização e ordenação da realização das buscas, bem como todos os atos com aquele despacho conexos, o que se requer para todos os efeitos legais;

iii) **Da nulidade do despacho do Ministério Público e, consequentemente, dos atos praticados com fundamento no mesmo, por falta de fundamentação, em violação do disposto no n.º 5 do artigo 97.º do CPP, e por estar suportado em elementos de facto inverosímeis:**

(xxx) Ainda relacionado com o mandado de busca e apreensão, a aqui Recorrente arguiu que o mesmo padecia de nulidade, na medida em que não especificava / elencava os indícios existentes e a própria fundamentação para a emissão dos referidos mandados de busca, nulidade essa, mais uma vez, indeferida pela Recorrida;

(xxxi) Desde já se refira que não assiste qualquer razão à Recorrida para indeferir, sem mais, a arguida nulidade, elencando os factos / indícios que se encontram elencados no despacho em causa e concluindo que tais são mais que suficientes, na medida em que os factos / indícios constantes do despacho que ordena a realização das buscas e consequente apreensão não são suficientes para esse efeito, encontrando-se o referido despacho indevidamente fundamentado, pois não apresenta, ainda que de forma sumária, as razões de facto e de direito que permitem à autoridade judiciária optar pela autorização de realização das buscas em apreço;



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-G

(xxxii) E, ainda que seja certo que a Digníssima Procuradora se refira à existência de indícios, também é certo que não faz qualquer referência, nem localiza no próprio processo, as folhas de onde emergem tais indícios, o que se revela de maior importância quando o processo se encontra em segredo – como era o caso na altura em que foi enviado o requerimento pela Recorrente – não lhe permitindo, numa fase posterior e quando tiver acesso aos autos – momento presente – verificar quais os factos e elementos de prova que permitiram à autoridade judiciária tomar a decisão no invocado sentido;

(xxxiii) Ainda em sede de fundamentação, a decisão vem motivada na existência de diversos processos de contraordenação com base em factos semelhantes, anteriormente investigados e em que houve condenação da Recorrente;

(xxxiv) Entende, todavia, a entidade Recorrida no despacho que se impugna, que “o mandado não foi emitido com base na existência de precedentes de investigação da empresa por infrações às regras da concorrência”;

(xxxv) Ora, se fosse como afirma a entidade Recorrida, será de perguntar: qual o fundamento da menção de anteriores processos contraordenacionais em que foi Visada a Recorrente e alegadas condenações? Como é bom de ver a entidade Recorrida não consegue justificar, limitando-se a afirmar que “o mandado não foi emitido com base na existência de precedentes de investigação da empresa por infrações às regras da concorrência”;

(xxxvi) E também dúvidas não restam de que o ali vertido (quanto às condenações) não corresponde de todo à verdade, porquanto, no processo de contraordenação que correu termos sob o n.º 2/99, não houve condenação da Recorrente – **a Recorrente nunca foi condenada em nenhum processo por infrações às regras da concorrência, tendo sido absolvida do processo em causa**, de modo que, assentou, nesta parte, em pressupostos errados, realidade que indicia, isso sim, a falta de existência de motivos concretos suscetíveis de fundamentar o proferido despacho de busca e apreensão;

(xxxvii) E ainda que se discorde do *supra* exposto, sempre se convirá que, ainda assim, a existência de processos contraordenacionais anteriores nunca seria motivo idóneo ou justificativo para sustentar a decisão proferida;

(xxxviii) Pelo que, tendo em consideração o exposto no n.º 5 do artigo 97.º do CPP, padece o despacho de fundamentação de facto, consubstanciando tal falha, uma vez mais, uma nulidade que expressamente se argui, o que determina a ilegalidade das buscas e apreensões realizadas entre os dias 25 de Janeiro e 03 de Fevereiro de 2017, nas instalações da Recorrente;

(xxxix) **Assim, a decisão recorrida viola o disposto no n.º 5 do artigo 97.º do CPP e padece de erro sobre os pressupostos de facto, de modo que deve ordenar-se a revogação do Ofício que se impugna, bem como a substituição por Ofício que defira a nulidade arguida, ordenando-se a nulidade de toda a prova apreendida nas buscas e apreensões realizadas entre 25 de Janeiro e 03 de Fevereiro de 2017, inclusive a consubstanciada em correspondência apreendida, determinando-se o seu imediato desentranhamento dos autos e entrega à Recorrente, o que se requer para todos os efeitos legais;**



