

Santarém - 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

Certificação Citius: elaborado em 24-01-2019



71/18.3YUSTR-I
Exmo(a) Senhor(a)
Autoridade da Concorrência
Avenida de Berna, Nº19
1050-037 Lisboa

Processo: 71/18.3YUSTR-I (C.Ord. n.º 276/18.7YUSTR)	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 221146 Data: 24-01-2019
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Super Bock Bebidas, S.A.		

Assunto: Comunicação

Nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 70º, n.º 4 do Dec. Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, remeto a V. Exª certidão da decisão final proferida em 24-01-2019, referência Citius 221142, depositada no mesmo dia, da Recorrente: **Super Bock Bebidas, S.A.**, NIF – 505266202, domicílio: Via Norte, 4466-955 Leça do Balio

Com os melhores cumprimentos,

A Escrivã Auxiliar,

Sandra Brito



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

Processo: 71/18.3YUSTR-I	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	221142
--------------------------	--	--------

CERTIDÃO

Sandra Brito, Escrivã Auxiliar, a exercer funções no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - 1º Juízo:----

CERTIFICA que por este Tribunal, correm uns autos de **Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas**, registados sob o n.º 71/18.3YUSTR-I, em que são: ----

Recorrida: Autoridade da Concorrência----

Recorrente: Super Bock Bebidas, S.A. ----

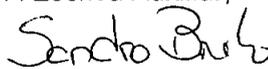
e atesta nos termos do n.º 1, do art.º 387 do Código Civil, que as cópias que se seguem, e que vão devidamente numeradas, são cópias fiéis dos originais da sentença proferida nestes autos, ref.ª 220886, de fls. 608 a fls. 680 destes autos.----

MAIS CERTIFICA que a sentença, ora certificada, proferida e depositada em 24-01-2019, ainda não transitou em julgado.----

É quanto me cumpre certificar em face dos autos e a que me reporto em caso de dúvida.----

Santarém, 24-01-2019.----

A Escrivã Auxiliar,


Sandra Brito



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-I

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

220886

CONCLUSÃO - 24-01-2019

(Termo eletrónico elaborado por Escrivã Auxiliar Sandra Brito)

=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 processual ou fundamento atendível para restrição da natureza pública do processo, pelo que a questão prévia suscitada pela visada/recorrente se afigura manifestamente improcedente.**

*

SENTENÇA

1

I. RELATÓRIO.

1. Por decisão interlocutória de **3 de Agosto de 2018 (Ofício com a referência S-AdC/2018/1910)**, proferida no processo de contra-ordenação identificado como **PRC/2016/4**, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**), a qual indeferiu requerimento da visada **Super Bock Bebidas, S.A.**, datado de **16.02.2017**, relativo à arguição de nulidades referentes às diligências de busca e apreensão efectuadas pela AdC.

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.

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

A. DO SEGREDO DO PROCESSO

a. O presente recurso vem interposto do Ofício com referência S-AdC/2018/1910, datado de 03.08.2018, através do qual a Autoridade se pronunciou sobre o requerimento apresentado pela Recorrente em 16.02.2017, no âmbito do processo PRC/2016/4;

b. Conforme indicação da Recorrida, o referido processo encontrava-se 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;

c. No entanto, a verdade é que o presente processo contém inúmeros elementos que consubstanciam segredos comerciais e segredos de negócio da Recorrente, incluindo a sua organização interna, a sua organização



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-I

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. Assim, considerando o exposto e que alguma da factualidade aqui exposta *(i.)* deve manter-se em segredo, e *(ii.)* existe informação que a própria Recorrente entende não dever ser do conhecimento público, pelos prejuízos que lhe pode causar, e pelas condicionantes que pode gerar no mercado 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:

d. No dia 25.01.2016, a Recorrida iniciou a realização de buscas em diversas instalações da Recorrente, concretamente, nas instalações sitas nos seguintes locais:

i. Torre de Monsanto, Rua Afonso Praça, n.º 30 – 9.º andar, 1495-061 Miraflares;

ii. Estrada Nacional 13, Leça do Balio, 4465-764 Leça do Balio – Matosinhos;

iii. Rua 1.º de Maio, n.º 42 – Manjoeira, 2664-504 Santo Antão do Tojal;

e. Adicionalmente, realizou ainda buscas numa sociedade participada pela Recorrente, a saber, “Maltibérica – Sociedade Produtora de Malte, S.A.”, concretamente nas instalações sitas na Rua Alberto Valente, 2965-309 Pocceirão;

f. As referidas buscas decorreram entre os dias 25.01.2017 e 03.02.2017, respetivamente:

i. Entre os dias 25 a 26 de janeiro, nas instalações sitas em Torre de Monsanto, Rua Afonso Praça, n.º 30 – 9.º andar, 1495-061 Miraflares;

ii. Entre os dias 25 de janeiro a 3 de fevereiro, nas instalações sitas na Estrada Nacional 13, Leça do Balio, 4465-764 Leça do Balio – Matosinhos;

iii. No dia 25 de janeiro, nas instalações da sociedade “Maltibérica – Sociedade Produtora de Malte, S.A.”, sitas na Rua Alberto Valente, 2965-309 Pocceirão;

iv. Entre os dias 25 a 26 de janeiro, nas instalações sitas Rua 1.º de Maio, n.º 42 – Manjoeira, 2664-504 Santo Antão do Tojal;

g. Para fundamentar as referidas buscas, fazendo fé no teor do despacho que determinou as mesmas, é invocada a existência dos seguintes indícios:

i. Fixação vertical dos preços de revenda;

ii. Restrição territorial; e

iii. Prática de cartel.

h. No início das buscas a Recorrente foi notificada do despacho da Dig.ma Magistrada do Ministério Público, que ordenou as mesmas, do mandado de busca emitido e do auto de notificação;

i. Do referido auto de notificação resulta que “foi o notificado informado de que a não colaboração

2



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

com a Autoridade da Concorrência ou a obstrução ao exercício dos poderes previstos, *iter alia*, no artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, ou seja, dos poderes da realizar a acima referida diligência da busca, constitui contraordenação punível com coima que pode atingir 1% do volume de negócios do ano anterior da empresa, nos *teams* da alínea j) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 3 do artigo 69.º, ambos da Lei n.º 19/2012”;

j. Já do auto de busca e apreensão, em particular no que respeita àquelas que foram realizadas nas instalações de Leça do Balio resulta, para o que interessa, que para melhor realização da diligência, foram solicitados vários esclarecimentos pelos funcionários da Recorrida à Recorrente, sendo que, “*nessa sequência, a mesma entregou os seguintes documentos, anexos ao presente auto:*

- Documento contendo macroestrutura da Unicer com indicação dos responsáveis de cada área (7 folhas);

- Organograma descentralizado da Unicer (2 folhas);

- Documento contendo a identificação, ao momento presente, dos gestores de rede, gestores de mercado e gestores de desenvolvimento de distribuidores, do canal *on trade* da Unicer, com a respetiva área geográfica de atuação, integração funcional e indicação da chefia de reporte direto (1 folha);

- Documento contendo a identificação, entre janeiro de 2012 e o momento presente, dos gestores de rede, respetivos Managers, e Diretores do canal *on trade*, com a respetiva área geográfica de atuação, integração funcional e indicação da chefia de reporte direto; documento que a Unicer referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (1 folha);

- Documento contendo a identificação, para os anos de 2010 a 2017, inclusive, dos vários gestores de conta e respetivos Managers e Diretores do canal *off trade*, com a respetiva integração funcional; documento que a UNICER referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (8 folhas);

- Documento contendo a identificação, entre 1 de janeiro de 1998 e o momento presente, das várias funções exercidas na Unicer pelo seu colaborador ██████████; documento que a Unicer referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (1 folha);

- Documento contendo a identificação, em agosto de 2013, das várias funções exercidas na Unicer pelos seus colaboradores ██████████, ██████████, ██████████, ██████████ e ██████████, bem como a data em que o colaborador da Unicer ██████████ cessou funções na empresa; documento que a Unicer referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (1 folha);

- Participação crime, datada de 2 de fevereiro de 2016, através da qual se participa o roubo de dois computadores, dos colaboradores da Unicer ██████████ e ██████████s (2 folhas); e

- Cópia de e-mail, de 28 de novembro de 2016, com indicação, por parte do Support Centre da NOS, de que o disco rígido, a board e a fan do computador do colaborador da Unicer ██████████ se encontram avariados (1 folha)”.

k. Mais resulta que “(f)oi realizada pesquisa nos ficheiros de correio eletrónico 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-I

[REDACTED] e [REDACTED] bem como nos computadores de [REDACTED] e [REDACTED].

i. Por fim, no que concretamente decorre do âmbito da busca, resulta, ainda, que: *“Na sequência dessa pesquisa, foram copiados documentos para um dispositivo junto como anexo ADGHDD014, descrito no ficheiro LISTAADCHDD014.md5, a que corresponde o descritivo digital 21 a6fc9408091b1ca985892aec2be1c8, gravado no ficheiro AutoADCHDD014.md5, tendo sido feita uma cópia íntegra! do anexo ADCHDDOM em dispositivo de armazenamento externo disponibilizado, para o efeito, pela Unicer, e entregue à mesma”;*

m. No âmbito do auto de busca e apreensão, pelo mandatário da Buscada foi exarado para o mesmo seguinte: *“O mandatário da Unicer, [REDACTED], requereu aos representantes da Autoridade da Concorrência presentes, no final da presente diligência de apreensão e busca, que lhe fosse dada a possibilidade de verificar os ficheiros informáticos apreendidos, no sentido de tomar conhecimento dos mesmos e aferir da legalidade desta apreensão, o que lhe foi recusado pelos mencionados funcionários da Autoridade da Concorrência. Mais referiu que avisou os mencionados funcionários, no início da presente diligência e várias vezes ao longo da mesma, que tal pedido seria efetuado no final”;*

n. Sem prejuízo daquilo que resulta dos autos (nos termos já expostos), importa salientar algo que não resulta dos mesmos: foram solicitados à Recorrente, ao abrigo do princípio da colaboração, computadores que não se encontravam nas instalações alvo de busca;

o. Tendo em consideração este enquadramento, a Recorrente, na sequência da realização de buscas pela Recorrida, no prazo legalmente fixado, por desconhecer o seu estatuto no âmbito dos autos e para o caso de ser considerada “Visada” no processo, apresentou o requerimento (identificado no introito) através do qual arguiu a nulidade, por constituírem meios de prova proibidos:

i. Os elementos que tenham sido elaborados no âmbito da “prestação de esclarecimentos” – expressão utilizada no auto de busca e apreensão elaborado – solicitados nas buscas Recorrida;

ii. Os elementos que tenham sido recolhidos dos computadores que não se encontravam nas instalações da Recorrente e que foram solicitados pela Recorrida;

p. Mais invocou que as buscas foram realizadas em violação do princípio da proporcionalidade, considerando que:

i. Não é proporcional, em si mesma, face aos bens jurídicos objeto de tutela; e

ii. Não é proporcional face ao tempo que demorou;

q. Por fim, mais invocou a nulidade:

i. Das diligências realizadas, por impossibilidade de identificação dos funcionários da Recorrida que em cada momento participaram nas buscas às diversas instalações buscadas; e,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-I

ii. De toda e qualquer prova recolhida que não se relacione com os fundamentos que determinaram a realização da busca e aquela que respeitar a período anterior a 2012;

r. Volvidos 18 meses da apresentação do referido, através do despacho de que se recorre, veio a Recorrida pronunciar-se sobre o requerido, decidindo, sinteticamente, com os seguintes fundamentos:

i. A Lei n.º 19/2012, não contém qualquer disposição relativa à obrigação, ao tempo e ao modo de constituição de visado, a qual também não está prevista no Regime Geral das Contraordenações, sendo que ao contrário do que ocorre no processo penal, no direito contraordenacional não existe um momento formal e autónomo de constituição de visado, uma vez que tal constituição não é necessária à garantia dos direitos;

ii. Não se verifica a nulidade por violação do direito à não autoincriminação no caso da resposta da visada a pedidos de elementos, considerando que não existe qualquer compressão dos direitos das visadas no caso de entrega de qualquer tipo de informação ou documento que não constitua uma admissão da infração (ainda que essas informações possam ser utilizadas posteriormente contra a empresa).

iii. Não se verifica qualquer violação do princípio da proporcionalidade, considerando que (i.) não existe uma limitação quanto à utilização das diligências de busca apenas para determinado tipo de infração e (ii.) o tempo das buscas foi inferior ao limite constante do mandado, tendo sido realizada de acordo com o horário de funcionamento e atividade da empresa e o procedimento adotado encontra-se desenhado de modo a causar o menor constrangimento à empresa;

iv. Poderá ser utilizada como elemento de prova quaisquer elementos que respeitem a período anterior a 2012, considerando que o mandado não limita o período temporal da prova a apreender, sendo que a natureza de eventual infração e a existência ou não de prescrição tem de ser determinada em sede de inquérito e/ou instrução;

v. Não se verifica a ilegalidade, por impossibilidade de verificar os ficheiros informáticos apreendidos, considerando que no final da diligência foi entregue ao representante legal cópia de todos os ficheiros e documentos apreendidos pelos funcionários da Recorrida;

s. 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, o que se pugna no presente RECURSO, nos termos e com os fundamentos que se deixam expostos;

C. DA IMPUGNAÇÃO:

t. Da falta de indicação do estatuto da Recorrente no momento das buscas e da proibição da utilização da prova em violação do dever de colaboração e do direito à não autoincriminação:

i. **Da nulidade por violação do dever de falta de indicação do estatuto da Recorrente:**

(i.) No requerimento apresentado a Recorrente invocou que da factualidade relevante descrita, e que por facilidade aqui também se expôs, verifica-se que no auto de notificação as menções realizadas à Recorrente se referem a esta na qualidade de notificada;



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-I

(ii.) *Acréscce que, do referido auto decorre ainda que “foi o notificado informado de que a não colaboração com a Autoridade da Concorrência ou a obstrução ao exercício dos poderes previstos, iter alia, no artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, ou seja, dos poderes da realizar a acima referida diligência da busca, constitui contraordenação punível com coima que pode atingir 1% do volume de negócios do ano anterior da empresa, nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 3 do artigo 69.º, ambos da Lei n.º 19/2012”;*

(iii.) Significa isto, portanto, que a Recorrente não foi taxativa e rigorosamente informada da sua situação processual.