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-G

iv) Da nulidade dos mandados de busca por extravasarem o objeto da busca fixado no despacho do Ministério Público, por violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da LdC:

(xl) A Recorrente arguiu ainda a nulidade dos mandados de busca, porquanto entende que não existe correspondência entre o despacho que ordena as buscas e os mandados emitidos na sequência de prolação do referido despacho;

(xli) A Recorrida entende não se verificar qualquer nulidade – ainda que se considere incompetente para conhecer da nulidade, o que como se sustentou nos artigos 8.º a 32.º *supra*, e aqui se dá por reproduzidos – porquanto é sua opinião não existir qualquer incongruência, uma vez que o mandado se limita a densificar, através de exemplos, os tipos de documentos que poderiam ser considerados relevantes;

(xlii) No despacho que autoriza e ordena a realização das buscas em causa nos presentes autos, pode ler-se: *“Tais diligências de investigação têm em vista a recolha, apreensão e exame de cópias ou extratos de escrita e demais documentação que se encontre em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em suportes informáticos, designadamente e entre outros, telecópias, mensagens eletrónicas e atas de reuniões, direta ou indiretamente respeitantes aos indícios enumerados, bem como, eventualmente, a apreensão de objetos, incluindo computadores.”*;

(xliii) Sendo que na parte decisória, é proferido o seguinte: *“Assim, autorizo e ordeno que, com observância das formalidades legais e nos termos das disposições conjugadas dos arts. 9.º n.º 1, 18.º n.º 1 c), 2, 3, 4 a) e b), 20.º n.º 1, 21.º da Lei 19/2012 de 8 de Maio, 101.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, 41.º n.º 1 e 48.º - A, do DL 433/82, de 27 de Outubro, 174.º n.ºs 2, 3 e 4, 176.º, 178.º, 183.º, 267.º, 270.º n.º 1 do CPP seja efetuada busca nos locais abaixo indicados para a recolha de toda a documentação com relevância probatória, designadamente actas, correio eletrónico já aberto bem assim como computadores, que se encontrem em local acessível ao público ou reservado, nas seguintes entidades e locais: (...)”*;

(xliv) Da análise das *supra* transcritas informações, verifica-se que há incongruência entre as diligências reputadas como adequadas e as diligências ordenadas, verificando-se que no Mandado de Busca e Apreensão o âmbito do mesmo extravasa em muito quer as diligências reputadas como convenientes, quer as diligências autorizadas e ordenadas;

(xlv) No texto do Mandado por ler-se: *“MANDA que com observância das formalidades legais e nos termos das disposições conjugada dos arts. 9.º n.º 1, 18.º n.º 1 c), 2, 3, 4 a) e b), 20.º n.º 1, 21.º da Lei 19/2012 de 8 de Maio, 101.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, 41.º n.º 1 e 48.º - A, do DL 433/82, de 27 de Outubro, 174.º n.ºs 2, 3 e 4, 176.º, 178.º, 183.º, 267.º, 270.º n.º 1 do C. P. Penal, seja passada BUSCA às instalações abaixo identificadas, PARA EFETIVA APREENSÃO de cópias ou extratos de escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico já abertas, documentos internos de reporte de informação entre níveis hierárquicos distintos e de preparação de decisões a nível de política comercial das empresas, bem como atas de reunião de direção e toda a documentação tida por relevante, apreensão de computadores quer se encontrem e local acessível ao público ou reservado, que possam esclarecer a*



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-G

investigação e instrução do processo, a cumprir no prazo máximo de 30 DIAS – art.ºs 178.º e 174.º, n.º 4, ambos do citado diploma legal.”;

(xlvi) Verifica-se, desta forma que o teor do Mandado extravasa o objeto fixado no despacho judicial, tendo sido esse mesmo o teor que foi transcrito para os autos de notificação entregues à Recorrente na data das buscas e consequentes apreensões, bem como que serviu de suporte e orientação para a sua realização;

(xlvii) Desta forma, foram violados os direitos fundamentais da aqui Recorrente, porquanto o objeto do Mandado extravasa o objeto do despacho, tendo sido com base naquele mesmo Mandado e no que do mesmo consta que foram realizadas as mencionadas buscas e apreensões (no n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa);

(xlviii) Assim, o despacho recorrido viola o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da LdC, pelo que, deverá ordenar-se a revogação do Ofício que se impugna, bem como a substituição por Ofício que defira a nulidade arguida, ordenando-se a nulidade de toda a prova obtida no uso dos Mandados de busca em causa, determinando-se o seu imediato desentranhamento dos autos e entrega à Recorrente, o que se requer para todos os efeitos legais;

v) Da nulidade do auto de apreensão e, consequentemente, das diligências realizadas, por impossibilidade de identificação dos funcionários da Recorrida que em cada momento participaram nas buscas às diversas instalações buscadas:

(xliv) Invocou a Recorrente que não é possível apurar quem, no momento inicial se encontrava a proceder às buscas, com exceção do funcionário que consta de cada um dos autos de notificação, o que constitui uma nulidade;

(i) Entende, todavia, a Recorrida, no despacho que decide pela improcedência na nulidade invocada que, não assiste razão à Recorrente, considerando que (i.) não existe norma que determine a obrigatoriedade de fazer constar do auto os nomes dos funcionários que realizam a diligência e que (ii.) ainda que assim não fosse essa identificação consta dos autos de suspensão e do auto de apreensão;

(ii) Mais sustenta que a ter existido alguma ilegalidade, constituiria uma irregularidade a arguir no momento da prática do ato;

(iii) Erra a entidade Recorrida no decidido;

Senão vejamos,

(iiii) Consta do auto de notificação que a diligência nas instalações de Miraflores foi iniciada pela Funcionária Cátia Felisberto, não constando daquele auto a identificação de qualquer outro funcionário que ali se tenha encontrado presente;

(iv) Apenas da análise do auto de apreensão e que foi lavrado pelas 14 horas e 15 minutos do dia 26 de Janeiro de 2017, é possível perceber quem se encontrava naquelas instalações;

(v) Mas tal indicação é apenas referida no momento do encerramento da diligência, não sendo possível extrair da mesma quem e em que momento procedeu às buscas aqui em causa;



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-G

(lvi) O mesmo se podendo referir quanto às buscas realizadas nas instalações de Leça do Balio, sendo que da notificação apenas consta que a diligência foi iniciada pelo Dr. Luís Bordalo e Sá, não constando daquele mesmo auto a identificação de qualquer outro funcionário que ali se tenha encontrado presente, sendo que apenas da análise dos sucessivos autos de continuação da diligência de busca e apreensão é possível perceber quem e em que momento se encontrava naquelas instalações;

(lvii) Mas, tal indicação apenas é referida no momento da abertura da continuação da diligência, não sendo possível extrair da mesma quem é que efetivamente iniciou a busca no dia 25 de janeiro de 2017;

(lviii) Tecendo-se exatamente as mesmas considerações para as diligências realizadas nas instalações da “Maltibérica, S.A.” e nas instalações da Recorrente situadas no Tojal;

(lix) No que se refere à “Maltibérica” é possível verificar que a diligência foi iniciada pela Funcionária Rita Prates, mas não consta a identificação de qualquer outro funcionário que ali se tenha encontrado presente;

(lx) Sendo que tais funcionários apenas são identificáveis no auto de apreensão elaborado pelas 12 horas e 30 minutos do dia 25 de janeiro de 2017;

(lxi) Finalmente e no que refere às instalações do Tojal, uma vez que apenas se faz referência a uma das funcionárias presentes, Eugenia Martin;

(lxii) Apesar de constarem juntas aos autos as competentes credenciais, o certo é que foram vários os funcionários que estiveram presentes em mais do que uma das buscas realizadas em diferentes instalações da Recorrente;

(lxiii) Não consegue a Recorrente apreender e verificar quem, efetivamente, esteve presente nos diversos momentos, nomeadamente no momento inicial, na diligência de buscas e apreensão;

(lxiv) **Pelo que, mais uma vez padecem os autos de nulidade impossibilitando o devido acompanhamento da diligência de busca realizada, e deve ordenar-se a revogação do Ofício que se impugna, bem como a substituição por Ofício que defira a nulidade arguida, ordenando-se a nulidade de toda a prova nas diligências de busca e apreensão, determinando-se o seu imediato desentranhamento dos autos e entrega à Recorrente, o que se requer para todos os efeitos legais;**

vi) **Nulidade das diligências de busca realizadas nas instalações de Leça do Balio, por não corresponderem ao local identificado no despacho do Ministério Público:**