(iv.) Na verdade, apenas se pode colher (indiciária e) indiretamente a respetiva situação processual da Recorrente (mas sem certezas) através do despacho da Dig.ma Magistrada do Ministério Público, que ordenou a realização das buscas às instalações daquela;

(v.) Com efeito, só do referido despacho pode resultar que a Recorrente é “visada”;

(vi.) Ora, este facto assume particular relevo quanto aos direitos da Recorrente, considerando os limites que tal qualidade coloca quanto ao princípio da colaboração, designadamente, aqueles que decorrem do princípio da não autoincriminação;

(vii.) Refira-se, assim, que esta circunstância não tem (ou teve) uma influência meramente formal, visto que, no âmbito da busca realizada foram solicitados à Recorrente, quer documentos, quer computadores, que tiveram de ser (i.) ou elaborados para o efeito (ii.) ou trazidos para as instalações buscadas, respectivamente;

(viii.) Assim, sob pena de incorrer na prática de contraordenação, conforme determinado, em colaboração com a Recorrida, a Recorrente forneceu os referidos elementos;

(ix.) Esse facto foi devidamente assinalado no requerimento que deu origem ao despacho recorrido, sendo que quanto ao ali exposto veio a entidade Recorrida afirmar que:

i. A Lei n.º 19/2012, não contém qualquer disposição relativa à obrigação, ao tempo e ao modo de constituição de visado, a qual também não está prevista no Regime Geral das Contraordenações;

ii. Ao contrário do que ocorre no processo penal, no direito contraordenacional não existe um momento formal e autónomo de constituição de visado, uma vez que tal constituição não é necessária à garantia dos direitos;

iii. Vem sendo entendimento pacífico da jurisprudência que no direito contraordenacional não existe um momento formal e autónomo de constituição de Visado;

(x.) Ora, sem prejuízo do que vem expandido pela Recorrida, a este propósito no despacho no despacho de que se recorre, salienta-se que o que resulta do exposto pela Recorrente no requerimento apresentado é que, caso se verifique que a Recorrente é, efetivamente, “visada” no âmbito dos presentes autos de contraordenação, quer os elementos elaborados, quer o conteúdo dos computadores que não se encontravam nas instalações buscadas não poderão constituir meio de prova, considerando que o dever de colaboração cessa quando contende com os direitos da Buscada, nomeadamente com o seu direito à não autoincriminação;



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.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-I

(xi.) Ainda assim, sempre se diga que não assiste razão à Recorrida nos fundamentos, que nesta matéria são expendidos na decisão recorrida;

(xii.) Com efeito, não se desconhecendo o entendimento vertido nas decisões dos tribunais invocadas pela Recorrida (ponto 12 do despacho recorrido), refira-se que as mesmas foram proferidas no âmbito da Lei n.º 18/2003;

(xiii.) E, na verdade, no âmbito do referido diploma, não havia qualquer indicação no sentido de ser comunicada ao Visado o seu estatuto processual;

(xiv.) Todavia, com a Lei n.º 19/2012 o quadro normativo nesta matéria foi substancialmente alterado, o que não poderá deixar de ser considerado;

(xv.) Efetivamente, veja-se que, nos termos no artigo 18.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, se previa que: “1 - Sempre que a Autoridade, no exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão que lhe são atribuídos por lei, solicitar às empresas, associações de empresas ou a quaisquer outras pessoas ou entidades documentos e outras informações que se revelem necessários, esse pedido deve ser instruído com os seguintes elementos:

a. A base jurídica e o objectivo do pedido;”;

(xvi.) Já nos termos do disposto no artigo 15.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, se dispõe, para o que interessa, que: “1 - Sempre que a Autoridade da Concorrência solicitar, por escrito, documentos e outras informações a empresas ou quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, o pedido deve ser instruído com os seguintes elementos:

a) A base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objetivo do pedido;” (realce nosso);

(xvii.) Das normas transcritas verifica-se que existe uma clara alteração de posicionamento do legislador: não podem ser solicitados elementos/informações, sem que seja comunicada à entidade a qualidade em que é solicitada a transmitir informações;

(xviii.) E a razão de ser é óbvia: sem essa indicação a entidade não estará na posse de todos os elementos necessários, para aferir onde começa o seu dever de colaboração e onde começa o seu direito à não autoincriminação;

(xix.) Portanto, contrariamente ao que vem sustentado na decisão de que se recorre incumbia à Recorrida especificar em que âmbito foram solicitados à Recorrente, quer documentos, quer computadores, que tiveram de ser (i.) ou elaborados para o efeito (ii.) ou trazidos para as instalações buscadas, respetivamente, constituindo, em consequência, esses elementos prova claramente proibida;

(xx.) E nem se diga que essa referência apenas haverá de ser feita nas situações em que as informações sejam solicitadas por escrito, pois se nestas é exigida essa menção, nas situações em que são realizadas buscas, face à introsão acrescida que estas representam, não se perpetivam quaisquer fundamentos que sejam suscetíveis de perfilhar esse entendimento;

5/9

7



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-I

(xxi.) Mais se diga, a este respeito, que este mesmo argumento também nunca poderia colher, na medida em que, aqueles elementos, se não tivessem sido solicitados pela Recorrida, nunca constituíram objeto do despacho e conseqüente mandado emitido, pois aí apenas se previa buscas às instalações e computadores que se encontrassem nessas instalações, já não a outros elementos/meios/instrumentos/documentos que não se encontrassem nas instalações;

(xxii.) De modo que, a entrega daqueles elementos resultou de um pedido formulado pela Recorrida à Recorrente no âmbito da realização das buscas, que por estar fora a do seu âmbito material (despacho que ordena as buscas e do mandado), sempre haverá de ser integrado no âmbito do pedido de informações;

(xxiii.) Em face do exposto, a decisão recorrida viola o disposto na al. a) do n.º 1 do artigo 15.º e al. a) e c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 18.º, todos da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;

j. Da nulidade por constituir prova proibida a prova recolhida em violação do direito à não autoincriminação:

(xxiv.) De acordo com o que ficou dito, e independentemente de se considerar que a Recorrente era conhecedora da sua situação processual, e de que não sendo essa circunstância constitui uma ilegalidade, contrariamente ao que sustenta a Recorrida, não poderão constituir meios de prova no âmbito dos presentes autos de contraordenação todos os elementos que podendo constituir autoincriminação [por violação do disposto, conjugadamente, do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, da alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP *ex vi* do artigo 41.º do RGCO *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC];

i. Tenham sido elaborados no âmbito da “prestação de esclarecimentos” – expressão utilizada no auto de busca e apreensão elaborado – solicitados nas buscas;

ii. Tenham sido recolhidos dos computadores que não se encontravam nas instalações da Recorrente e que foram solicitados pela Recorrida.

(xxv.) Efetivamente e desde logo, a colaboração ativa imposta à Recorrente tendo em vista a obtenção, *ex novo*, de elementos que não existiam, independentemente da sua vontade – a produção pelo seu punho de amostras de escrita manual –, colide com o seu direito à não autoincriminação, pelo que não tem razão a Recorrida quando, na decisão de que se recorre, afirma que “*não existe qualquer compressão dos direitos das visadas no caso de entrega de qualquer tipo de informação ou documento que não constitua uma admissão da infração (ainda que essas informações possam ser utilizadas posteriormente contra a empresa)*”;

(xxvi.) Na verdade, a situação em apreço origina a uma ofensa efetiva ao direito à não autoincriminação;

(xxvii.) Perante a jurisprudência que vem sendo firmada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”), fica comprometida a utilização:

i. De elementos de prova que, através de poderes compulsivos, se obtenham do acusado e que não existam sem a sua vontade;

ii. De prova documental obtida do acusado através da sua colaboração ativa, através de poderes compulsivos, quer os documentos já existam aquando da intimação quer sejam produzidos na sequência desta;



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-I

iii. De declarações prestadas pelo acusado sob coerção;

(xxviii.) Ora, na presente situação verifica-se a existência daquelas duas primeiras previsões, uma vez que a Recorrente apenas elaborou documentos e forneceu o acesso aos documentos/ficheiros contidos nos computadores que não se encontravam nas instalações objeto de busca por força da especial cominação constante do auto de notificação, relativa ao dever de colaboração;

(xxix.)(i.) Sofre a Recorrente de uma coerção direta e imediata que lhe é imposta pela Recorrida (sob a forma de uma aparente “colaboração ativa”) porquanto, em face dos pedidos de elementos (documentos/computadores), e sob pena de sofrer uma coima até 1% do seu volume de negócios, a Recorrente não teve a opção de recusar a entrega dos elementos solicitados; (ii.) Encontra-se a Recorrente privada do exercício de quaisquer garantias processuais no corrente decurso destes processos, porquanto não pode sequer exercer, de forma útil, o seu direito ao contraditório, ou tentar dar a todos os elementos um significado diferente daquele que poderá ser dado pela Recorrida, e (iii.) A disponibilização dos elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável, o direito da Recorrente à não autoincriminação porquanto, ao cumprir integralmente o que lhe foi determinado, a Recorrente poderá estar a ser levada a admitir, de forma não livre e involuntária, o cometimento de uma infração anti concorrencial que, repete-se, não cometeu (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo 374/87, *Orkem*, de 18.10.1989);

(xxx.) Recorde-se que a Recorrente não conhecia os factos em causa nos presentes autos, na medida em que o processo se encontrava em segredo de justiça;

(xxxi.) Recorda-se também que o direito à não autoincriminação é suscetível de ser invocado em face de uma situação cujo cumprimento de dada ordem ou decisão, no decurso contraordenacional sancionatório do processo, force a empresa a admitir a prática de uma infração e prejudique os seus direitos de defesa (Acórdão do TJUE, Processos Apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd e outros vs Comissão*, de 29.04.2004);

(xxxii.) Ora, primeiramente, é manifesto que o fornecimento dos elementos solicitados foi claramente imposto à Recorrente;

(xxxiii.) Em segundo, dúvidas não subsistem de que se poderá, facilmente, observar o elemento de coercibilidade, visto a não colaboração da Recorrente seria punível com coima até 1% do volume de negócios da mesma no ano anterior (veja-se o Acórdão do TJUE, Processos Apensos C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P a C-252/99P e C-254/99P, *PVC II-Limburgse Vynil*, de 15.10.2002);

(xxxiv.) Por outro lado, os elementos solicitados pela Recorrida não eram documentos pré-constituídos, na medida em que, para dar cumprimento ao solicitado, a Recorrente teve de elaborar documentos, o que de resto resulta dos autos de apreensão, tratando e elaborando informação, por imposição da Recorrida e posteriormente à notificação em causa, para dar cumprimento ao mencionado pedido de elementos apresentado, pelo que não configuram elementos ou documentos que a Recorrente já dispunha, sem mais, logo, de existência certa ou pré-existente;

6
B

9



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-I

(xxxv.) Contudo, e ainda que assim não fosse – o que apenas por mera hipótese académica se admite – tal não afasta a validade do direito à não autoincriminação;

(xxxvi.) No que concretamente respeita aos computadores solicitados, muito embora o auto de apreensão não o refira expressa ou implicitamente (o que se compreende, tendo em consideração que extravasavam as buscas – entenda-se o despacho do Ministério Público e o respetivo mandado), é inegável tal solicitação;

(xxxvii.) Com efeito, não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca) os computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED];

(xxxviii.) Do mesmo modo, não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca) os computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED];

(xxxix.) Igualmente, não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca) os computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED];

(xl.) Também não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca) os computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED];

(xli.) Não se encontravam, ainda, nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca) os computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED];

(xlii.) Também os computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca);

(xliii.) Na mesma senda, não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca) os computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED];

(xliv.) O mesmo se diga, quanto aos computadores dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], que não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca);

(xlv.) Por fim, saliente-se, que os computadores dos colaboradores [REDACTED]; [REDACTED]; [REDACTED]; [REDACTED], também não se encontravam nas instalações da Recorrente de Leça do Balio (nem em nenhuma das instalações objeto de busca);

(xlvi.) Os referidos computadores foram expressamente solicitados pela Recorrida, Autoridade da Concorrência, tendo os mesmos, sob pena de violação do princípio da colaboração e tendo em conta a cominação em causa do eventual pagamento de uma coima correspondente a 1% do volume de negócios, sido, pela Recorrente, postos à disposição da Recorrida;



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-I

(xlvi.) Certo é, que a admitir que o âmbito do mandado também respeitava às instalações da Recorrente sitas em Leça do Balio – no que, pelos motivos expostos no requerimento apresentado a 08.02.2017 e cujo conteúdo se dá aqui por reproduzido para todos os efeitos legais, não se concede – não poderão constituir objeto de prova quaisquer elementos que tenham sido apreendidos dos computadores que não se encontravam naquelas instalações, pelo que se considera ilegal/nula a prova apreendida dos computadores dos mencionados colaboradores;

(xlviii.) Acresce referir que, e em boa verdade, o posterior exercício do contraditório relativamente ao conteúdo de todos os elementos fornecidos estará, desde logo, francamente inviabilizado, na medida em que, no momento em que for dado à Recorrente o direito de se pronunciar sobre os mesmos, já a Recorrida terá formado o seu juízo de valor e convicção sobre os mesmos;

(xlix.) Como escreveu Sophia de Mello Breyner Andresen: “vemos, ouvimos e lemos, não podemos ignorar” – realce nosso;

(i.) Dito de outro modo, o tempo decorrido, a investigação em curso e as convicções formadas pela Recorrida, facilmente tornarão, no momento processualmente destinado à Recorrente para contradizer os factos e posições desta Autoridade, esse contraditório pouco útil;

(ii.) Aqui chegados, é manifesto o potencial significado incriminatório que podem advir daqueles elementos (sejam, porque tiveram de ser elaborados, sejam porque tiveram de ser trazidos para as instalações da Recorrente) – e posterior interpretação pela Recorrida – para que os mesmos assumam *“carácter determinante para a produção de provas do carácter ilegal de comportamentos de empresas suscetíveis de as responsabilizar”* (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo 374/87, *Orkem*, de 18.10.1989);

(iii.) Não se impõe, portanto, outra conclusão senão a de que foi violado o princípio e o direito à não autoincriminação da Recorrente, o que expressamente se requer seja declarado por este Tribunal para todos os efeitos legais, pelo que os mencionados elementos solicitados pela Recorrida à Recorrente no âmbito das buscas e os elementos retirados dos computadores dos mencionados colaboradores não podem ser utilizados no âmbito do presente processo, constituindo prova ilegal/nula;

(iiii.) Em face do exposto, não poderão ser utilizados como prova, no âmbito do presente processo contraordenacional, quaisquer elementos que decorram dos documentos especificamente elaborados a solicitação da Recorrida – melhor identificados no auto de apreensão e no artigo 11.º do presente Recurso – ou que resultem de documentos constantes dos computadores dos colaboradores da Recorrente que não se encontrassem nas instalações objeto de busca e que esta tenha fornecido ao abrigo do princípio da colaboração, pelo que deve ser objeto de censura a decisão recorrida, por violação do princípio da não autoincriminação, conjugadamente, do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, da alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP *ex vi* do artigo 41.º do RGCO *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC e do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e, bem assim, da alínea a) do n.º 2 e do n.º 1 do artigo 126.º e do artigo 125.º do CPP *ex vi* do artigo 41.º do RGCO *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC, sendo em consequência nula a apreensão de tais documentos e

7
B

11



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-I

a utilização dos elementos recolhidos de tais computadores, constituindo prova proibida nos presents autos, o que se requer seja declarado para todos os efeitos legais, pelo que o presente recurso deve ser julgado procedente e, em consequência, o despacho recorrido - Ofício com referência S-AdC/2018/1910 – seja declarado inválido e revogado e substituído por outro que declare a respetiva da prova recolhida através dos documentos elaborados e dos ficheiros extraídos dos computadores (dos colaboradores) que não se encontravam nas instalações da Recorrente, ordenando-se o seu desentranhamento dos autos e imediata devolução à Recorrente dos mesmos;

k. Da nulidade por violação do princípio da proporcionalidade:

(liv.) No requerimento que deu origem ao despacho de que se recorre a Recorrente arguiu que a busca foi realizada em violação clara do princípio da proporcionalidade (n.º 2 do artigo 18.º e n.º 2 do artigo 266.º da CRP), considerando que:

- i. Não é proporcional, em si mesma, face aos bens jurídicos objeto de tutela; e
- ii. Não é proporcional face ao tempo que demorou.

(Iv.) Entendeu, todavia, a Recorrida, que não se verificava qualquer violação do princípio da proporcionalidade considerando que (i.) não existe uma limitação quanto à utilização das diligências de busca apenas para a determinado tipo de infração e (ii.) o tempo das buscas foi inferior ao limite constante do mandado, tendo sido realizada de acordo com o horário de funcionamento e atividade da empresa e o procedimento adotado encontra-se desenhado de modo a causar o menor constrangimento à empresa;

(Ivi.) Certo é que não assiste razão à Recorrida, pois as buscas realizadas foram violadoras dos mais elementares princípios que regem a atividade administrativa, designadamente o princípio da proporcionalidade e da prossecução do interesse público, previsto no n.º 2 do artigo 266.º da CRP, considerando que poderiam ter sido adotadas outras medidas menos intrusivas, que melhor salvaguardariam o princípio da proporcionalidade e ainda assim dariam resposta aos intentos da Autoridade da Concorrência;

(Ivii.) E, em boa verdade, não resulta minimamente fundamentado porque é que aquela busca era necessária e adequada, tanto mais que é a medida instrutória que se mostra mais contundente e intrusiva;

(Iviii.) Aplicando, no caso concreto, os três subprincípios elencados, facilmente se verifica que os princípios da exigibilidade e da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito não se encontram respeitados, pois poderiam ter sido adotadas medidas menos restritivas que não conduzissem, sem mais, à realização de buscas às instalações da Recorrente;

(lix.) Muito embora resulte do despacho proferido pela Dig.ma Magistrada do Ministério Público que a Recorrida entende existirem indícios da prática de:

- a. Fixação vertical dos preços de revenda;
- b. Restrição territorial; e
- c. Prática de cartel,

12



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

(Ix.) Entende a Recorrente que apenas a última das infrações poderia constituir fundamento bastante para tamanha restrição dos seus direitos e, conseqüentemente, realizar as buscas;

(Ixi.) Com efeito, as demais infrações, a existirem – o que não se consente –, sempre serão de gravidade menor, pelo que, em caso algum admitiria o princípio da proporcionalidade que a realização das buscas fosse um *meio adequado*;

(Ixii.) Isto porque, conforme se deixou dito, o princípio da proporcionalidade impõe que se avalie a relação concretamente existente entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar.