(lxv) Invocou a Recorrente a nulidade das buscas e apreensões realizadas nas suas instalações de Leça do Balio, porquanto não existe correspondência entre o local onde as mesmas decorreram e o constante do despacho do Ministério Público, não havendo em consequência despacho para a realização de busca naquelas instalações;

(lxvi) Entende a Recorrida que a referida nulidade não se verifica, porquanto (i.) a busca foi ordenada às instalações da Recorrente, onde se encontram os seus trabalhadores, computadores e outros suportes e (ii.) é irrelevante não haver total ou plena coincidência entre a morada indicada no mandado e a morada das instalações da Super Bock;



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-G

(Ixxvii) Mais sustenta que ainda que se verificasse qualquer ilegalidade, sempre estaríamos perante uma irregularidade a arguir no momento da prática do ato;

(Ixxviii) Ora, como é bom de ver não procede o argumentário constante do despacho recorrido;

(Ixxix) Pelo que, com tal entendimento, não pode a Recorrente concordar, na medida em que indicação das instalações constitui um elemento essencial dos mandados;

(Ixxx) Basta pensar que a Recorrente tem diversas outras instalações, além das que constam do despacho do Ministério Público e da daquela em que foi realizada busca (instalações de Leça do Balio); sem para o efeito haver um mandado a determinar a respetiva busca, pelo que a ser como afirma a Recorrida seria bastante que o mandado contivesse uma declaração genérica a autorizar as buscas às instalações da Recorrente;

(Ixxxi) Mas, a verdade é que o despacho não só não contém essa autorização genérica, como especifica claramente os locais onde devem ser realizadas as buscas, não constando as instalações de Leça do Balio, pelo que as buscas apenas poderiam ocorrer nos locais indicados no mandado;

(Ixxxii) Ora, do Mandado de Busca e do despacho donde o mesmo emana, consta como autorizada a busca ao Apartado 1044, 4466-955 S. Mamede Infesta, sendo que a busca decorreu nas instalações da Recorrente e não no referido apartado;

(Ixxxiii) Com efeito, o apartado e respetivo código postal identificado no despacho corresponde à “Caixa de correio” alugada a empresas ou particulares e que ficam nas instalações da própria estação ou posto de correios;

(Ixxxiv) Ora, a realização das diligências teria de ter como âmbito a referida caixa do correio, considerando que é a mencionada caixa de correio que corresponde às instalações físicas do apartado e respetivo código postal;

(Ixxxv) E não existe correspondência entre o que resulta do acórdão citado pela Recorrida e a presente situação pois, contrariamente ao que sucedia naquela situação, o apartado também são instalações da Recorrente (ao contrário do que sucedia no acórdão referido em que a sala em causa não constituía instalações da Recorrente);

(Ixxxvi) Na verdade, ambas as instalações (Leça do Balio e o apartado) constituem instalações da Recorrente;

(Ixxxvii) E o despacho proferido apenas permitia a realização de buscas no apartado;

(Ixxxviii) A ser como afirma a Recorrida então será de questionar: Se as buscas não foram ordenadas ao apartado, apesar de no mandado constar essa referência, como se explicitaria uma busca ao apartado...? A resposta parece-nos óbvia: da mesma forma, isto é, como consta do despacho do Ministério Público;

(Ixxxix) Ora, se é assim, então apenas será possível concluir que a busca em causa não foi ordenada para as instalações de Leça do Balio, mas sim ao apartado;

(Ixxx) E desde já se diga que é irrelevante a morada que consta da página eletrónica da Recorrente, valendo como sede a que se encontra registada na Conservatória do Registo Comercial e acessível através da certidão permanente da Recorrente ou através da consulta das publicações do Ministério da Justiça;



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-G

(lxxxi) Bastaria uma consulta a essa página e verificaria a Recorrida, com bastante facilidade, que a morada constante do Mandado de Busca e a da Recorrente não eram coincidentes;

(lxxxii) Tendo em consideração o exposto, é nula a busca realizada às instalações de Leça do Balio, por falta de despacho de entidade competente, não sendo possível concluir pela existência de correspondência entre o endereço especificado no despacho do Ministério Público que determinou as buscas e o local onde, efetivamente, as mesmas ocorreram, nulidade esta que se requer para todos os efeitos legais;