(Ixiii.) E, contrariamente ao que se sustenta na decisão recorrida, não é pelo facto de não existir nenhuma limitação quanto à utilização das diligências de busca apenas para determinado tipo de infração, que a realização das buscas não deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade;

(Ixiv.) Ora, os alegados indícios e provas apenas respeitam às duas primeiras infrações, pelo que em caso algum permitem admitir que existiu uma adequação dos meios aos fins a tutelar;

(Ixv.) E, não existindo essa adequação, quaisquer meios de prova que tenham resultado das buscas realizadas e que apenas respeitem àquelas duas primeiras infrações terão necessariamente de ser desconsiderados – sendo certo, que nunca poderão ser para outras infrações;

(Ixvi.) Em face do exposto, a decisão recorrida viola o princípio da proporcionalidade (n.º 2 do artigo 18.º e n.º 2 do artigo 262.º da CRP), pelo que deve ser substituída por outra que determine que os documentos que tenham sido apreendidos neste âmbito não podem ser considerados e devem ser devolvidos à Recorrente, o que se requer para todos os efeitos legais;

(Ixvii.) Tal como se deixou exposto, invocou ainda a Recorrente que viola o princípio da proporcionalidade o facto de as buscas realizadas nas instalações de Leça do Balio terem decorrido durante 10 dias;

(Ixviii.) Entende a Recorrida que não assiste razão à Recorrente, considerando que nos termos do mandado as buscas poderiam ser realizadas durante um prazo máximo de 30 dias;

(Ixix.) Mais acrescenta que, contrariamente, ao que foi invocado pela Recorrente, a duração das buscas foi de 8 dias úteis e não de 10 dias;

(Ixx.) Quanto ao que ali se sustenta (decisão recorrida), desde logo se diga, que do mandado não decorre que a entidade Recorrida pode fazer buscas durante 30 dias, o que dali decorre é que tem 30 dias para realizar as buscas após a emissão do mandado, o que é totalmente distinto;

(Ixxi.) Significa isto, que a Recorrida não poderia realizar buscas ao abrigo daquele mandado, se não as realizasse no prazo de 30 dias, após a sua emissão, e não, conforme sustenta, que o mandado autorizaria as buscas durante 30 dias;

(Ixxii.) Do mesmo modo, quanto à questão dos 8 dias úteis ou 10 dias, refira-se que não se percebe tal alegação, na medida em que se desconhece a existência de um qualquer período do ano em que existam 8 dias úteis ininterruptos;



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-I

(lxxiii.) Portanto, considerando que decorreram entre os dias 25.01.2017 e 03.02.2017, não restam dúvidas de que decorreram durante o período de 10 dias;

(lxxiv.) De qualquer das formas, sempre se diga que: Não é possível conceber como legal a manutenção da Recorrida durante 10 dias nas instalações da Recorrente em diligência de busca e apreensão, pois tal circunstância constituiu um agravamento desproporcionado das condições de laboração da Recorrente, com diversas consequências na produtividade dos seus serviços;

(lxxv.) Como também se referiu, o princípio da proporcionalidade exige que as restrições – como o são certamente a realização de buscas nas instalações de uma empresa em plena atividade – dos direitos dos particulares ou das pessoas coletivas se limitem ao mínimo indispensável;

(lxxvi.) Ora, não é possível considerar que se limitou ao mínimo indispensável a realização de uma busca que decorreu durante 10 dias;

(lxxvii.) E o que se afirma é aplicável independentemente das infrações em causa;

(lxxviii.) Não há memória, mesmo em matéria criminal – e em crimes económicos de grande magnitude financeira ou com grande repercussão pública, por exemplo –, de buscas que se tenham prolongado durante 10 dias;

(lxxix.) Isto posto, a decisão recorrida violou flagrantemente o princípio da proporcionalidade, ao considerar, sem mais, que se mostrava proporcional a realização de buscas durante 10 dias, pelo deverá ser revogada a decisão e substituída por outra que decida pela violação do princípio da proporcionalidade e declare nulas quaisquer provas que tenham resultado das buscas efetuadas às instalações da Recorrente no âmbito do presente processo e que estão em causa no presente reurso, o que se requer para todos os efeitos legais;

I. Da Nulidade das diligências realizadas por impossibilidade de identificação que em cada momento dos funcionários da Recorrida que participaram nas buscas nas instalações de leça do balio

(lxxx.) 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;

(lxxxi.) 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;

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

(lxxxiii.) Erra a entidade Recorrida no decidido;

(lxxxiv.) Analisados os diversos autos de notificação, suspensão, continuação e apreensão nos diversos momentos, não é possível apurar quem, no momento inicial, se encontrava a proceder às buscas, com exceção do funcionário que consta em cada um dos autos de notificação;



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-I

(lxxxv.) O que aqui se afirma já resulta, no essencial, invocado no requerimento apresentado aos presentes autos de contraordenação a 08.02.2016, que aqui se dá por reproduzido para todos os efeitos legais;

(lxxxvi.) Sucede que, além de não ser possível verificar – inclusivamente dos autos de suspensão e continuação – se houve ausências dos funcionários, ainda que temporárias, ao longo das buscas, circunstância que inviabiliza (e inviabilizou) o melhor controlo do âmbito das buscas realizadas, pelo que também por este motivo as buscas e apreensões realizadas são nulas, o que se requer para todos os efeitos legais;

(lxxxvii.) 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;

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

(lxxxix.) Pelo que, mais uma vez padecem os autos de nulidade, e

(xc.) **Assim, 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;**

m. Da Nulidade da prova recolhida:

(xci.) No seu requerimento invocou ainda a Recorrente que será nula toda e qualquer prova recolhida que não se relacione com os fundamentos que determinaram a realização da busca e aquela que respeitar a período anterior a 2012;

(xcii.) Entendeu a entidade Recorrida julgar improcedente o alegado, considerando que o mandado não limita o período temporal da prova a apreender, sendo que a natureza de eventual infração e a existência ou não de prescrição tem de ser determinada em sede de inquérito e/ou instrução;

(xciii.) Refira-se que não assiste razão à entidade Recorrida;

(xciv.) Com efeito, atendendo à extensão absurda e desproporcionada das diligências de busca, encontram-se nos ficheiros recolhidos elementos que nada têm que ver com os indícios que justificaram – mal, já se alegou e reitera – a realização das buscas;

(xcv.) E é assim, tanto mais que, não foi *dada a possibilidade de verificar os ficheiros informáticos apreendidos, no sentido de tomar conhecimento dos mesmos e aferir da legalidade desta apreensão* – cf. declaração exarada no auto de apreensão pelo Mandatário da Recorrente;

(xcvi.) Por tal motivo, sob pena de nulidade, todos esses elementos não deverão ser considerados nos autos, nem sequer considerados para os outros efeitos que não aqueles que determinaram as buscas realizadas;

(xcvii.) Do mesmo modo, também não poderão constituir elemento de prova todos e quaisquer documentos que respeitem a período anterior a 2012, considerando que nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 74.º da Lei da Concorrência “(o) procedimento de contraordenação extingue-se por prescrição no prazo, contado nos termos do artigo 119.º do Código Penal, de (...) cinco anos”;



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-I

(xcviii.) **Em face do exposto, a decisão recorrida viola o disposto na al. b) do n.º I do artigo 74.º da LdC, sendo em consequência nula,**

n. Da nulidade da decisão recorrida por erro nos pressupostos de facto:

(xcix.) Se bem se percebe o que vem sustentado no artigo 47.º e seguintes da decisão, considera a Recorrida, no que concerne à impossibilidade de verificação dos documentos apreendidos, que não assiste razão à Recorrente, considerando que no final da diligência foi entregue ao representante legal cópia de todos os ficheiros apreendidos pelos funcionários da AdC (remetendo, para o auto de apreensão);

(c.) Mais refere a este propósito que essa cópia corresponde a uma “cópia certificada da documentação apreendida”;

(ci.) Erra, sobre os pressupostos de facto a decisão recorrida, considerando que contrariamente ao que invoca, aquela cópia não se encontra certificada;

(cii.) Mais se saliente, a Recorrente não tem, nem teve, acesso a consultar o presente processo e, por consequência, a prova recolhida pela Recorrida, tendo apenas acesso a um disco rígido que lhe foi entregue;

(ciii.) Desconhecendo, no entanto, se a documentação que lhe foi entregue corresponde na íntegra a tudo quanto foi recolhido, uma vez que não lhe foi permitido fazer a competente comparação de ficheiros;

(civ.) E, reitere-se, porque a questão já se colocou, que o que se invoca não se relaciona com a existência de qualquer dolo da entidade Recorrida, mas é certo, que não tendo a oportunidade/possibilidade de fazer a comparação entre o que lhe foi entregue e o que foi efetivamente apreendido, não pode descurar a existência de algum lapso que possa ter sucedido,

(cv.) É ainda certo que a existência de dúvida quanto à possibilidade de poder ter existido esse lapso, não pode correr contra a Recorrente, nem afetar os seus direitos;

(cvi.) Principalmente, quando isso foi expressamente requerido e recusado;

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

(cviii.) **Havendo, desta forma, lugar a uma nulidade do ato e, consequentemente, da decisão recorrida, considerando que não foi possível à Recorrente verificar os documentos apreendidos durante a diligência de busca e, bem assim, por erro nos pressupostos de facto, na parte em que se afirma que com o Auto de Apreensão foi entregue cópia certificada da documentação apreendida;**

o. Da nulidade da decisão recorrida por omissão de pronúncia:

(cix.) A decisão recorrida é ainda nula por omissão de pronúncia, considerando que conforme resulta do seu artigos 43, no requerimento apresentado, a Recorrente alegou ser “*nula toda a prova que não se relacionar com os fundamentos que determinaram a realização da busca*”, sem que quanto a esta específica questão se tivesse pronunciado na decisão recorrida;

16



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-I

(cx.) Ora, ao não se ter pronunciado sobre esta questão, a decisão recorrida padece de nulidade, nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 97.º do CPP, ou caso assim não se entenda, nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do artigo 379.º, também do CPP.

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/2018/1910, com a declaração de nulidade das buscas e de toda a prova apreendida por violação do dever de indicação do estatuto da Recorrente no processo; com a declaração de nulidade das buscas e da prova apreendida em preterição do direito à não autoincriminação; com a declaração de nulidade das buscas e da prova apreendida por violação do princípio da proporcionalidade; com a declaração de nulidade das buscas e da prova apreendida que respeite a período anterior a 2012; com a declaração de nulidade das buscas e da prova apreendida que respeite a período anterior a 2012 nas instalações de Leça do Balio, por impossibilidade de identificação dos funcionários da Recorrida que em cada momento participaram nas buscas às diversas instalações buscadas; com a declaração de nulidade das buscas por impossibilidade de verificar os documentos apreendidos durante a diligência de busca; e com a com a declaração de nulidade do Ofício com a referência S-AdC/2018/1910 por erro nos pressupostos de facto.

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.

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

7. Por despacho de 25.09.2018, proferido nos autos principais, 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 estes autos o processo nº 71/18.3YUSTR, através da criação de apenso (APENSO I).

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

10
B

17



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-I

proferida em 03.08.2018, 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.

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 o PRC/2016/04 se encontra na fase da instrução com comunicação de nota de ilicitude posterior às decisões impugnadas, apesar da decisão administrativa em causa configurar eventual acto decisório de que possa depender a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do PRC/2016/04; 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 obtenção de prova documental por preterição do direito à não auto-incriminação*, afigurando-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, **notificou-se a visada/recorrente, o Ministério Público e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância.**

11. Regularmente notificada, a AdC não veio opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 04-10-2018, ref.ª 34501).

12. Regularmente notificada, a visada/recorrente veio declarar opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 16-10-2018, ref.ª 34659), 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.

18



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-I

14. Em 19-11-2018, por erro de apreciação da declaração de oposição do requerimento de 16-10-2018, foi proferida sentença nos presentes autos.

15. Em sede de alegações de recurso, a visada/recorrente **Super Bock Bebidas, S.A.** veio arguir a nulidade da sentença por desconsideração do requerimento de 16-10-2018, ref.^a 34659 e quanto à oposição à decisão por simples despacho.

16. Afigurando-se-nos preclaro e evidente que, por aquela actuação do Tribunal, ocorreu uma óbvia preterição dos direitos processuais da visada/recorrente mediante a ocorrência de uma invalidade processual, tendo a mesma sido tempestivamente arguida, sem que o conhecimento da questão careça de contraditório dos demais intervenientes processuais, por preterição do art.º 64.º, n.º 2 do R.G.CO., foi proferido despacho a declarar a nulidade da tramitação processual sequente do requerimento de 16-10-2018, ref.^a 34659, mais determinando a nulidade dos actos posteriores, incluindo a sentença proferida a 12-11-2018, mais se designando dia para a realização da audiência de julgamento, com determinação do âmbito da prova a produzir, a qual decorreu com inteira observância do legal formalismo (cfr. despachos de 10-12-2018, de 20-12-2018, de 07-01-2019 e respectiva acta de julgamento).

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

17. 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 I¹, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, e ainda pelo depoimento peremptório, isento, crítico e colaborante das testemunhas [REDACTED] e [REDACTED].²

¹ Cfr. *Decisão Abertura de inquérito* de fls. 106 a 110 (Doc. 1); *Despacho sujeição a segredo de justiça* de fls. 112 e 113 (Doc. 2); *Requerimento para realização de buscas e apreensão* de fls. 115 a 147 (Doc. 3); *Despacho do Ministério Público* de 20.01.2017 de autorização das diligências de busca e apreensão de fls. 149 a 166 (Doc. 4); *Mandados do Ministério Público* de fls. 168 a 171 (Doc. 5); *Extracto da Nota de Ilícitude* de fls. 173 a 180 (Doc. 6); *Credenciais dos funcionários da AdC presentes nas diligências de busca e apreensão* de fls. 182 a 186 (Doc. 7); *Autos de busca e apreensão nas instalações de Miraflores* de fls. 199 a 232 (Doc. 9); *de Maltibérica* de fls. 234 a 242 (Doc. 9); *de S. Antão do Tojal* de fls. 244 a 277 (Doc. 10) e *de Leça do Balio* de fls. 279 a 337 (Doc. 11); *Requerimento da visada/recorrente datado 16.02.2017* de fls. 339 a 361 (Doc. 12); e *Ofício da Recorrida S-AdC/2018/1910* de fls. 363 a 368 (Doc. 13).

² Ambas as testemunhas foram submetidas às respectivas instâncias de inquirição, negando veementemente que a AdC tenha solicitado ou contactado directamente os trabalhadores para se apresentarem naquelas instalações.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

(funcionários da AdC, credenciados e presentes nas diligências de Leça do Balio) sobre a factualidade controvertida inerente às bucas nos computadores dos trabalhadores da visada, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contra-ordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à imposição de segredo de justiça ao processo contra-ordenacional:

A. Por decisão do Conselho de Administração da AdC datada de **03.06.2016**, foi aberto inquérito no âmbito de um processo de contra-ordenação, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da Lei da Concorrência, em relação à Unicer Bebidas S.A. (ora **Super Bock, Bebidas, S.A.**), para investigar a existência de práticas proibidas pelo artigo 9.º da referida Lei e pelo artigo 101.º do TFUE sob o PRC n.º 2016/04.

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

C. As referidas buscas decorreram entre os dias **25.01.2017** e **03.02.2017**, respectivamente:

i. Entre os dias **25 a 26 de Janeiro**, nas instalações sitas em Torre de Monsanto, Rua Afonso Praça, n.º 30 – 9.º andar, 1495-061 Miraflores;

ii. Entre os dias **25 de Janeiro a 3 de Fevereiro**, nas instalações sitas na Estrada Nacional 13, Leça do Balio, 4465-764 Leça do Balio – Matosinhos;

iii. No dia **25 de Janeiro**, nas instalações da sociedade “Maltibérica – Sociedade Produtora de Malte, S.A.”, sitas na Rua Alberto Valente, 2965-309 Poceirão;

iv. Entre os dias **25 a 26 de Janeiro**, nas instalações sitas Rua 1.º de Maio, n.º 42 – Manjoeira, 2664-504 Santo Antão do Tojal.

D. No âmbito das referidas diligências de busca, exame, recolha e apreensão, foram entregues à visada/recorrente as credenciais emitidas pela AdC com a identificação de todos os seus funcionários legitimados para a realização das mesmas.

E. Por referência a cada uma das diligências que decorreram nas instalações da visada/recorrente, foram elaborados os autos de notificação, suspensão de diligência, continuação de diligência e apreensão.

20



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-I

F. No âmbito das referidas diligências de busca, exame, recolha e apreensão foram solicitados vários esclarecimentos pelos funcionários da AdC à visada/recorrente, sendo que, nessa sequência, a mesma entregou os seguintes documentos, anexos ao presente auto:

- Documento contendo macroestrutura da Unicer com indicação dos responsáveis de cada área (7 folhas);

- Organograma descentralizado da Unicer (2 folhas);

- Documento contendo a identificação, ao momento presente, dos gestores de rede, gestores de mercado e gestores de desenvolvimento de distribuidores, do canal *on trade* da Unicer, com a respectiva área geográfica de actuação, integração funcional e indicação da chefia de reporte direto (1 folha);

- Documento contendo a identificação, entre janeiro de 2012 e o momento presente, dos gestores de rede, respetivos Managers, e Directores do canal *on trade*, com a respectiva área geográfica de actuação, integração funcional e indicação da chefia de reporte directo; documento que a Unicer referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (1 folha);

- Documento contendo a identificação, para os anos de 2010 a 2017, inclusive, dos vários gestores de conta e respetivos Managers e Directores do canal *off trade*, com a respectiva integração funcional; documento que a UNICER referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (8 folhas);

- Documento contendo a identificação, entre 1 de janeiro de 1998 e o momento presente, das várias funções exercidas na Unicer pelo seu colaborador [REDACTED]; documento que a Unicer referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (1 folha);

- Documento contendo a identificação, em agosto de 2013, das várias funções exercidas na Unicer pelos seus colaboradores [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], bem como a data em que o colaborador da Unicer [REDACTED] cessou funções na empresa; documento que a Unicer referiu ter elaborado especificamente para fazer face ao pedido da Autoridade (1 folha);

- Participação crime, datada de 2 de Fevereiro de 2016, através da qual se participa o roubo de dois computadores, dos colaboradores da Unicer [REDACTED] e [REDACTED] (2

12
B
21



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-I

determinaram a realização das buscas como daquele que respeitasse a período anterior ao ano de 2012.

K. Em 03.08.2018, a AdC, através do ofício S-AdC/2018/1910, pronunciou-se sobre as nulidades arguidas, indeferindo-as.

L. Em 09.08.2018, a AdC pôs termo ao inquérito e notificou a visada/recorrente da Nota de Ilícitude.

M. No âmbito das referidas diligências de busca, exame, recolha e apreensão nas instalações de Leça do Balio, a AdC não procedeu a qualquer diligências de busca, exame, recolha e apreensão de computadores de trabalhadores da visada/recorrente fora daquelas instalações nem solicitou a presença desses trabalhadores durante as diligências, tendo procedido ao bloqueio do acesso servidor e endereço electrónico profissional dos trabalhadores que se encontravam fora das mesmas instalações.

18. Do recurso de impugnação judicial não decorre qualquer outra matéria controvertida e que seja juridicamente relevante para a decisão do objecto da causa, sendo que a alegação da violação do princípio da proporcionalidade se encontra esteirada, além dos factos narrados sobre a circunstanciação temporal e funcional das diligências de busca e apreensão, em alegações meramente argumentativas, opinativas e conclusivas, desgarradas de substrato factual bastante ou sindicável em instrução probatória.

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

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

20. Impõe o presente recurso de impugnação judicial que se apreciem as seguintes questões:



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-1

- A validade das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do PRC/2016/04 depende da constituição da aqui recorrente como visada em processo contra-ordenacional?

- A decisão interlocutória da AdC de 3 de Agosto de 2018 deve ser declarada inválida por violação do direito da visada/recorrente à não autoincriminação, constituindo os elementos probatórios obtidos na sequência das diligências de busca, exame, recolha e apreensão prova proibida?

- A decisão interlocutória da AdC de 3 de Agosto de 2018 é legal e conforme aos limites de pronúncia sobre a 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?

*

24

21. *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 3 de Agosto de 2018 (Ofício com a referência S-AdC/2018/1910) 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.**

22. Ou seja, uma vez que a medida ou despacho interlocutório de que se recorre é a decisão referida nos **pontos K) dos factos provados**, e não as próprias diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cada uma das 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.**

23. Neste sentido e sem maiores delongas, desmerecemos qualquer abordagem que incida sobre a violação de foro jurisdicional quando está em causa é uma decisão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-I

interlocutória da AdC, proferida em conhecimento de requerimento apresentado pela visada na sequência das diligências de busca e apreensão referidas no **ponto C) dos factos provados**.

* *

Da validade das diligências de busca e apreensão por falta de constituição da recorrente como visada.

24. Neste seguimento, o primeiro passo a tomar sobre a validade da decisão impugnada é o problema inerente à obrigatoriedade de constituição da visada/recorrente como nessa qualidade processual, no âmbito de processo contra-ordenacional e em momento prévio à realização das diligências de busca e apreensão, de modo a investi-la no respectivo estatuto processual e por deferência subsidiária e equivalência temática com as regras previstas no Direito Processual Penal.

25. Indo cerce ao que interessa, sendo ocasionalmente revisitada esta problemática em recursos de impugnação judicial pendentes neste Tribunal apesar de, ao que julgamos saber, ser unívoca a resposta dos Tribunais Portugueses, diremos que inexistente qualquer razão, fundamento ou atendimento suficiente, bastante ou eficiente para a aplicação do estatuto processual previsto no art.º 57.º do CPP ao Direito Contra-ordenacional, precludindo qualquer invalidade decorrente da ausência de acto formal de constituição da recorrente como visada/arguida em momento prévio ou posterior das diligências de busca e apreensão.

26. Para sustentar a respectiva posição, a visada defende a necessidade de constituição das empresas como visadas antes ou aquando da realização das buscas e apreensão, por aplicação analógica (subsistindo uma lacuna no NRJC e no R.G.CO.) do art.º 57.º, ex vi artigos 13.º do NRJC e 41.º, n.º 1 do R.G.CO., mais concluindo que essa omissão de constituição no caso prático tem como consequência a ilegalidade das buscas e apreensões de correio electrónico às visadas.

27. Salvo melhor opinião, aquela posição intelectual parte de uma premissa lógica, construída, no entanto, mediante uma formulação abstracta, segundo a qual a omissão de um acto formal de constituição das empresas como visadas no âmbito de processo contra-ordenacional, e em momento prévio ao cumprimento formal do art.º 50.º do R.G.CO.,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

redundará necessária e apodictamente numa ablação dos seus direitos de defesa por inexistência de acto atributivo de um estatuto e constitutivo de direitos processuais.

28. Não obstante, remetemos, no essencial, para as teses defendidas da sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 2 de Maio de 2007 (acessível em concorrencia.pt), segundo as quais: *i. nem a Lei da Concorrência nem o RGCO contêm regras relativas à constituição do arguido; ii. as regras relativas à obrigatoriedade de constituição formal do arguido não têm aplicação in totum no processo contra-ordenacional; iii. o núcleo dos direitos que assistem ao arguido no processo contra-ordenacional não dependem da sua constituição formal como arguido e decorrem da Lei e da Constituição, existindo esse estatuto desde o início do processo e independentemente de qualquer acto formal; iv. A constituição formal de arguido não é necessária para dar a conhecer aos arguidos os seus direitos, mercê da neutralidade axiológica das contra-ordenações, entendendo o legislador que as garantias de defesa ficavam salvaguardadas com a previsão do art.º 50.º do R.G.CO.* – neste sentido cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, Direito das Contra-ordenações, Almedina, págs. 204 a 206³.

29. Este entendimento, sempre constante, do Tribunal de Comércio foi confirmado pelo Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Abril de 2013, proc. 349/11.7TYLSB.L1 – cfr. fls. 172 a 174⁴.

30. Ora, se “*esse conhecimento [de todos os direitos] não depende, por certo, da constituição formal como arguido, mas depende seguramente da informação da autoridade administrativa competente para dar início e seguimento ao processo contra-ordenacional*” - AUGUSTO SILVA DIAS, ob. cit, Almedina, pág. 205 a 206, julgamos que, na falta de regime especial, subsiste uma evidente desnecessidade de aplicação subsidiária do estatuto de arguido do processo penal ao processo contra-ordenacional, porquanto, para efeitos da legalidade e validade de buscas e apreensões, o NRJC não demanda qualquer acto formal de constituição do estatuto de visada para conhecimento e atribuição processual dos respectivos

³ Criticando, o mesmo autor, a contradição da restante fundamentação da sentença neste tópico “...com a asserção de que o arguido dispõe de todos os direitos de defesa desde o início do processo e independentemente de qualquer acto formal”.

⁴ Acessível

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisooes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/ANEPE%20IDF_11_11_TRL_04.04.2013.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-I

direitos, sendo que tal imposição não existe no R.G.CO. nem em nenhum regime especial ou sectorial, decorrendo tais direitos da própria Lei e devendo ser afirmados desde o início do processo.

31. Julgamos que a viabilidade de concatenação lógica entre a desnecessidade de aplicação subsidiária do estatuto de arguido do processo penal e a arguição da invalidade como pugnada pela visada seria a de evitar uma construção abstracta dessa obrigatoriedade de constituição formal, assumindo-se antes que, casuisticamente, esse acto pode-se revelar concretamente necessário e precisamente para assegurar as garantias de defesa num determinado processo, excursão racional que o recurso de impugnação judicial não desenvolve por referência à concreta posição processual da visada, às concretas diligências probatórias efectuadas e à comunicação das decisões de abertura de processo, de atribuição de segredo de justiça, de requerimento de diligências probatórias, do despacho do Ministério Público e dos mandados de buscas e apreensão.

32. Por outro lado, nada obsta que essa eventual e hipotética invalidade não seja reparada com o cumprimento formal do art.º 50.º do R.G.CO.

33. Prosseguindo no que respeita à suficiência da lei contra-ordenacional quanto à constituição do estatuto processual de visada, *“O que a lei regula são os actos processuais essenciais para a tramitação dos autos que, pelo seu conteúdo e significado, permitem identificar momentos anteriores e posteriores aos mesmos e a sua sujeição a um regime específico”*, importando para tal os seguintes momentos essenciais; *“(…) i) a imputação das infracções ao arguido pela autoridade administrativa; ii) a defesa perante essa imputação; iii) a eventual realização de diligências adicionais de prova; iv) a decisão final da autoridade administrativa; v) eventual impugnação judicial desta decisão pelo arguido”* – FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito de Audição e Direito de Defesa em Processo de Contraordenação: Conteúdo, Alcance e Conformidade Constitucional*, RPCC, Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, fls. 74.

34. Independentemente do seu carácter invasivo, as diligências probatórias de busca e apreensão, expressamente previstas para a acção sancionatória do NRJC, não integram qualquer momento essencial do processo contra-ordenacional por infracções ao Direito da Concorrência, e não cumprem nenhum desiderato autónomo e obrigatório do cumprimento

15
B

27



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-I

dos direitos de audição e defesa, pelo que não correspondem a quaisquer actos essenciais para a tramitação do procedimento.

35. Outrossim, a única interpretação admissível do art.º 50.º do R.G.CO. é que o direito de audição e defesa tem de ser efectivamente cumprido nesse momento processual, independentemente do receptáculo processual que lhe sirva como meio de comunicação e concessão da oportunidade de defesa.

36. Por conseguinte, as diligências probatórias de busca e apreensão representam apenas meios processuais de aquisição de prova do facto ilícito, sendo por vezes o momento despoletador da acção sancionatória, e que, no rigor da lei adjectiva, não exigem o cumprimento de qualquer conteúdo obrigatório ou acto formal prévio para a sua validade, e sem prejuízo do respeito pelas normas de competência para as providências de aquisição probatória que lhe são inerentes.

37. A visada fundamenta a arguição desta invalidade somente por referência à aplicação subsidiária do CPP e quanto ao seu art.º 57.º.

38. Esta chamada do Direito subsidiário encontra-se liminarmente inquinada por inoperacionalidade de aplicação do art.º 41.º do R.G.CO. e pela inaplicabilidade da estrutura acusatória ao processo contra-ordenacional.

39. *“Este regime [art.º 41.º do R.G.CO.] exige, portanto, uma actividade interpretativa do aplicador do Direito, basicamente centrada em dois momentos: em primeiro lugar, o aplicador terá de determinar se é necessário e admissível para regular certa questão do Direito de Mera Ordenação Social recorrer aos preceitos do Direito Processual Penal, em segundo lugar, se a resposta a esta questão for positiva quanto às duas exigências (necessidade e admissibilidade), terá de ser realizada uma segunda operação hermenêutica que consiste em determinar se as normas do Direito Processual Penal se aplicam literalmente ou se têm de ser «devidamente adaptadas» à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenações”* - FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *A figura do assistente e o processo de contra-ordenação*, RPCC, Ano 12, n.º 1, Janeiro-Março 2002, fls. 112 e 113.

40. Neste conspecto, a aplicação do regime previsto nos artigos 57.º e 58.º do CPP falha, em toda a linha, este criterioso juízo de aplicação subsidiária, seja por inexistência de



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-I

uma situação jurídica carente de solução exterior ao R.G.CO. ou ao NRJC e que seja adequada ao processo sancionatório, seja por uma notória inadaptação dos pressupostos formais daquele acto formal de inquérito decorrente da indicição de um crime, obrigatório numa estrutura acusatória do processo penal, ao cumprimento do direito de audição e defesa na fase administrativa do processo contra-ordenacional.

41. Donde resulta, em nosso entender, que o estatuto processual de visado em processo contra-ordenacional deve ser observado à luz do cumprimento do art.º 50.º do R.G.CO. e sem que se possa exigir a obrigatoriedade de um acto formal de constituição dos destinatários de diligências probatórias em visadas.

42. Uma conclusão deste tipo e pelos consequentes vícios de nulidade e de proibição de prova ou de inconstitucionalidade, nulidade e inadmissibilidade nos termos conjugados dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 2, e 20.º do RJC, 126.º, n.º 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, n.ºs 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, acarretaria, num só golpe, o colapso de todo o Direito Probatório Processual jusconsolidado no Direito Contra-ordenacional.

43. Seguimos, por adesão e valência intelectual, as conclusões da AdC na respectiva resposta ao recurso de impugnação judicial, expostas nas seguintes preposições: **i.** no Código de Processo Penal não se encontra prevista a obrigatoriedade de constituição de arguido em momento prévio à realização de diligências de busca e apreensão, conforme resulta *a contrario* dos artigos 57.º, 58.º e 59.º do CPP; **ii.** uma pessoa ou uma empresa pode ser alvo de buscas sem que seja posteriormente constituída arguida; **iii.** a qualidade de buscado não tem de ser necessariamente coincidente com a de visado quer ao momento das diligências de buscas, quer em momento posterior; **iv.** no processo contra-ordenacional da concorrência não existe um momento formal e autónomo de constituição de visado, uma vez que tal constituição não é necessária à garantia dos seus direitos, não contendo o NRJC qualquer disposição relativa à obrigação, ao tempo e ao modo de constituição de visado; **v.** mesmo em momento posterior ao da realização das diligências de busca e apreensão, e ao contrário do que ocorre no processo penal, no direito contra-ordenacional não existe um momento formal e autónomo de constituição de visado, uma vez que tal constituição não é necessária à garantia dos seus direitos; **vi.** da análise do art.º 32.º da CRP verifica-se a existência de diferenças

16
B

29



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-I

substanciais entre o processo criminal em geral e o regime geral das contra-ordenações (consagrado no n.º 10 deste preceito; vii. o legislador pretendeu, de forma intencional, perante a diferença de natureza dos ilícitos – os penais e os contra-ordenacionais – que as regras processuais penais não tivessem aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, não incluindo, nem no R.G.CO., nem no NRJC, uma norma prevendo a constituição formal de visado, não se tratando, portanto, de uma lacuna.

44. Do mesmo modo, seguimos, pela proficiência, as alegações finais do Ministério Público sobre a inexistência de qualquer subsidiariedade do estatuto de arguido do processo penal face ao estatuto de visado em processo contra-ordenacional, esteirado aquele na diferença qualitativa entre o Direito Penal e o Direito de Mera Ordenação Social.