(lxxxiii) Pelo que o presente recurso deve ser julgado procedente e, em consequência, o despacho recorrido – Ofício com referência S-AdC/2018/1891 – seja declarado inválido, por violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da LdC e revogado e substituído por outro que declare o deferimento de todas as invalidades/nulidades requeridas pela Recorrente nos seus requerimentos de 08.02.2017, 09.02.2017 e 13.02.2017, nomeadamente:

(i.) A nulidade do despacho proferido pela Digníssima Magistrada do Ministério Público e que autorizou a realização de buscas e apreensões nas instalações da Recorrente;

(ii.) A nulidade dos mandados de busca;

(iii.) A nulidade das diligências realizadas face à impossibilidade de, em cada momento, identificar os funcionários da Recorrida que participaram nas buscas; e,

(iv.) A nulidade das diligências realizadas nas instalações da Recorrente em Leça do Balio, face à não correspondência entre a morada constante do Mandado de Busca e o local efetivo onde as mesmas tiveram lugar;

(lxxxiv) 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 n.º 3 do artigo 85.º e o n.º 2 do artigo 18 da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, o artigo 41.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, o artigo 4.º, o n.º 5 do artigo 97.º, a al. c) do n.º 3 do artigo 99.º, o n.º 3 do artigo 174.º e o n.º 1 do artigo 176.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.

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/2018/1891 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 dos mandados de busca e apreensão, com a declaração de nulidade do auto de apreensão e, consequentemente, e com a declaração da nulidade das diligências de busca realizadas nas instalações de Leça do Balio, por não constarem do despacho do Ministério Público, como local a buscar.



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-G

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. 86 a 123).

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

7. Por despacho de **24.09.2018**, 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 263/18.5YUSTR (autuação original) e os autos principais, através da criação de apenso. (**APENSO G**).

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 02.08.2018, 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.**

13

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 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**



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-G

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 08-10-2018, ref.^a 34523).

12. Regularmente notificada, a visada/recorrente veio declarar não se opor à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 12-10-2018, ref.^a 34605), 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.

* * *

*

14

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 G¹, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, a seguinte factualidade relativa à 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.**

¹ *Decisão da AdC de Abertura de inquérito e sujeição do processo a segredo de justiça* (Doc. 1) de fls. 126 a 130 e fls. 132 e 133 (Docs. 1 e 2); *Extracto de Nota de Ilicitude* de fls. 147 a 155 (Doc. 5); *Requerimento de mandado de busca, exame, recolha e apreensão* de fls. 157 a 189 (Doc. 6); *Despacho de autoridade judiciária e Mandados de Busca e Apreensão e respectivos mandados para quatro instalações da visada* de fls. 191 a 214 (Doc. 7); *Credenciais para a realização de buscas e apreensão* de fls. 215 a 228 (Doc. 8); *Auto de notificação* de fls. 230, 232, 234 e 236 (Doc. 9 a 12); *Autos de suspensão e de continuação de diligência de busca e apreensão* de fls. 2138 a 276 (Docs. 13 a 26); *autos de apreensão* de fls. 278 e 279, de fls. 281 e 282, de fls. 284 e 285, de fls. 287 a 291 (Docs. 27 a 30); *requerimento da visada de arguição de ilegalidade e invalidade das diligências de busca e apreensão* de fls. 293 a 299 (Doc. 31) *requerimento da visada* de fls. 301 a 316 (Doc. 32); *Decisão interlocutória* de 16.05.2018 de fls. 361 a 370 - **Ofício S-AdC/2018/1891** (Doc. 34).



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-G

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 por esta Autoridade 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 4369 ficheiros de correio eletrónico (aberto) e 18 documentos em suporte de papel.

G. Após o termo da referida diligência de busca, exame, recolha e apreensão, a visada/recorrente apresentou em **08.02.2017**, via email, em **09.02.2017**, via fax e em **13.02.2017**, via CTT, requerimentos nos termos dos quais veio invocar um conjunto de nulidades respeitantes **i)** ao despacho proferido pelo Ministério Público que autorizou e ordenou a realização das buscas, **ii)** ao mandado de busca, **iii)** ao auto de apreensão e **iv)** às diligências realizadas por parte da AdC

H. A AdC, por decisão de **2 de Agosto 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.

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



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-G

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 2 de Agosto 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 2 de Agosto de 2018 (Ofício com a referência S-AdC/2018/1891) 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 D) 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 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 2 de



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-G

Agosto 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.

* *

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.