45. Ao contrário do que a visada/recorrente defende – cfr. **conclusões x) a xxiii)** do **recurso de impugnação judicial**, a sucessão de Leis no Direito da Concorrência após a jurisprudência citada não implicou qualquer sucessão do entendimento jurisprudencial nesta matéria, aplicando-se aqueles mesmos fundamentos, *in totum*, ao NRJC e sem que a redacção dos artigos 15.º, n.º 1 al. a) e 18.º desse regime consubstanciem *quadro normativo substancialmente alterado*.

46. A interpretação que a visada concede a estes artigos para efeitos da procedência da sua posição é, no mínimo, literal e teleologicamente abusiva e, na essência, ab-rogativa de qualquer sistematicidade no Direito Contra-ordenacional.

47. O que tais normativos exigem é a identificação da qualidade de visado para efeitos da comunicação de decisões inerentes ao exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão são atribuídos por lei à AdC, o que resulta expresso e manifesto do despacho de autorização das diligências de busca e de apreensão e dos respectivos mandados por referência aos indícios da prática de infrações ao Direito da Concorrência e á investigação dos mesmos no âmbito de processo sancionatório regulado pelo NRJC.

48. Repudiamos, frontalmente, que tenha ocorrido uma alteração de posicionamento do legislador, sem prejuízo do que infra se disser acerca da dialéctica entre *dever de colaboração*

30



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

vs direitos à não auto incriminação e aos critérios da concordância destas preposições em sede de Direito Contra-ordenacional⁵.

49. Por fim, importará dizer que as supostas apreensões feitas na sequência de pesquisas informáticas em computadores de funcionários que não se encontravam nas instalações de Leça do Balio (hipótese levantada pelo recuso de impugnação judicial e não probatoriamente confirmada) foram necessariamente efectuados em cumprimento do mandado para buscas e apreensões e não ao abrigo do expediente processual previsto no art.º 15.º, n.º 1 al a) do NRJC mediante a advertência prévia determinada no art.º 31.º, n.º 5⁶ do NRJC e mediante a advertência prevista nos artigos 68.º, n.º 1 al. h)⁷ e 69.º, n.º 3⁸ do mesmo regime⁹, **razão pela qual a sua hipotética invalidade só poderá decorrer de eventual excesso de apreensão face ao objecto da autorização judiciária (a analisar infra), já que, para todos os efeitos, a sua consulta/pesquisa a esses computadores ocorreu em cumprimento do respetivo mandado de forma coerciva e independentemente da colaboração da empresa visada.**

50. Isto é, para o que vale, **tais computadores foram pesquisados fora do âmbito de qualquer pedido de elementos por parte da AdC e em estrito cumprimento do mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público e nas instalações visadas nesse mesmo mandado.**

⁵ O que a visada defende é que não estaria obrigada a essa colaboração ou que o aproveitamento dessa colaboração desse ser inutilizado como prova por via do princípio do *nemo tenetur*.

⁶ A informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efetuadas pela Autoridade da Concorrência.

⁷ Constitui contraordenação punível com coima: h) A não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios.

⁸ No caso das contraordenações referidas nas alíneas h) a j) do n.º 1 do artigo anterior [68.º, n.º 1], a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 1 /prct. do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.

⁹ A visada parece fazer uma associação entre a disponibilização desses computadores e o cumprimento do dever de colaboração, coercivamente imposto, quanto do auto de notificação de fls. 280 e 280 e dos autos seguintes resulta que a apreensão dos ficheiros informáticos nos computadores de trabalhadores de visadas ocorreu no âmbito das diligências de busca e apreensão, sem que dos autos conste qualquer solicitação da AdC cujo incumprimento fosse cominado nos termos dos artigos 68.º, n.º 1 al. h) e 69.º, n.º 3 do NRJC.



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-I

51. Concluimos, então, que a não constituição da empresa Super Bock, Bebidas, S.A. como visada em momento anterior às diligências de busca e apreensão não constitui qualquer nulidade ou irregularidade processual.

* *

Da violação do direito da visada/recorrente à não auto-incriminação.

21. *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 prova recolhida pela AdC no âmbito de um processo contra-ordenacional ao abrigo dos seus poderes inquisitórios, prova essa obtida através no âmbito de diligências de busca e apreensão, autorizadas por autoridade judiciária competente, tendo a visada/recorrente junto elementos documentais como resposta a pedidos de esclarecimento da AdC aquando das diligências de busca e apreensão realizadas entre os dias **25 de Janeiro a 3 de Fevereiro, nas instalações sitas na Estrada Nacional 13, Leça do Balio, 4465-764 Leça do Balio – Matosinhos – cfr. **pontos E)e F) dos factos provados**.**

22. A sequente questão decidenda a tratar é saber se a prova junta pela visada/recorrente nessa diligência deve constituir prova proibida por violação do **princípio *nemo tenetur***, tornando inválida a decisão administrativa impugnada que reconheceu a validade daqueles ofícios probatórios e da actuação da AdC no aproveitamento processual da mesma prova.

23. Quanto à validade da prova colhida no âmbito da consulta/pesquisa aos computadores de trabalhadores da visada (hipoteticamente não presentes nas instalações aquando das diligências) julgamos preclaramente que a questão apenas se pode colocar em função do objecto, limites e extensão do cumprimento dos respectivos mandados de buscas e apreensão, visto que, para o que importa, tal prova foi obtida no âmbito do art.º 18.º, n.º 1 do NRJC e do insito dever de não obstrução do exercício dos poderes de inquirição, busca e apreensão.

24. Assim, o problema dessa prova não envolve qualquer consideração inerente ao direito da visada/recorrente à não auto-incriminação pois que a aquisição probatória decorreu da sua sujeição legal a diligências probatórias determinadas por autoridade judiciária.

32



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-I

25. O demais iter processual a relevar para o conhecimento desta questão está devidamente explanado no **ponto 17** desta decisão.

*

26. “O direito à não auto-incriminação (com as expressões latinas *nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se detegere ou nemo tenetur se ipsum prodere*) significa, em termos simples, que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo, ou a fornecer coactivamente qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar, directa ou indirectamente, sem que dessa ausência de colaboração possa resultar para si qualquer prejuízo jurídico ou presunção de culpabilidade, sendo a principal manifestação deste princípio o direito ao silêncio” – Estudo de JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, Mestrado Forense 2012/2013, de Março de 2013, *O Direito à Não Autoincriminação e os Deveres de Colaboração com a Administração Tributária*¹⁰.

27. Este princípio¹¹ (procuremos não intervir na discussão sobre a natureza do *nemo tenetur* enquanto princípio, garantia, prerrogativa, privilégio, faculdade ou direito) credita e investe na noção de que **o visado num processo sancionatório tem o direito de, livremente e sem punição ou oneração, recusar colaborar com a acção sancionatória, seja através do mero silêncio ou, mais concretamente, através da recusa na apresentação de meios de prova.**

28. Esta nossa adesão ao conteúdo do princípio servirá, admonitoriamente, como o critério operativo para o juízo de procedência/improcedência dos recursos interlocutórios.

29. Revisitemos algumas perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais sobre este problema.

30. É certo que tal princípio contra a auto-incriminação do arguido não encontra consagração expressa na Constituição. No entanto, isso não significa que o princípio não

¹⁰ Acessível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16443/1/Tese%20Joana%20Bernardo%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>.

¹¹ Sobre a evolução e contexto histórico do princípio, cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, Direito ao Silêncio, e Legalidade da Prova, in Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.

18
B

33



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-I

tenha natureza constitucional, sendo pacífico o entendimento a que se trata de um princípio constitucional não escrito.

31. “No que ao direito processual português especificamente concerne, a vigência do princípio, *nemo tenetur se ipsum accusare afigura-se-nos unívoca*” - MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de prova em Processo Penal*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 125.

32. O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de reconhecer em diversos acórdãos que é “inquestionável” que o princípio *nemo tenetur* assume consagração constitucional, destacando-se, entre outros, os Acórdãos do TC. n.ºs 695/95, 542/97, 304/2004, 181/2005, 461/2011, 340/2013 e 418/2013, todos disponíveis em tribunalconstitucional.pt.

33. Sobre a *ratio* desta presença garantística de ordem constitucional, “reconhecer-se que estes direitos processuais são um meio ou forma de concretizar um determinado direito fundamental não implica que este seja o seu fundamento directo e imediato. Desde logo se aponta que o próprio conceito de dignidade humana recobre de forma mediata toda a matéria penal e processual penal de um Estado de Direito”, sendo reflexo da essência de um processo penal em que se reconhecem e tutelam as garantias inerentes à qualificação do arguido como um autêntico sujeito processual - FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, Direito ao Silêncio, e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 41.

34. Outra leitura possível é a de enquadrar o direito à não auto-incriminação como um corolário do *fair trial*, ou do processo equitativo, consagrado no artigo 6.º, n.º1 na CEDH, e no artigo 20.º, n.º4 da CRP – neste sentido VÂNIA COSTA RAMOS, *Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, Revista do Ministério Público, n.º109, Jan/Mar 2007, pág. 69-72.

35. Sobre o âmbito da validade material do princípio (delimitação do alcance e dos limites) acolhemos aqui a concepção ampla¹², ao invés de uma concepção restritiva¹³ inerente à mera faculdade de o arguido não prestar declarações.

¹² Afastando certas posições literalistas de que o direito ao silêncio esgota o tema, sendo um direito de conteúdo declarativo com reflexo normativo no art.º 61.º do CPP e que não abrange o direito à entrega de documentos.



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-I

36. “...esta liberdade analisa-se numa dupla dimensão ou função. Pela positiva, ela abre ao arguido o mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa. (...) Pela negativa, a liberdade de declaração ganha a estrutura de um autêntico *Abwehrrecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção por meios enganosos ou por coacção de declarações auto-incriminatória” - MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 120-121.

37. Se, na dogmática do processo sancionatório de estrutura acusatória típico dos Estados de Direito, está assente a absoluta inexistência de obrigação de confissão verbal de prática da infracção, surgem, reiteradamente, novas frentes normativas de problematização do princípio do *nemo tenetur*, não raras vezes promovidas pelo Direito Público de natureza não penal¹⁴.

38. “Já vimos que o direito ao silêncio representa “o núcleo quase absoluto do *nemo tenetur*”, havendo mesmo quem entenda – adotando uma conceção restritiva do princípio - que um se confunde com o outro. De facto, a redação do artigo 61.º do CPP leva a crer que o direito se restringe aos casos em que o arguido é solicitado a prestar declarações verbais, isto é, que a não autoincriminação estaria arredada quando estivesse em causa a prova obtida por outros meios, como a exibição de documentos. No entanto, a grande maioria da doutrina tem vindo a reconhecer que o princípio não se restringe ao mero direito ao silêncio, mas abrange o direito de a pessoa não ser obrigada a apresentar elementos que provem a sua culpabilidade, abarcando as declarações por meio de documentos, da indicação do lugar onde se encontra o meio de prova ou de uma actuação” - JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, ob. cit. pág. 17 e 18.

¹³ Cfr. FREDERICO DA COSTA PINTO, Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de Contra-Ordenação” (Parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 95-97, que reconduz o direito ao silêncio apenas ao direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, e o direito a recusar a entrega de elementos no âmbito do dever de se sujeitar a diligências de prova previsto no artigo 61.º, nº3, al. d) do CPP; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, pág. 183.

¹⁴ Como exemplo de deveres de cooperação de litigância recorrente, conferir, entre outros, os deveres impostos pela Lei Geral Tributária e pelo Regime Complementar de procedimento de Inspeção Tributária, aprovado pelo DL n.º 413/98, de 31 de Dezembro, pela Lei da Concorrência, n.º 18/2003, de 11 de Junho, e pelo Código dos Valores Mobiliários, além do NRJC aqui analisado.



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-I

39. Em situações de conflito entre o estatuto do arguido como sujeito processual e a efectivação do direito processual probatório “*não é fácil decidir: quando se está ainda no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coactivamente impostos; ou, quando, inversamente, se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva*” - MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 127.

40. No Direito contra-ordenacional, mercê da maior dispersão legiferante dos múltiplos regimes especiais, o problema adquire contornos de tema aberto, discutível e passível de variações normativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

41. **Daí que urja uma consolidação doutrinária e jurisprudencial dos critérios delimitadores do princípio *nemo tenetur*, assumindo-se, desassombrada e frontalmente, que tais garantias podem ser restringidas, limitadas e ultrapassadas.**

42. “...para que não restem dúvidas sobre a constitucionalidade destas restrições, parece seguro que elas devem obedecer a dois pressupostos: devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade; e devem também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º2, da CRP” - FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 45.

43. “...o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério “all or nothing”, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta” - AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito À Não-Auto-Inculpação Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 23.

44. “O *nemo tenetur se ipsum accusare*, não obstante a sua vigência alargada e tal como todos os outros direitos fundamentais, não é um direito absoluto. Na verdade, justificam-se e impõem-se restrições à sua aplicabilidade, mas apenas e só, se estas respeitarem dois pressupostos: por um lado, devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade (pois estando em causa uma intervenção dos poderes públicos de amplo espectro e restritiva de direitos, a previsão por lei terá sempre que ser uma condição necessária da sua admissibilidade); por outro lado devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18º, nº2 da CRP, isto é,

36



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-I

deverá haver uma apreciação em concreto da natureza dos conflitos em causa, só se justificando a restrição se esta visar a protecção de bens jurídicos de elevado valor social e constitucional, nunca podendo, no entanto, ir ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial de qualquer um dos direitos ou interesses públicos colidentes” - JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, ob. cit., pág. 20 e 21, referindo FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit.

45. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também se tem pronunciado sobre esta questão¹⁵, sendo uma referência o Acórdão *Funke v. France*, de 25-02-1993, no qual o Tribunal entende que a entrega de documentos (extractos bancários) viola o direito à não auto-incriminação.

46. Na jurisprudencial nacional, como referência para a resolução e compreensão de casos similares ou adjacentes, deve-se assinalar o Ac. STJ de 28-05-2014, proc. nº 171/12.3TAF LG.G1-A.S1, relator ARMINDO MONTEIRO, publicado no Diário da República, 1ª série - nº 203/2014 - 21/10/2014¹⁶.

47. Ainda assim, **o carácter não absoluto do direito à não auto-incriminação tem sido afirmado em vários arestos dos Tribunais superiores, debatendo-se a sua admissibilidade e consequências da valoração de elementos de prova recolhidos em preterição do princípio** (cfr. - Ac. STJ de 05-01-2005, proc. nº 04P3276, Relator HENRIQUE GASPAR; Ac. STJ, de 12-03-2008, proc. nº 08P694, Relator SANTOS CABRAL; Ac. TRP de 28-01-2009, proc. nº 0816480, Relator MARIA DO CARMO SILVA DIAS; Ac. TRP de 27-2-2013, proc. nº 15048/09.1IDPRT.P1, Relator ERNESTO NASCIMENTO; Ac. TRG de 29-1-2007, proc. nº 1917/07-1, Relator CRUZ BUCHO; Ac. TRG de 12-3-2012, proc. nº 82/05.9IDBRG.G1, Relator ANA TEIXEIRA E SILVA; Ac. TRG de 20-1-2014, proc. nº 97/06.0IDBRG.G2, Relator ANTÓNIO CONDESSO; Ac. RL de 17-04-2012, proc. nº 594/11.5TAPDL.L1-5, Relator SIMÕES DE CARVALHO; Ac. RL de

¹⁵ Para ulterior desenvolvimento, cfr. JOANA COSTA, O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Revista do Ministério Público 128 : Outubro : Dezembro 2011 [pp. 117-183.

¹⁶ Sumário: *Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária.*



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. n.º 71/18.3YUSTR-I

06-04-2011, proc. n.º 724/09.27FLSB -3; Relator A. AUGUSTO LOURENÇO, todos disponíveis em dgsi.pt.

48. O critério acima enunciado, veiculado pela doutrina e jurisprudência, dito de **concordância prática ou da ponderação dos bens**, parece ser o que melhor se adequa à produção legislativa e à expansão normativa do Direito Contra-ordenacional, uma vez que permite garantir soluções casuísticas com reforço na prática judiciária.

49. Outros critérios que atentam na **dependência ou independência da vontade do arguido**, ou que assinalam a **conduta activa versus tolerância passiva**, revelam-se insuficientes por introduzirem distinções remotamente praticáveis e por conduzirem a verdadeiras incriminações com base em conceitos de acção e sujeição manifestamente formais.

50. Se direito ao silêncio representa o *“núcleo quase absoluto do nemo tenetur”* (AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, ob. cit., pág. 21), o **problema de saber o que é que acontece nos casos em que o arguido não está obrigado a colaborar, mas por coacção é levado a contribuir para a sua própria incriminação sob pena de prática de uma infracção deve ser resolvido em função da ponderação casuística e através de um juízo de concordância prática.**

51. Assim, quando a recusa do arguido ou do visado em processo sancionatório em prestar declarações, entregar documentos ou sujeitar-se a um exame não colida com obrigações legais em sentido oposto, ou, em caso de colisão, sempre que os interesses tutelados por tais obrigações legais não prevalecerem no caso concreto, **tal recusa é legítima, o que significa que esse acto (de recusa) não pode ser perseguido como nova infracção.**

52. Outrossim, na situação contrária, isto é, quando os interesses protegidos por tais obrigações legais prevalecerem, no caso concreto, sobre o direito à não auto-incriminação do arguido ou do visado, **este deverá ser compelido a realizar a conduta em causa, podendo a sua recusa ser sancionada autonomamente.**

53. O afastamento do princípio *nemo tenetur* implicará, sempre, que uma lei prévia expressamente imponha um dever de colaboração, devendo esse dever obedecer aos critérios de proporcionalidade e necessidade do artigo 18.º, n.º 2, da CRP para que a recusa no seu

38



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-I

cumprimento seja ilegítima e, por sua vez, ilegal. Nos casos em que a ordem é ilegítima, porque não obedece ao critério atrás enunciado, o arguido não está obrigado a colaborar.

54. *“O direito à não autoincriminação (nemo tenetur se ipsum accusare), direito com natureza constitucional implícita, implica que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo, ou a prestar qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar, direta ou indiretamente, não podendo dessa ausência de colaboração resultar para si qualquer prejuízo jurídico ou presunção de culpabilidade. Não obstante a principal manifestação desta prerrogativa ser o direito ao silêncio, ou seja, o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações, não se encontra, no entanto, restringida a este, abrangendo ainda o direito a recusar a entrega de quaisquer elementos de prova (v.g., documentos ou outros materiais) que tenham ou possam vir a ter valor incriminatório” - JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, ob. cit., pág. 53.*

55. Apesar do problema da obrigatoriedade de entrega de documentos ou de prestação de informações implicar, como ponto prévio, *“a análise sob uma perspectiva de colisão como princípio nemo tenetur se ipsum accusare, em sede do qual se pode afirmar que tal princípio não se confunde com o direito ao silêncio, em sentido estrito, nem dispõe de uma consagração constitucional e legal inequívoca – antes constituindo uma decorrência de regras de proibição de prova – mas que importa da salvaguardar de postergação, mantendo a sua afirmação global, na produção e valoração das provas que com ele se intersectem. Na verdade, a ideia de que o princípio não tem carácter absoluto, a necessidade qualificada (v.g. prova única) de prova em domínios e matérias concretas de grande relevância jurídico-social, a predeterminação legal específica da obrigação que acautela a violação do princípio da confiança, a definição de papéis sociais com conteúdo próprio (de direitos e de deveres) em que o visado está investido, a possibilidade de a informação poder ser obtida por outra via (...) são parâmetros, entre outros, em que se pode abonar a justificação da admissibilidade de limitações ao princípio nemo tenetur – CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras, Coimbra Editora, pág. 128 e 129.*

*



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-I

56. Antes de mais, a nossa posição é de que, como decorre do próprio auto de apreensão de fls. 307 a 311, os elementos documentais descritos no ponto F) dos factos provados foram entregues pela visada/recorrente como resposta a um pedido de esclarecimentos para melhor realização da diligência de busca e apreensão nas instalações de Leça do Balio.

57. Ou seja, inexistente nessa instrução probatória qualquer elemento de coercibilidade da colaboração da visada exterior ao exercício dos poderes previstos no art.º 18.º do NRJC, porquanto esses elementos e documentos foram entregues de modo voluntário e como forma de resposta a um pedido de esclarecimentos, pedido esse acessório das diligências de busca e apreensão.

58. Para o que importa, a visada entendeu que devia prestar aqueles esclarecimentos através da junção e entrega de elementos escritos sem que a AdC lhe tivesse dirigido qualquer advertência prévia determinada no art.º 31.º, n.º 5 do NRJC e mediante a advertência prevista nos artigos 68.º, n.º 1 al. h) e 69.º, n.º 3 do mesmo regime.

59. A advertência que consta do auto de notificação (cfr. fls. 280 e 280v) é a advertência prevista nos artigos 68.º, n.º 1 al. j) do NRJC que expressamente refere que a *não colaboração com a Autoridade da Concorrência ou a obstrução ao exercício dos poderes previstos nos artigos 18.º a 20.º, 43.º, 61.º e 64.º constitui contraordenação punível com coima.*

60. O presente caso é, portanto, substancialmente diferente daquele que ficou decidido nos apensos B e F destes autos em que houve um pedido de elementos pré-determinado pela AdC, cujo incumprimento foi expressamente advertido com a cominação legal prevista nos artigos 68.º, n.º 1 al. h) e 69.º, n.º 3 do mesmo NRJC.

61. Efectivamente, a AdC não utilizou qualquer expediente inquisitório, expressa e directamente, dirigido à obtenção daqueles elementos (como o fez nos ofícios probatórios em crise nos apensos B e F destes autos).

62. Em nenhum momento processual os elementos documentais descritos no ponto F) dos factos provados foram solicitados pela AdC, e muito menos essa solicitação foi

40



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

efectuada por adstrição ao dever de colaboração previsto nos artigos 15.º, n.º 1) e 31.º, n.º 5 do NRJC e respectivo regime sancionatório.

63. Em suma, não preexiste qualquer elemento de coercibilidade dessa junção pela visada exterior ao exercício dos poderes previstos no art.º 18.º do NRJC, sendo tal entrega correspondente a um acto processualmente voluntário.

64. De outro modo, se entendermos que a junção ocorreu por referência à coercibilidade do dever de colaboração ínsito ao dever de não obstruir as diligências de busca e apreensão, então, mais uma vez, estamos perante um problema sobre o objecto, limites e extensão do cumprimento dos respectivos mandados de buscas e apreensão, visto que, para o que importa, tal prova foi obtida no âmbito do art.º 18.º, n.º 1 do NRJC.

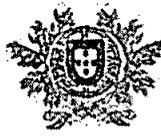
65. Todavia, esta leitura afigura-se-nos manifestamente abusiva perante as evidências documentais dos autos.

66. Ainda que assim não e admitindo que aquela junção ocorreu através de um mecanismo processual coercivo, os argumentos expendidos nas sentenças dos **apensos B e F** destes autos merecem a devida valência nestes autos e aqui reiteramos.

67. Por conseguinte, vertendo o Direito aos factos, **afigura-se-nos que a recolha e a instrução probatória referida no ponto F) dos factos provados é lícita, válida e conforme à lei e à constituição, também por aplicação do alcance do princípio ou do direito à não auto-incriminação, tornando lícitas, válidas e conformes à lei e à constituição a decisão interlocutória da AdC de 3 de Agosto de 2018¹⁷.**

68. Como enquadramento temático, em jeito de prevenção e admoção, a utilização dos artigos 15.º, n.º 1 e 31.º, n.º 5 do NRJC exige o cumprimento de requisitos mínimos de fundamentação dos officios probatórios e de modo a permitir à visada o conhecimento das finalidades processuais concretas, comunicando-se, de modo suficiente e bastante, o âmbito, objecto e escopo da prova a produzir.

¹⁷ Para tanto, não veicularemos aqui a nossa opinião vertida nas sentenças proferidas nos processos n.º 168/17.7YUSTR e n.º 197/16.8YUSTR em estava em causa prova recolhida no âmbito da actividade de supervisão, realizada pela concretização das prerrogativas inerentes àqueles poderes, a qual tinha ínsita, mais das vezes, uma actividade preventiva e de fiscalização de “*antecâmara*” da acção sancionatória mas que com ela não se pode confundir.



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-I

69. Neste conspecto, considerando que os esclarecimentos subjudice foram concomitantes da realização das diligências de buscas e apreensão e da comunicação do despacho e dos mandados emitidos pelo Ministério Público, afigura-se-nos que aquele desiderato foi casuística e efectivamente cumprido, sem que o âmbito, objecto e escopo dos esclarecimentos pretendidos para facilitação das diligências de busca e apreensão resultasse obscuro ou inacessível, e sem que as garantias de defesa da visada no que respeita ao aproveitamento desses contributos probatórios resultassem comprometidas.

70. **O que é crucial e decisivo para a percepção da licitude, validade e legalidade da utilização dos elementos recolhidos no âmbito de processo sancionatório e através dos expedientes adjectivos dos artigos 31.º, n.º 5, 68.º, n.º 1 al. j) e 69.º, n.º 3 do NRJC pode ser dilucidado sob três perspectivas a valorar casuisticamente: (1) índice de incriminação pela colaboração prestada; (2) afirmação processual do direito à não auto-incriminação (3) e natureza e conteúdo da colaboração prestada ou critério de proibição de inversão de ónus de prova da infracção.**

42

71. (1) Salvo melhor opinião, a operacionalidade do princípio *nemo tenetur* num momento processual prévio à decisão do inquérito prevista no art.º 24.º, n.º 3 al a)¹⁸ do NRJC deve ser ponderado com elevadíssimas reservas e escolhos, e no sentido em que esse momento processual em que a visada/recorrente suscitou a nulidade do ofício probatório **não existia, ipso facto, qualquer incriminação ou juízo sancionatório definitivo e/ou consolidado da autoridade administrativa.**

72. Ou seja, a apreciação e alcance desse princípio revela-se manifestamente extemporâneo e até despiciendo, implicando que o Tribunal, em prognose, aquilate do contributo dessa prova colhida para a decisão de imputação da nota de ilicitude e até para uma ulterior condenação da visada que, no momento do **requerimento de 16.02.2017** (objecto da decisão impugnada) não havia ocorrido, sendo certo que o objecto processual impede qualquer análise póstuma do prosseguimento para a fase da instrução.

¹⁸ Terminado o inquérito, a Autoridade da Concorrência decide: a) Dar início à instrução, através de notificação de nota de ilicitude ao visado, sempre que conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.



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-I

73. Ou seja, torna-se até temerário partir do pressuposto de que, invocada formalmente aquela prerrogativa pela visada/recorrente e estando os poderes probatórios e sancionatórios previstos em lei prévia (com as reservas que deixámos expressas sobre o enquadramento processual dos pedidos de esclarecimentos), o Tribunal estaria apto a proceder à aplicação decisória do primeiro dos critérios enunciados de **concordância prática ou da ponderação dos bens**, visto que inexistente, no momento *a quo* da impugnação judicial interlocutória, qualquer incriminação com apoio na colaboração da visada/recorrente.

74. Ou seja, **a mera valoração pela autoridade administrativa da prova documental junta pela visada durante a diligência de busca e apreensão nas instalações de Leça do Balio, como resposta aos esclarecimentos solicitados para facilitação da diligência, não pode equivaler a qualquer incriminação**, pelo menos em grau suficiente para que o Tribunal correlacione o exercício da acção sancionatória com a potencialidade incriminatória daqueles elementos.

75. Para o que importa, nesta fase processual não ocorreu qualquer incriminação com fundamento na prova entregue pela visada/recorrente, não obstante o protelamento do envio do processo para Tribunal seja concomitante com a pendência da fase de instrução do PRC/2016/04, sequente da notificação da nota de ilicitude.

76. Na verdade, entendemos, como pressuposto apodíctico da questão subjudice, que o conceito de *coerção directa e imediata*, com o qual a visada/recorrente pretende qualificar a junção daqueles elementos documentais, dependeria, necessariamente, do aproveitamento incriminador de tal prova no momento de prolação das decisões impugnadas, o que, também, necessariamente, não sucedeu atenta a fase processual do recurso interlocutório.

77. Em suma, **a actuação instrutória de prestação de elementos por colaboração activa da visada e para facilitação das diligências de busca e apreensão, consubstancia uma actuação processualmente insusceptível de representar uma lesão, infirmação ou restrição relevante ao direito à não auto-incriminação numa fase prévia a qualquer imputação sancionatória.**

78. (2) Ainda que assim não fora, para nós, a afirmação do princípio *nemo tenetur* revela-se, na sua essência, no direito de recusar legitimamente a prestação de colaboração

23
B

43



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-I

com um determinado processo sancionatório, inscrevendo o conteúdo desse direito numa actuação de conteúdo negativo.

79. Como enunciámos, o visado num processo sancionatório tem o direito de, livremente e sem punição ou oneração, recusar colaborar com a acção sancionatória, seja através do mero silêncio ou, mais concretamente, através da recusa na apresentação de meios de prova.

80. Daí que vejamos com assertiva reserva a faculdade aqui enunciada pela visada/recorrente de que, prestando a colaboração, o seu ulterior aproveitamento estaria cominado de absoluta nulidade processual por consubstanciar prova proibida na sequência da sua consulta e valoração pela autoridade administrativa.

81. Diga-se, preclaramente, que toda a colaboração de sujeitos visados em processo contra-ordenacional envolve necessariamente uma prestação probatória positiva e espontânea (pelo menos na aparência formal) que auxilia a actividade de investigação, servindo ao ónus que cabe sempre às autoridades administrativas na demonstração da imputação, sem que tal possa significar qualquer inversão desse mesmo ónus, tendo-se salvaguardado a possibilidade de tal conduta processual ser valorada favoravelmente na medida do sancionamento.

82. O caminho argumentativo da pretensão da visada revelar-se-ia, em nossa opinião, tautológico ou ab-rogante da tutela jurisdicional ínsita à acção sancionatória contra-ordenacional, porquanto implicaria que este Tribunal, no âmbito de uma fase interlocutória do **PRC/2016/04**, estaria habilitado a aferir da potencialidade coerciva do pedido de esclarecimentos para efeitos de vício de prova proibida, fora do próprio âmbito do respectivo processo contra-ordenacional em que essa recusa poderia ser sancionada.

83. Efectivamente, **o sancionamento da recusa da colaboração só pode ocorrer, por definição, no âmbito de um processo contra-ordenacional autónomo**, eventualmente instaurado na sequência de obstrução ao exercício dos poderes inquisitórios previstos no art.º 18.º do NRJC e por violação do tipo contra-ordenacional previsto no art.º 61.º, n.º 1 al. j) do NRJC (cuja advertência efectivamente ocorreu).

84. E será nesse processo contra-ordenacional autónomo que se aferirá da legitimidade da recusa por preterição do direito à não auto-incriminação.

44



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

85. Portanto, não temos como seguir a alegação de que a junção dos elementos probatórios ocorreu a expensas da privação *do exercício de quaisquer garantias processuais* e perante a ambivalência de apenas duas opções processuais capazes de afirmar tais garantias: *recusa da prestação de esclarecimentos (por entrega de elementos não solicitados) ou aplicação uma coima até 1% do seu volume de negócios.*

86. Na verdade, jamais a recusa seria cominada, automaticamente e à margem de qualquer processo equitativo, com a sanção prevista no art.º 69.º, n.º 3 do NRJC, impedindo-se que a visada/recorrente fizesse valer a tutela do *nemo tenetur* em processo próprio e no qual aquele princípio pode e deve assumir a plenitude do seu conteúdo.

87. Por conseguinte, a **garantia do *nemo tenetur* ou do direito à não auto-incriminação, num contexto em que a colaboração probatória foi prestada ao abrigo de poderes inquisitórios previstos no art.º 18.º do NRJC e com a advertência também expressa e prévia da sua coercibilidade, deve exigir a afirmação activa dessa garantia ou desse direito pelo interessado e mediante uma actuação de conteúdo negativo de recusa de colaboração, o que não sucedeu.**

88. (3) Quanto à **natureza e conteúdo da colaboração prestada**, Quanto à **natureza e conteúdo da colaboração prestada**, importará lembrar que estamos perante os específicos contributos probatórios referidos no **ponto F) dos factos provados** cuja valoração é, no entender da visada, susceptível de implicar preterição do direito à não auto-incriminação.

89. Ora, sem prejuízo de melhor ponderação e sempre assinalando a fase administrativa instrumental que superintende às decisões interlocutórias impugnadas, **afigura-se-nos que tais elementos não comportam em si qualquer conteúdo incriminatório ou susceptível de, por si só, representar a consolidação probatória de uma prática restritiva da concorrência**, servindo antes para a identificação das pessoas singulares – *responsáveis hierárquicos e outros funcionários por área de negócio, por área geográfica e por período temporal* (nomeadamente do colaborador [REDACTED] [REDACTED]) - que prestam ou prestaram actividade funcional para a visada, tida como integrante do objecto das práticas restritivas da concorrência em investigação.

90. Outrossim, e com igual evidência, nos parece que **aqueles documentos e elementos também não implicam qualquer contributo de natureza confessória** sobre a

24
B

45



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-I

imputação fixação e imposição directa de preços de revenda, sobre a imputação de fixação e imposição directa de preço de venda ou público e de fixação de preços de revenda por meios indirectos, tratando-se de prova instrumental e acessória dessa mesma imputação e/ou que podem envolver determinadas presunções sobre a posição dominante da visada/recorrente (o que não equivale a qualquer presunção de ilicitude).

91. Quando a visada/recorrente afirma que *a disponibilização de todos estes elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável, o direito da Recorrente à não autoincriminação porquanto, ao cumprir integralmente este Pedido de Elementos, a Recorrente poderá estar a ser levada a admitir, de forma não livre e involuntária, o cometimento de uma infração anti concorrencial que, repete-se, não cometeu*, incorre num excesso argumentativo, de natureza conclusiva e em que o respaldo do *nemo tenetur* é veiculado na sua dimensão absolutista e exclusivamente formal, negando, inclusive, a melhor doutrina e jurisprudência que cita no seu recurso de impugnação judicial.

46

92. De igual passo, o argumento de que tais documentos *foram especificamente elaborados para fazer face ao pedido da AdC* configura alegação claramente despicienda, e na medida em que a disponibilidade ou afectação de meios não integra o âmbito material do princípio do *nemo tenetur*, que não depende de qualquer juízo sobre a impossibilidade prática de cumprimento dos ofícios.

93. O potencial argumento de que se os elementos obtidos se tratam de documentos não previamente constituídos não nos parece, de todo, como um critério operacional, prevalente ou significativo para a compreensão da problemática inerente ao direito de não auto-incriminação.

94. O mesmo vale para as alegações inerentes ao enorme hiato temporal ou ao grau de complexidade económica que as informações podem envolver dado que, no que importa, a visada/recorrente logrou prestar tais informações.

95. **Afigura-se-nos ausente de controvérsia que a visada/recorrente ao ter prestado os esclarecimentos por entrega dos contributos probatórios referidos no ponto F) dos factos provados, não assumiu, implícita e indirectamente, qualquer actividade probatória em satisfação de um ónus que não lhe cabia e quanto à imputação da prática de uma infração.**



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-I

96. De outro modo, secundamos a AdC quando afirma que tais elementos estão sujeitos a contraditório sobre o seu significado e aproveitamento probatório, expressando com isso a ideia de que a **natureza e conteúdo da colaboração efectivamente prestada no caso dos autos não acarreta qualquer comprometimento objectivo do direito à não auto-incriminação**¹⁹.

97. A alegação de que *o posterior exercício do contraditório relativamente ao conteúdo de todos os elementos fornecidos estará, desde logo, francamente inviabilizado, na medida em que, no momento em que for dado à Recorrente o direito de se pronunciar sobre os mesmos, já a Recorrida terá formado o seu juízo de valor e convicção sobre os mesmos* consubstancia uma dedução inquinada e sofista da operacionalidade processual deste princípio do *nemo tenetur*, visto que assume que este direito só pode ser declarado no momento da colaboração, ignorando conscientemente que o vício de nulidade e de prova proibida pode e deve ser conhecido a todo o momento e oficiosamente.

98. Os elementos documentais em causa dificilmente podem ser abusivamente percebidos de forma descontextualizada ou descaracterizada no que tange ao seu aproveitamento para prova da imputação, visto que transmitem realidades empresariais objectivas e incontroversas.

99. Por conseguinte, além de tudo o que foi dito sobre a precariedade processual da impugnação judicial interlocutória, a posição da visada/recorrente de invocação do *nemo tenetur* apresenta-se abusivamente formalista e desgarrada de consequência prática no que significam tais contributos documentais para a imputação de comportamento contra-ordenacional ilícito e culposo, notando-se que as alegações trazidas a pleito são esboçadas de modo genérico e sem qualquer incursão no conteúdo desses elementos, bastando-se a visada/recorrente de que qualquer contributo probatório estaria ferido de absoluta nulidade com vício de prova proibida desde que tal prerrogativa fosse arguida quando da junção.

100. Em suma, não vislumbramos da **natureza e conteúdo da colaboração efectivamente prestada** um *potencial significado incriminatório* capaz de significar uma

¹⁹ Esta ordem de conclusões nada tange com a natureza exculpatória ou inculpatória na prova constante dos autos e no sentido que esta segunda qualificação se aplica a toda a prova utilizada na imputação, independentemente do seu valor indiciário, confessório ou real.



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-I

violação inadmissível do direito à não auto-incriminação e em que *a disponibilização dos elementos comprometeu e atingiu, de forma irremediável*, esse direito.

101. Cumpre sublinhar que esta posição argumentativa não pode colher e consubstancia, até, uma frontal negação de todo o múnus doutrinário e jurisprudencial incidente sobre a problemática do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

102. Neste conspecto, tentando incidir subsidiariamente sobre o **critério da concordância prática ou da ponderação dos bens** a partir desta premissa do conteúdo dos elementos e documentos, dir-se-á que a utilização dessas prerrogativas probatórias na recolha e solicitação de elementos pela AdC se revela, perfunctoriamente, correspectiva da realização das atribuições da AdC de promoção e defesa da concorrência, na sua dimensão sancionatória, e, por outro, permite realizar, directa e imediatamente, aquelas mesmas atribuições através de uma gestão probatória eficiente e adequada.

103. Ora, se as competências sancionatórias da AdC dispõem de normas especificadamente habilitantes para a realização da recolha de elementos e documentos; se esta autoridade administrativa deve actuar dentro da legalidade administrativa, então a utilização dessas prerrogativas para instrução probatória inerente à caracterização do mercado relevante apresenta-se evidentemente adequada àquelas finalidades de promoção e defesa da concorrência.

104. Além de adequadas, estas prerrogativas probatórias assumem, perfunctoriamente, um contributo relevante para a acção sancionatória, efectivando-a no caso concreto, apesar de instrumental e acessório no que respeita à imputação contra-ordenacional.

105. **É precisamente o interesse na promoção e defesa da concorrência através da acção sancionatória que devem aportar à resolução da questão critérios objectivos de limitação ao princípio *nemo tenetur*, o qual, lido isoladamente, implicaria a cominação de proibição de valoração de elementos probatórios legal e validamente recolhidos na prossecução daqueles interesses e ao abrigo de poderes de investigação reconhecidos por lei.**

106. A autoridade administrativa **não utilizou qualquer expediente probatório irregular, obscuro, escondido ou encoberto** nem tão pouco excedeu as suas competências sancionatórias, concretamente nos meios utilizados para a obtenção de esclarecimentos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

acessórios à eficiente realização das diligências de busca e apreensão, os quais se afiguram idóneos e conformes ao exercício dos seus poderes de investigação efectivados naquela diligência.

107. O excursus sobre a jurisprudência da União Europeia também vem dar respaldo a este nosso entendimento sobre o caso prático, consagrado na precedência referencial do Ac. do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, *Orkem contra Comissão*, proc. n.º 374/87²⁰; do Ac. do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse e outros*

²⁰ Pela sua exemplar lição, deixamos aqui citados os parágrafos 27 a 35 do Ac. *Orkem contra Comissão* destacando o critério jurisprudencial da limitação pela inversão do ónus probatório da infracção: “27 Pelo contrário, o Regulamento n.º 17 não reconhece à empresa que seja objecto de uma medida de investigação qualquer direito de se furtar à execução dessa medida em virtude de o seu resultado poder fornecer a prova de uma infracção que cometeu às normas da concorrência. Pelo contrário, impõe uma obrigação de colaboração activa, que implica que ponha à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objecto do inquérito. 28 Na ausência de um direito ao silêncio expressamente consagrado pelo Regulamento n.º 17, convém apreciar se (e em que medida) os princípios gerais do direito comunitário, de que os direitos fundamentais fazem parte integrante e à luz dos quais todos os textos de direito comunitário devem ser interpretados, impõem, como sustenta a recorrente, o reconhecimento de um direito de não fornecer os elementos de informação susceptíveis de serem utilizados para provar, contra quem os forneça, a existência de uma infracção às regras da concorrência. 29 De modo geral, as ordens jurídicas dos Estados-membros só reconhecem o direito de não testemunhar contra si própria à pessoa singular acusada de uma infracção no âmbito de um processo penal. A análise comparativa dos direitos nacionais não permite, assim, concluir pela existência desse princípio comum aos direitos dos Estados-membros em proveito das pessoas colectivas e no domínio das infracções de natureza económica, nomeadamente em matéria de direito de concorrência. 30 No que respeita ao artigo 6.º da convenção europeia, admitindo que possa ser invocado por uma empresa objecto de um inquérito em matéria de direito da concorrência, convém declarar que não resulta do seu texto nem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que essa disposição reconheça um direito a não testemunhar contra si próprio. 31 O artigo 14.º do pacto internacional, que consagra, além da presunção de inocência, no seu n.º 3, alínea g), o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si próprio ou a confessar-se culpado, visa apenas as pessoas acusadas de uma infracção penal no âmbito de um processo judicial e é, assim, estranho ao domínio dos inquéritos em matéria de direito da concorrência. 32 No entanto, convém examinar se determinadas limitações ao poder de investigação da Comissão no decurso do inquérito prévio não resultam da necessidade de assegurar o respeito dos direitos da defesa, que o Tribunal considerou como um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária (acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin, 322/82, Recueil, p. 3461, n.º 7). 33 A este respeito, o Tribunal salientou recentemente no acórdão de 21 de Setembro de 1989 (Hoechst/Comissão, 46/87 e 227/88, Colect., p. 2859, n.º 15) que, se é certo que os direitos da defesa devem ser respeitados nos processos administrativos susceptíveis de conduzir a sanções, importa evitar que esses direitos possam ficar irremediavelmente comprometidos no âmbito de processos de inquérito prévio que podem ter um carácter determinante para a produção de provas do carácter ilegal de comportamentos de empresas susceptíveis de as responsabilizar. Por conseguinte, se determinados direitos da defesa apenas dizem respeito aos processos contraditórios que se seguem a uma comunicação de acusações, outros devem ser respeitados desde a fase do inquérito prévio. 34 Assim, se, para preservar o efeito útil dos n.os 2 e 5 do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa. 35 Deste modo, 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-I

contra Comissão, procs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99²¹ e do Ac. do Tribunal de Primeira Instância, de 20 de Fevereiro de 2001, *Mannesmannröhren—Werke contra Comissão*, proc. T-112/98^{22,23}, os quais, no

Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão”.

²¹ Podendo-se ler no seus parágrafos 273 a 275 que: “273 O acórdão *Orkem/Comissão*, já referido, reconheceu assim, ao abrigo dos princípios gerais do direito comunitário, dos quais fazem parte integrante os direitos fundamentais e à luz dos quais todos os textos de direito comunitário devem ser interpretados, o direito de uma empresa não ser coagida pela Comissão, ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a confessar a sua participação numa infracção (v. acórdão *Orkem/Comissão*, já referido, n.os 28, 38 *in fine* e 39). A protecção deste direito implica, em caso de contestação sobre o alcance de uma pergunta, que se verifique se uma dada resposta do destinatário equivale efectivamente à confissão de uma infracção, de modo a haver ofensa do direito de defesa. 274 É pacífico que, a seguir a este acórdão, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que o tribunal comunitário deve ter em conta na sua interpretação dos direitos fundamentais, conheceu novos desenvolvimentos com o acórdão *Funke*, já referido, invocado pelas recorrentes, e com os acórdãos *Saunders/Reino Unido* de 17 de Dezembro de 1996 (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2044) e *J. B./Suíça* de 3 de Maio de 2001 (ainda não publicado no *Recueil des arrêts et décisions*). 275 O acórdão *Orkem/Comissão* e a jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem têm, porém, em comum, por um lado, a exigência de coacção sobre o arguido para obter deste certas informações e, por outro, a necessidade de verificação de uma ofensa efectiva ao direito que definem.” – nosso destacado.

²² Sublinhando o TPI num aforamento evidente do critério da concordância que: “66 Com efeito, o reconhecimento do direito de guardar silêncio absoluto, invocado pela recorrente, iria além do que é necessário para preservar os direitos da defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum, que lhe é devolvido pelo artigo 89.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 85.º CE). 67 Daqui resulta que o direito de guardar silêncio só pode ser reconhecido a uma empresa destinatária de uma decisão de pedido de informações na acepção do artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17, na medida em que esta seja obrigada a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão (acórdão *Orkem*, n.º 35)”.

²³ O Ac. do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção), de 29 de Abril de 2004, processos apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd e outros contra Comissão*, citado pela visada/recorrente, expressamente refere no seu parágrafo 401, e ao contrário do que esta pretende fazer valer, que “há que sublinhar que o direito de guardar silêncio absoluto, invocado para defender que não devia responder a qualquer pedido de informações, não pode ser reconhecido”, que, “com efeito, o reconhecimento de tal direito iria além do que é necessário para preservar os direitos de defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum”, e que “o direito de guardar silêncio só pode ser reconhecido na medida em que a empresa em causa seja obrigada a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão”, remetendo para os pontos 66 e 67 do Ac. *Mannesmannröhren—Werke contra Comissão*, T-112/98. Na sequência do recurso desta decisão do TPI e no Ac. de 29 de Junho de 2006, *SGL Carbon e outros contra Comissão*, o Tribunal de Justiça volta a afirmar que “404 Este direito da Comissão de obter informações, consagrado pelos acórdãos *Orkem/Comissão* e *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, referidos, respectivamente, nos n.os 401 e 402 *supra*, não contraria nem o artigo 6.º, n.os 1 e 2, da CEDH [Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950] (acórdão *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, já referido, n.º 75”, anotando, todavia, que: “De qualquer forma, o facto de ser obrigado a responder às questões puramente factuais colocadas pela Comissão e a satisfazer os seus pedidos de apresentação de documentos preexistentes não é susceptível de violar o princípio do respeito do direito de defesa ou o direito a um processo equitativo, que oferecem, no domínio do direito da concorrência, uma protecção equivalente à garantida pelo artigo 6.º da CEDH. Com efeito, nada impede o destinatário de um

50



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-I

mesmo compasso, reconhecem amplitude ao princípio do *nemo tenetur* no direito sancionatório e legitimam a validade de prerrogativas de instrução documental da Comissão obtidos por colaboração dos visados; seja por referência ao citado Ac. *Funke* e outra jurisprudência do TEDH, desde que essa colaboração não leve à admissão da existência da infração que deverá sempre integrar o ónus de prova da Comissão.

108. Afigura-se-nos que este **critério jurisprudencial de proibição de inversão de ónus de prova da infração** no aproveitamento de prova prestada por colaboração do visado em processo contra-ordenacional consubstancia a pedra de toque da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁴.

109. Assim, em compatibilização com esta jurisprudência, **dos elementos juntos pela visada/recorrente não decorre qualquer admissão da existência ou da prática de infração ao Direito da Concorrência cuja prova caiba à AdC, pelo que não subsiste qualquer preterição do princípio do *nemo tenetur*.**

110. É a posição da visada/recorrente que aduz uma leitura de postergação ou de *tudo ou nada* à luz do princípio *nemo tenetur* quando implica a inevitável consequência de afastar do problema estas preocupações agora citadas, sendo certo que da jurisprudência citada no seu recurso não se pode retirar a prevalência do direito à não auto-incriminação sob a obrigatoriedade de cumprimento do dever de colaboração.

111. Daí que, enquadrada a actuação da AdC no exercício de poderes de investigação, vislumbremos com dificuldade a conclusão pela qualificação destes meios, habilitados por lei prévia, como meios enganosos ou de supressão abusiva, ilegal ou inconstitucional do direito à não auto-incriminação.

pedido de informações de demonstrar, mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão (acórdão Mannesmannröhren-Werke/Comissão, referido no n.º 402 supra, n.os 77 e 78)."

²⁴ Cfr., além dos referidos, os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, **Aalborg Portland e outros contra Comissão**, procs. C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P e C 219/00 – parágrafos 61 e 65; de 14 de Julho de 2005, **ThyssenKrupp contra Comissão**, procs. C 65/02 P e C 73/02 P – parágrafo 39; de 25 de Janeiro de 2007, **Dalmine SpA contra Comissão**, processo C-407/04 P – parágrafo 34; e de 24 de Setembro de 2009, **Erste Group Bank AG e outros contra Comissão**, procs. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P - parágrafo 271. Todas as decisões do Tribunal de Justiça ou do TPI citadas podem ser consultadas em curia.europa.eu.

27
8

51



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-I

112. A possível linha argumentativa sobre a inconstitucionalidade desta interpretação do regime aplicável, por violação dos artigos 18.º n.º 2 e 32.º n.º 2 e 10 da CRP, surpreende-se como espúria e desgarrada de substrato de alegação, tendo em conta, nomeadamente, o que acima se disse, com profuso apoio de doutrina e jurisprudência, sobre a possibilidade de tais garantias serem restringidas, limitadas e ultrapassadas.

113. Este juízo sobre a legalidade da colaboração instrutória em processo contra-ordenacional também auferiu de validação constitucional bastante, ainda que ao abrigo do anterior regime legal da Lei da Concorrência, conforme se dispõe no Ac. n.º 461/2011, de 11 de Outubro de 2011, o qual *julgou não inconstitucional a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o Arguido, em processo contra-ordenacional, a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência, aí se defendendo que: “a compressão do conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação, exercida pela protecção constitucional do princípio da concorrência, implica que o domínio de abrangência de tal direito não abarque, assim, a possibilidade de o arguido, em processo contra-ordenacional por práticas anticoncorrenciais, recusar a prestação de informações e a entrega de documentos, que estejam em seu poder e lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, pressuposta a dimensão objectiva desses elementos, desprovidos de conteúdo conclusivo ou juízo valorativo, no sentido auto-incriminatório”.*

114. Em face do exposto, **conclui-se que os elementos e documentos obtidos na sequência do pedido de esclarecimentos para melhor realização das diligências de busca e apreensão nas instalações da visada/recorrente, e descritos no ponto F) dos factos provados, não configuram prova proibida, por preterição do direito ao silêncio/princípio da não auto-incriminação, cominada com nulidade, nos termos do disposto nos artigos 124.º e 126.º do CPP e nos n.ºs 2, 8 e 10 do artigo 32.º da CRP.**

115. Em resposta à pergunta enunciada no **ponto 20)** desta decisão e para a devida sindicância a **decisão interlocutória da AdC de 3 de Agosto de 2018 não deve ser declarada inválida por violação do direito da visada/recorrente à não autoincriminação,**



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. n.º 71/18.3YUSTR-I

constituindo os elementos probatórios obtidos na sequência das diligências de busca, exame, recolha e apreensão prova proibida.

* *

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.

115. Outra premissa explicativa desta decisão decorre da recente pronúncia deste Tribunal e deste signatário, constante das sentenças 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 recurso²⁵.

116. Apesar da visada não o identificar expressamente, a sindicância que este recurso de impugnação judicial envolve dirige-se, naquilo que importa, à autorização das diligências de busca e apreensão quanto à sua justificação e proporcionalidade e aos limites da execução e cumprimento dos mandados pela AdC.

117. 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.

*

118. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da decisão interlocutória da AdC de 3 de Agosto de 2018 e do indeferimento das pretensões da visada consignada no requerimento indicado no **ponto J) 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

²⁵ Assim como das sentenças proferidas nesta data nos **apensos D, E e G**, não transitadas em julgado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-I

regime processual de prova proibida na dimensão da aquisição probatória ilícita de correspondência sem o consentimento do respectivo titular.

119. 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 electrónico²⁶ e demais diligências realizadas nas instalações da visada, identificadas no **ponto C) dos factos provados**.

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

54

121. 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 interlocutórias²⁷.

²⁶ 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).*”

²⁷ 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**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

122. 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 NRJC²⁸ 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.

123. 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.º²⁹, 20.º³⁰ e 21.º³¹ do NRJC - em linha com os poderes de investigação criminal.**

55

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

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

²⁹ 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



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-I

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

125. 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

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

³⁰ *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.*

³¹ *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

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-I

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.

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

127. 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.

128. 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.

57

129. 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.**

130. 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.

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

132. *“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



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-I

Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, página 166, anotação ao artigo 42.º.

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

134. 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.

58

135. 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.

136. Este regime processual – previsto nos artigos 119.º; 120.º; e 174.º a 186.º do CPP – permite a cominação de vício de nulidade sanável em caso de preterição de formalidades essenciais, mediante a arguição de inexistência, nulidade ou irregularidade do acto respeitante ao *inquérito* perante o Ministério Público, mediante despacho passível de reclamação para o respetivo superior hierárquico – neste sentido e analisando diferente casuísmo inerente à autonomia de actuação do Ministério Público na fase de inquérito e à limitação da intervenção de JIC aos casos expressamente tipificados na lei cfr. Ac. RP, de 26-02-2014, 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 FERREIRA³² e Ac. RP de 02-11-2005,

³² 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*



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. n.º 71/18.3YUSTR-I

proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA³³, Ac. RG de 05-12-2016, proc. 823/12.8PBGMR.G1, relator PAULA ROBERTO³⁴; Ac. RG de 20-09-2010, proc. n.º 89/09.7GCGMR.G1, relator TERESA BALTAZAR³⁵, todos disponíveis em dgsi.pt.

137. Este regime de sindicância, em glosa qualificada naqueles arestos³⁶, 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 correspectivo 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.**

138. 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.

139. Em suma, **com a construção propugnada pela visada/recorrente, o processo contra-ordenacional assumiria uma instância de controlo das medidas probatórias**

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.

³³ 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.*

³⁴ 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.*

³⁵ 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.*

³⁶ Em sentido divergente, cfr., *inter alia*, a fundamentação do Ac. RG de 05/02/2018, proc. n.º 683/16.0PBGMR.G1, relator ALDA CASIMIRO e que defende que “o JIC possui competência para verificar a existência de irregularidade em despacho proferido pelo Mº Pº em fase de inquérito, desde que tempestivamente arguida”, e que “tal entendimento não viola a autonomia do Ministério Público, pois que a mesma não pode ser confundida com direcção do inquérito, sem qualquer controlo jurisdicional”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-I

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.

140. 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.

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

142. 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.

143. 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.

144. 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.

145. 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.

60



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-I

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

147. 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.

148. 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.

149. 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.

150. 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.

151. Os artigos 84.^{o37} 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

³⁷ 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



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-I

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.

152. 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.

153. *Ergo*, este Tribunal tem competência para conhecer das medidas interlocutórias de **3 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.

154. 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.

155. 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.

156. Todavia, este *desfasamento geográfico*³⁸ 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

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.

³⁸ Expressão feliz utilizada na Lei da Concorrência Anotada, Almedina, pág. 224.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-I

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.

157. “*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.

158. 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.

159. A perspectiva que é trazida pelas três sentenças proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa nos processos n.º 97/06.0TYLSB³⁹, n.º 214/07.2TYLSB⁴⁰ e n.º 219/07.3TYLSB⁴¹, 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 noutros recursos com o mesmo objecto), não é diferente daquela que aqui defendemos.

160. 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.

161. 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

³⁹ Disponível em

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

⁴⁰ Disponível em

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

⁴¹

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

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

da impugnação judicial e com a amplitude de impugnação que a visada/recorrente pretende aqui ver reconhecida.

162. Todavia, a análise do conteúdo e do casuismo 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.

163. 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 válida e regularmente emitido e que os documentos apreendidos se encontravam cobertos pelo seu objecto.

164. 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*”.

165. 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.

166. Já a sentença proferida no n.º 219/07.3TYLSB conheceu apenas da questão essencial relativa à equiparação da sede das pessoas colectivas ao domicilio 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.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

167. 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.

168. 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.**

169. 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.

170. Efectivamente, a visada/recorrente não veio impugnar, como se diz na sentença do proc. n.º 97/06.0TYLSB⁴², 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.*

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

172. Sem prejuízo do que infra se disser sobre os concretos fundamentos de impugnação conjugados com os limites do nosso conhecimento, subsistem dois fundamentos que antevêm possível inscrição no âmbito do controlo jurisdicional deste Tribunal sobre a decisão de **3 de Agosto de 2018, mormente os fundamentos de nulidade por erro nos pressupostos de facto e por omissão de pronúncia**⁴³.

173. Na verdade, estes fundamentos são os únicos que não transportam expressa e frontal oposição ao despacho de autorização do Ministério e cumprimento dos respectivos

⁴² Como vimos, neste processo estava em causa mandado de busca e apreensão emitido pela própria AdC.

⁴³ O fundamento relativo à violação do princípio de proporcionalidade, além de desgarrado de atendimento factual bastante ou suficiente, incide sobre a legalidade da execução do mandado de busca e apreensão, e na respectiva dimensão de que a execução desse mandado resultou num meio de obtenção desproporcional e atentatório da liberdade de empresa da visada/recorrente.



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-I

mandados de busca, aplicando-se exclusivamente ao exercício de competência decisória da AdC.

174. Todavia, os mesmos fundamentos denotam asseverada precariedade no seu proveito para efeitos de impugnação.

175. **Em primeiro lugar**, a entrega de cópia certificada da documentação apreendida não constituiu qualquer pressuposto de indeferimento da decisão impugnada e limitou-se a responder a uma arguição do requerimento de nulidade no que concerne à impossibilidade de verificação dos documentos apreendidos, arguição essa sem qualquer sustentação, utilidade ou pertinência para o problema da legalidade e validade das diligências de busca e apreensão, ou sequer para a compreensão da afectação dos direitos de defesa da visada.

176. Assim, não obstante a arguição vaga, genérica e factualmente vazia de que a visada *não pode confirmar* o conteúdo dos ficheiros apreendidos mediante a análise do risco rígido entregue, os pontos 47 e 48 da decisão impugnada limitam-se a sublinhar que a AdC facilitou esse acesso e oportunidade através da entrega de cópia certificada dessa apreensão.

177. Atente-se que a visada não alega que a cópia é desconforme à apresentação, mas apenas que desconhece a documentação que lhe foi entregue corresponde na íntegra a tudo quanto foi recolhido, mantendo toda a alegação em mera suposição ou verificação condicional incerta.

178. Só podemos seguir a argumentação da AdC na resposta apresentada ao recurso de impugnação judicial quando refere que *em todo o caso, uma vez que o processo contraordenacional em causa já não se encontra em segredo de justiça, a Recorrente poderá sempre fazer o confronto individual da documentação junta aos autos na sequência da apreensão com aquela que se encontra no disco externo que oportunamente lhe foi entregue e no limite, então sim arguir a nulidade de determinada prova junta aos autos, que eventualmente não constasse no disco rígido que lhe foi entregue com a documentação apreendida, sendo que não pode proceder a invocação de uma nulidade que afetaria toda a diligência de apreensão, fundada numa mera insinuação desrespeitosa de que a documentação apreendida pode não ser a mesma de que a documentação copiada para o dispositivo da Recorrente.*



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-I

179. Torna-se, portanto, irrelevante atentar se tal cópia foi devidamente certificada, pois que o pressuposto de facto – *entrega de cópia dos documentos entregues para controlo da apreensão pela visada* – corresponde a um facto aceite e incontroverso.

180. **Em segundo lugar**, quanto à omissão de pronúncia sobre a alegação do artigo 43 do requerimento de nulidade cabe dizer que a mesma corresponde a uma arguição abusiva e espúria perante a fundamentação da decisão impugnada sobretudo porque esse fundamento - *nulidade toda a prova que não se relacione com os fundamentos que determinaram a realização da busca* - representa uma derivação argumentativa da questão de fundo que a AdC tratou expressamente ao longo do seu excursus racional e que se prende com a proporcionalidade das diligências de busca em função do objecto do despacho de autorização, mormente quanto à sua amplitude.

181. Secundando a posição da AdC, a decisão impugnada versou sobre o objecto do requerimento, decidindo das pretensões elencadas nos pontos a), b) e c) no final do seu requerimento, sem que o n.º 5 do artigo 97.º do CPP imponha a necessidade, para efeitos de legalidade processual, que a pronúncia se faça por cada ponto ou alegação do requerimento.

182. Por conseguinte, a AdC respondeu, de forma fundamentada, pelo que não subsiste qualquer omissão de pronúncia nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP nem, tão pouco, falta de fundamentação, de acordo com o n.º 5 do artigo 97.º daquele diploma, im procedendo a nulidade invocada quanto à decisão recorrida.

183. **No mais**, o *argumento encapotado* 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.

184. 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/execução dos mandados de busca e apreensão quanto ao âmbito da sua legalidade para autorizar a AdC à apreensão de correio electrónico.

185. 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

67



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-I

e 21.º do NRJC e quanto à competência para a impugnação de decisões, interlocutórias ou finais, da AdC.

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

187. A visada/recorrente, notificada dos respectivos mandados 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.

188. 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.

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

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

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

68



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-I

192. 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.*

193. 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.

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

195. 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.

196. 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 inculpatório⁴⁴.

⁴⁴ 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 indicição probatória que subjaz à validade das diligências instrutórias do processo sancionatório não se confunde com os juízos ulteriores sobre a utilidade, pertinência e adequação de tais meios de prova para prova dos factos entretanto apurados.

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

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

36
9

69



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-I

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

198. 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 judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.

199. **Tanto mais assim é, quando os fundamentos, argumentos e sustentação da nulidade têm que ver com a proporcionalidade (numa perspectiva diferente dos apensos G e E), amplitude, vacuidade e indeterminação dos mandados e não com a sua execução desconforme pela AdC.**

200. Atente-se que, mercê da nossa posição, abstemo-nos de avançar sobre os demais fundamentos do requerimento interlocutório da visada, apreciados subsidiariamente e *ad latere* na decisão impugnada, nomeadamente: i. proporcionalidade das diligências de busca e apreensão face aos bens jurídicos objeto de tutela do Direito da Concorrência; ii. adequação e necessidade das buscas e apreensão de documentos para investigação de contra-ordenações;

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

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-I

iii. proporcionalidade das diligências de busca e apreensão face ao tempo que as buscas nas instalações de Leça do Balio demoraram e ao âmbito temporal da autorização; iv. regularidade, validade e legalidade das diligências de busca e apreensão, nomeadamente por impossibilidade de identificação concreta dos funcionários da Adc que participaram na diligência; v. regularidade, validade e legalidade das diligências de busca e apreensão por excesso e desconformidade com o despacho de autorização do Ministério Público, nomeadamente quanto ao âmbito temporal da apreensão; e vi. natureza da invalidade.

201. 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.

202. 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.

203. Pela decisão de **3 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.**

204. 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.

205. Nessa parte, 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.

206. Pela mesma ordem de razões também nem cabia à AdC o impulso processual dessa sindicância junto da autoridade judiciária competente, através da remessa do

37
9

71



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-I

requerimento para o Ministério Público, por manifesta inexistência de regime processual ou norma processual especial que reconheça essa tramitação.

207. Em resposta à pergunta enunciada no **ponto 20)** desta decisão, e para a devida sindicância, a **decisão interlocutória da AdC de 3 de Agosto de 2018 é legal e conforme aos limites de pronúncia sobre a 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.**

*

208. Em conclusão, a **decisão interlocutória de 3 de Agosto de 2018, no segmento em que se recusou a conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto de mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público e ao abrigo dos artigos 18.º, n.º 1, als. c) e d) e n.º 2 e 21.º do NRJC,** foi legal e conforme ao regime processual.

72

209. Impõe-se, por tudo o que vai dito, a **consequente improcedência da declaração de nulidade da decisão proferida pela AdC em 3 de Agosto de 2018, a qual indeferiu o requerimento da visada Super Bock Bebidas, S.A. de 16.02.2017, mantendo-se, na íntegra, os seus efeitos processuais.**

* * *

*

V. DECISÃO.

116. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o 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 proferida em 3 de Agosto de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1910) no âmbito do PRC2016/4.

*

117. Condenação em custas pela visada/recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 3UC em função do decaimento e da complexidade das questões suscitadas, 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.



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-I

118. Notifique e deposite.

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

120. Proceda ao desentranhamento da sentença proferida a 19-11-2018, lavrando o respectivo termo.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, ds

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista

73



S. R.
TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM
SECRETARIA
NÚCLEO DE SANTARÉM

Edifício da Ex. Escola Prática de Cavalaria
Praça do Município, 2005-345 Santarém

Palácio da Justiça
Campo Sá da Bandeira, 2000-024 Santarém

Telef: 243 305 150 - Fax: 243 090 259
Mail: santarem.judicial@tribunais.org.pt



Proc.º N.º <u>7118 34USTZ-F J</u>
Data: Exp./Reg.º <u> </u> / <u> </u> / <u> </u>
O Oficial de Justiça, _____