17

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 **2 de Agosto de 2018** e do indeferimento das pretensões da visada consignada nos requerimentos indicados no **ponto G) dos factos provados**, 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.

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



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-G

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 – **cf. 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.

18

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 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



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-G

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, 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.**

19

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 o pedido 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 à que se refere a alínea anterior.*

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-*



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-G

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 judiciais 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.**

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,**

20

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. nº 71/18.3YUSTR-G

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

34. 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.

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

36. *“Os regimes especiais prevêm a autorização judicial de busca, mas discute-se qual é o juiz competente. Em regra, o juiz competente é do Tribunal que conheceria 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 judiciais competentes em matéria criminal – Ministério



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-G

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 casuísimo 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 26-02-2014, 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.

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.*



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-G

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.**

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 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.**

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 sanção 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.OPBGM.G1, relator ALDA CASIMIRO e que defende que “o JIC possui competência para verificar a existência de irregularidade em despacho proferido pelo M.º P.º 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-G

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 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**



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-G

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.

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

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-G

competência recursiva exclusiva para a decisão interlocutória da AdC de **2 de Agosto 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 **2 de Agosto 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 judiciais 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) 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

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



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-G

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.”*

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

¹⁶ Disponível em

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/%C3%8IreaFarmaceutica%20IDI_09_06_TCL_14.05.2007.pdf.

¹⁷ Disponível em

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/NORB OX%20IDI_02_07_TCL_05.06.2007.pdf.

¹⁸

Disponível

em

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/Cartona rte%20DJC_01_07_TCL_23.7.2007.pdf.



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-G

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.**

28

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 de correspondência, tendo o Tribunal concluído, em suma, que o mandado de busca e apreensão foi valida 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*”**.

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 em 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. nº 71/18.3YUSTR-G

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 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.



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-G

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.

77. 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.

78. 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.

79. 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.

80. 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 direcção 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.

81. 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 assumia, 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.

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



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-G

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

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

84. 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.

85. 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 concorrencias.

86. 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.*

87. 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.

88. 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



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-G

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.

89. 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 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.

90. 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.

91. 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

32

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 contínuo apuramento de factos ao longo do processo.*”

A indiciação 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 interceptação 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

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-G

a essa competência no deferimento de diligências de obtenção de prova por busca e apreensão – *downraids* – efectuadas na sede da visada.

92. 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 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.

93. 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.

94. 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. âmbito subjectivo e objectivo, fundamentação e conteúdo do despacho de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público²²; ii. regularidade, validade e legalidade do despacho de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público, nomeadamente por omissão à referência à possibilidade de a pessoa que tem disponibilidade do local, poder assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança; iii. regularidade, validade e legalidade das diligências de busca e apreensão, nomeadamente pela circunstância de a diligência não ter sido presidida pela autoridade judicial competente para a autorizar e pela desconformidade e por impossibilidade de identificação concreta dos funcionários da Adc que participaram na diligência; iv. regularidade, validade e legalidade das diligências de busca e apreensão por excesso e desconformidade com o despacho de autorização do Ministério Público, nomeadamente quanto à correspondência com o local identificado no despacho e respetivo mandado (instalações de Leça do Balio); e v. natureza da invalidade.

²² Mormente quanto à referência a antecedentes contra-ordenacionais da visada, alegando esta que nunca foi condenada por práticas restritivas da concorrência e de acordo com a sentença e acórdão absolutórios proferidos pelo Tribunal de Comércio de Lisboa e Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito dos procs. n.º 432/2000 e 11262/00 – cfr. fls. 303 a 345.



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-G

95. 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.

96. 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.

97. Pela decisão de **2 de Agosto 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.**

98. 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.

99. 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.

100. 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.

*

101. Em conclusão, **a decisão interlocutória de 2 de Agosto de 2018, no segmento em que se recusou a conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio electrónico a coberto de mandado de busca e apreensão emitido pelo**



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-G

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.

102. Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da declaração de nulidade da decisão proferida pela AdC em 2 de Agosto de 2018, a qual indeferiu os requerimentos da visada Super Bock Bebidas, S.A., referidos no ponto G) dos factos provados, mantendo-se, na íntegra, os seus efeitos processuais.

* * *

*

IV. DECISÃO.

103. 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 2 de Agosto de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1891) no âmbito do PRC/2016/04.

104. 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.

105. Notifique e deposite.

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

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 19-11-2018

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista