



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 18/19.0YUSTR-A

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

230306

CONCLUSÃO - 28-05-2019

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Sandra Brito)

=CLS=

SENTENÇA

I.RELATÓRIO.

1. Por decisão de **21 de Dezembro de 2018**, proferida no processo de contra-ordenação identificado como **PRC/2018/05**, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) determinou a apreensão de um conjunto de documentos no âmbito de diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada entre os dias 11 de Dezembro e 21 de Dezembro de 2018.

2. A visada, aqui recorrente, **VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A.**, (doravante **VODAFONE** ou visada/recorrente) veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da AdC, proferida a 21 de Dezembro de 2018 e na sequência de diligência de busca e apreensão no **PRC/2018/05**.

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

1. *O presente recurso tem por objeto:*

- *a decisão da AdC que determinou a apreensão de um conjunto de ficheiros de correio eletrónico na sequência da diligência de busca realizadas à sede da Vodafone entre os dias 11.12.2018 e 21.12.2018, conforme auto de apreensão lavrado no dia 21.12.2018;*
- *a medida da AdC que determinou que, desde o início da diligência de busca e tendo sido facultada a lista de advogados internos e externos (que foi sendo atualizada durante a busca), não fosse aplicado um filtro que tivesse impedido – como não impediu – a visualização de várias mensagens de correio eletrónico cujo conteúdo estava abrangido pelo segredo profissional; e*
- *a medida da AdC que determinou a ordem de bloqueio de acesso das contas de correio eletrónico de [REDACTED] administradores da Vodafone sem que o mandado de busca conferisse os poderes previstos na al. d), do n.º 1 do artigo 18.º, da LdC.*

2. *Não se pretende sindicar a validade do mandado de busca ordenado pelo Ministério Público, estando apenas em causa a apreciação da legalidade de três medidas, perfeitamente autonomizáveis, tomadas pela AdC em execução daquele mandado, nos termos e para os efeitos do artigo 112.º, n.º 2, alínea a) da Lei de Organização do Sistema Judiciário e artigo 84.º, n.º 3 da LdC;*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 18/19.0YUSTR-A

DA DECISÃO DA AdC QUE DETERMINOU A APREENSÃO DE UM CONJUNTO DE FICHEIROS DE CORREIO ELETRÓNICO QUE EXTRAVASAM O OBJETO DO MANDADO DE BUSCA

3. A AdC apreendeu de um conjunto de ficheiros de correio eletrónico cujas cópias foram gravadas para um dispositivo eletrónico da Vodafone que só a 26.12.2018 se tornou totalmente acessível;

4. Constata-se que um conjunto significativo desses ficheiros extravasa o âmbito do mandado, pelo que deve ser considerada prova nula, ordenando-se o seu desentranhamento dos autos;

5. Nos termos do mandado de busca e apreensão entregue à Visada no início das buscas, o processo contraordenacional tem como objeto factos que podem consubstanciar “um acordo restritivo da concorrência na exata medida em que limita o acesso a informação online sobre a oferta das empresas envolvidas, concretamente, não permitindo a um utilizador que pesquise por determinada operadora visualizar informação referente às suas concorrentes, suprimindo, assim, a concorrência entre operadoras, com claro prejuízo para os consumidores finais.”;

6. O mandado especificou também o limite temporal destes pretensos factos, correspondendo ao limite temporal da investigação: “as mensagens identificadas até ao momento abrangem um período de, pelo menos, três anos, não sendo de excluir a possibilidade de um período mais alargado, nomeadamente, que o referido acordo tenha tido início em momento anterior a 2015”;

7. Sem embargo, a AdC tomou a medida/decisão de proceder à apreensão de correspondência eletrónica e outros ficheiros informáticos que não se incluíam no âmbito do objeto do mandado por serem muito anteriores ao período temporal nele definido, i.e., anteriores ao ano de 2015;

8. A apreensão de correspondência e dos demais ficheiros eletrónicos realizada fora das condições previstas na lei – nomeadamente nos artigos. 17.º da Lei do Cibercrime e 179.º do CPP (ex vi art.º 13.º, n.º 1 da LdC e art.º 41.º, n.º 1 do RGCO) e nos artigos 18.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1 da LdC – deve ser considerada nula, nos termos do art.º 126.º, n.º 3 do CPP (ex vi art.º 13.º, n.º 1 da LdC e do art.º 41.º, n.º 1 do RGCO), devendo, ao abrigo do art.º 14.º, n.º 1 da LdC e do art.º 122.º e 123.º do CPP (ex vi art.º 13.º, n.º 1 da LdC e do art.º 41.º, n.º 1 do RGCO), ser declarada a nulidade da busca e da apreensão da correspondência eletrónica e demais ficheiros informáticos com data anterior ao ano de 2015 e que, na sequência, seja determinado o seu desentranhamento, não podendo ser utilizados como meio de prova;

9. A apreensão de correspondência eletrónica e demais ficheiros informáticos está também ferida de nulidade por extravasar o âmbito material do mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público, no que respeita aos factos em investigação nos presentes autos;

10. Efetivamente, os funcionários da AdC pesquisaram ao longo da diligência correspondência eletrónica e demais ficheiros informáticos constantes dos computadores dos funcionários da Visada acima identificados de forma mais ou menos indiscriminada, tendo procedido à apreensão de emails extravasando o âmbito material do mandado;

11. A AdC, ao não limitar a decisão de apreensão à dimensão temporal e material enunciada no mandado, dotou a ação de busca de níveis intoleráveis de compressão da privacidade dos cidadãos



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 18/19.0YUSTR-A

(funcionários) e da Vodafone, desprovendo de utilidade as exigências legais quanto ao conteúdo a verter no mandado que legitimou tal ação de busca;

12. Deste modo, deve ser declarada a nulidade e a irregularidade da apreensão de toda a correspondência eletrónica e demais ficheiros informáticos, respetivamente, não relacionados com os alegados factos que subjazem à emissão do mandado de busca de 10.12.2018, por violação do art.º 17.º da Lei do Cibercrime, do art.º 179.º do CPP (ex vi do 13.º, n.º 1 da LdC e do art.º 41.º, n.º 1 do RGCO) e dos artigos 18.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1 da LdC;

13. A norma resultante do artigo 17.º, n.º 1 da Lei do Cibercrime, no sentido de ser permitido à AdC a apreensão de correio eletrónico sem atentar nos limites do despacho e do mandado de busca e apreensão, sem ponderação da sua pertinência face ao objeto dos autos é inconstitucional, por violação do artigo 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 35.º, n.º 2 da CRP;

DA MEDIDA DE BLOQUEIO ILEGAL DE CONTAS COLABORADORES DA VODAFONE

14. A AdC procedeu, ordenando, durante os dois primeiros dias da diligência de busca (11.12.2018 e 12.12.2018), designadamente, ao bloqueio das contas de correio eletrónico dos funcionários/administradores da Vodafone [REDACTED]

3

15. No entanto, pelo mandado de busca conferiram-se poderes à AdC apenas no âmbito do artigo 18.º, n.º 1 alínea c) da LdC, não havendo qualquer menção à alínea d) do mesmo preceito;

16. Considerando que o mandado de busca e apreensão não conferia à AdC os poderes de selagem e “bloqueio” a que faz referência o artigo 18.º, n.º 1 alínea d) da LdC, o que sempre seria necessário face ao disposto no n.º 2 daquele artigo, a diligência de busca e apreensão levada a cabo pela AdC é, no mínimo, irregular, por violar os termos em que foi admitida no competente mandado, nos termos conjugados dos artigos 174.º, n.º 2 e 3, 118.º, n.º 2 e 123.º, n.º 1 do CPP, 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 da LdC;

17. Em consequência, a prova apreendida na diligência de busca é nula, nos termos conjugados dos artigos 126.º, n.º 1 e 3 do CPP, 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 da LdC, não podendo ser utilizada no processo;

DA MEDIDA DE VISUALIZAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA COBERTA POR SIGILO PROFISSIONAL

18. A AdC, ainda que munida de uma lista facultada pela Visada contendo os emails dos seus advogados externos e internos, acedeu ao conteúdo de mensagens de correio eletrónico cujos destinatários incluíam diversos advogados internos e externos da Vodafone, sem adotar os meios necessários para assegurar a inviolabilidade do sigilo profissional;

19. A Vodafone foi alertando a AdC ao longo dos dias em que a diligência de busca decorreu e em devido tempo, para a circunstância de o mandado não conferir autorização (expressa ou implícita) para apreender e visualizar documentos abrangidos por qualquer tipo de sigilo, incluindo o profissional, referindo que a mera visualização seria suscetível de violar o sigilo profissional;

20. A AdC manteve a sua posição, optando por realizar as pesquisas informáticas ao arrepio da lei e do âmbito do mandado, visualizando o conteúdo dos emails abrangidos pelo sigilo profissional;



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 18/19.0YUSTR-A

21. *Apenas no final das diligências de busca e apreensão, isto é, a 21.12.2018, a AdC correu o filtro relativo aos advogados externos e internos, com base em lista completa e atualizada fornecida pela Vodafone;*

22. *No entanto, e ainda que nenhum email com remetente, destinatário ou copiado advogado (interno ou externo) haja sido apreendido, a mera visualização deste tipo de emails é suficiente para invalidar a diligência de busca, porquanto a prática descrita viola, de forma grave, os direitos fundamentais da Visada e as prorrogativas constitucionalmente garantidas aos advogados;*

23. *Assim, requer-se que, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 208.º da CRP, nos artigos 72.º, 76.º e 92.º do EOA, nos artigos 179.º, n.º 3, 180.º, n.º 2, 120.º, n.º 1 e 122.º do CPP, no art.º 42.º, n.º 1 do RGCO e ainda no art.º 19.º, n.ºs 7 e 8, aplicável ex vi do art.º 20.º, n.º 4, e no art.º 20.º, n.º 5 da LdC, seja declarada a ilegalidade da visualização da correspondência enviada ou recebida por advogados e, consequentemente, a ilegalidade das buscas e a nulidade da apreensão da correspondência eletrónica realizada pela AdC.*

4. *Terminou, requerendo a procedência do presente recurso de impugnação, com a declaração de nulidade da decisão de apreensão vertida no Auto de Apreensão de 21.12.2018, uma vez que a mesma contende, de forma inadmissível, com os direitos fundamentais da Visada, e, em consequência, a declaração de nulidade da prova dos elementos obtidos durante essa diligência, não podendo ser utilizados para qualquer fim, por constituírem prova nula por violação de direitos fundamentais nos termos acima descritos.*

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, nº 1 do NRJC.*

7. *Por decisão de 18-02-2019 no âmbito do processo n.º 19/19.8YUSTR, determinou-se a apensação daqueles autos ao presente processo nos termos e para os efeitos do art.º 85.º, n.º 3, do Novo Regime Jurídico da Concorrência.*

8. *Por ter sido tempestivamente interposto, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, em harmonia com o disposto no art.º 85.º do NRJC e quanto ao conteúdo decisório do acto de apreensão de ficheiros electrónicos e sem prejuízo da apreciação dos fundamentos de impugnação inerentes aos actos instrumentais e acessórios de bloqueio de contas de correio electrónicos e de visualização de correspondência foi proferido despacho a admitir o presente recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa proferida em 21.12.2018, no âmbito do*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 18/19.0YUSTR-A

PRC/2018/05, interposto por **VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, 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 as decisões recorridas se referem a actos de exame, bloqueio de acesso informático e de exame realizados pela AdC no âmbito de diligências de busca e apreensão determinadas por mandado emitido pelo Ministério Público; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do Regime Geral das Contrarordenações (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 do recurso e atendendo ao objecto da decisão administrativa em causa – *legalidade/validade da apreensão de ficheiros electrónicos*, 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 visada/recorrente veio declarar opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 15-03-2019 - ref.^a 36571), tendo procedido ao pagamento da respectiva taxa de justiça.

12. Em conformidade, designou-se dia para a realização da audiência de julgamento, com determinação do âmbito da prova a produzir (cfr. despacho de 08-04-2019), a qual decorreu com inteira observância do legal formalismo (cfr. respectiva acta de julgamento).

* * *

*



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 18/19.0YUSTR-A

II. MATÉRIA DE FACTO¹.

13. Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada, por admissão expressa da visada/recorrente, por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes do apenso A² e do apenso C³, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, e por corroboração da prova testemunhal produzida em sede de audiência de julgamento, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contra-ordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à emissão do mandado e efectivação da diligência de busca e apreensão:

A. A AdC instaurou processo de contra-ordenação, sob a referência interna PRC/2018/05, por práticas restritivas da concorrência, em que é visada a sociedade VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A..

B. No âmbito do processo de contra-ordenação PRC/2018/05, a visada/recorrente foi alvo de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada entre os dias **11 de Dezembro e 21 de Dezembro de 2018**, em cumprimento do mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de 10 de Dezembro de 2018 e respectivo despacho de fundamentação para apreender

6

¹ Por adequação processual e por atenção ao objecto processual, a produção de prova para o Apenso A e C foi concentrada na mesma diligência, com aproveitamento para ambos os apensos – cfr. acta de 08-05-2019.

² Auto de apreensão de dia **21.12.2018**, de fls. 130 a 136 (doc. 2); requerimento de **11.12.2018** apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 138 a 142 (doc. 3); requerimento de **13.12.2018** apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 144 a 156 (doc. 4); Decisão da AdC de **22.01.2019** que inferiu os requerimentos de **11.12.2018** e de **13.12.2018**, de fls. 158 a 173 (doc. 5); requerimento de **11.11.2018** apresentado pela visada junto do Ministério Público do DIAP de Lisboa de fls. 175 a 179 (doc. 6); notificação do proc. 28999/18.3T8LSB a correr termos no Juízo de Instrução criminal de Lisboa – Juiz 5 de fls. 181 a 186 (doc. 7); credencias dos funcionários da AdC que participaram nas diligências de busca e apreensão, de fls. 188 a 192 (doc. 8), auto de notificação de fls. 194 a 196; autos de suspensão e de continuação de fls. 197 a 232 (doc. 9).

³ Mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de **10 de Dezembro de 2018**, de fls. 211, e respectivo despacho de fundamentação de fls. 212 a 214 (doc. 1); credencias dos funcionários da AdC que participaram nas diligências de busca e apreensão, de fls. 216 a 220 (doc. 2); auto de notificação de fls. 222 a 224, autos de suspensão e de continuação de fls. 225 a 260 (doc. 3); Auto de apreensão de dia **21.12.2018**, de fls. 262 a 268 (doc. 4); requerimento de **11.12.2018** apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 270 a 274 (doc. 5); requerimento de **13.12.2018** apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 276 a 288 (doc. 6); Decisão da AdC de **22.01.2019** que inferiu os requerimentos de **11.12.2018** e de **13.12.2018**, de fls. 290 a 304 (doc. 7); requerimento de **21.12.2018** apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 306 a 354 (doc. 8).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 18/19.0YUSTR-A

documentos e informações que revelem a existência directa ou indirecta de práticas restritivas da concorrência.

C. Pode ler-se no despacho do Ministério Público que:

“ (...) no decurso de diligências efetuadas no âmbito do [processo PRC/2018/5] vieram a ser conhecidas mensagens de correio eletrónico trocadas por uma das empresas visadas com a respetiva agência de comunicação e mensagens de correio eletrónico trocadas entre agencias de comunicação, citando contactos entre estas últimas a respeito de um «acordo de cavalheiros» celebrado entre várias operadoras de telecomunicações. O conteúdo das referidas mensagens sugere que o aludido acordo visará, pelo menos, garantir que o potencial cliente que pesquisa online as ofertas de determinada operadora não tem acesso a informação das operadoras concorrentes”.

(...) tendo em vista a aquisição e recolha de melhores elementos de prova – atenta a complexidade dos factos em apreço, os recursos tecnológicos e financeiros das partes envolvidas e a especial dificuldade de obtenção de prova no sector das comunicações –, importa proceder à realização de buscas na sede e instalações das empresas identificadas [nomeadamente a Vodafone], para exame e recolha de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, bem como a eventual apreensão de objetos”.

D. O mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de 10 de Dezembro de 2018 “autoriza e ordena que, com observância das formalidades legais e nos termos do disposto nos arts. 9.º, n.º 1, 18.º, n.ºs 1, alínea c), 2, 3, 4, alíneas a) e b), 20.º, nº 1, e 21.º, da Lei nº 19/2012, de 8 de maio (...) [fosse] efetuada BUSCA [À SEDE DA VODAFONE], para exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico trocadas entre as referidas operadoras de telecomunicações e entre estas e as respectivas agências de comunicação, bem como destas últimas entre si, de documentos internos de reporte de informação entre níveis hierárquicos distintos e de preparação de decisões a nível da política comercial de marketing digital das operadoras de telecomunicações, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em quaisquer suportes informáticos ou computadores, que estejam



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 18/19.0YUSTR-A

direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem”[...]”.

E. A diligência em causa foi cumprida por funcionários da AdC devidamente credenciados para o efeito, tendo a visada disponibilizado à AdC, no dia **12.112.2018**, uma lista contendo a identificação dos seus advogados internos e externos, actualizada nos dias **13.12.2018** e **17.12.2018** e consolidada no dia **20.12.2018**.

F. No dia **11.12.2018**, os mandatários da visada apresentaram um requerimento dirigido à presidente da AdC e ao Ministério Público, invocando a ilegalidade das ordens dadas pela AdC, nesse dia, de bloqueio das contas de correio eletrónico de [REDACTED]
[REDACTED]

G. As diligências de busca e apreensão continuaram no dia **12.12.2018**, tendo sido nesse dia lavrado auto de suspensão de diligência de busca e apreensão do qual constava que “[os mandatários legais da Vodafone] irão apresentar um requerimento junto da Sra. Presidente da Autoridade da Concorrência e, bem assim, junto da Magistrada do Ministério Público que emitiu o mandado de busca, invocando invalidades relativas ao bloqueio da conta da funcionária [REDACTED] relativas à violação do sigilo profissional e relativas à violação do âmbito do objeto do mandado, o que se fará apenas após o terminus da diligência por ser necessário recolher informação relevante respeitante à atividade de pesquisa que decorre no dia de hoje”, tendo esse requerimento sido entregue à AdC no dia **13.12.2018**. 8

H. As diligências de busca e apreensão continuaram até dia **20.12.2018** tendo, em cada um dos dias, sido lavrado auto de suspensão de diligência de busca e apreensão, nos quais consignaram os mandatários da **Vodafone** que foram violados o segredo profissional e o âmbito do mandado, temporal e material.

I. No dia **21.12.2018** a diligência de busca terminou, tendo sido lavrado auto de apreensão e tendo a **Vodafone** apresentado um requerimento arguindo invalidades e irregularidades verificadas no decurso da diligência, bem como apresentado junto do Ministério Público e do Tribunal de Instrução Criminal requerimentos de idêntico conteúdo, arguindo as mesmas invalidades e irregularidades.

J. No final da diligência foi entregue à **Vodafone** cópia dos ficheiros informáticos apreendidos.



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 18/19.0YUSTR-A

K. Mercê da indisponibilidade de acesso ao conteúdo da caixa de correio eletrónico do colaborador-alvo [REDACTED], protegido por username e password, a Vodafone comprometeu-se a entregar à Autoridade, até ao dia 28.12.2018, em formato eletrónico e com o conteúdo descriptado, as seguintes mensagens: (i) [REDACTED]; (ii) [REDACTED]

[REDACTED]; (iii) [REDACTED]

[REDACTED]; (iv) [REDACTED]

[REDACTED]; (v) [REDACTED]; (vi) [REDACTED]

*

L. Durante a realização das diligências de exame e recolha, os informáticos da visada efectuaram cópias dos discos rígidos dos computadores dos colaboradores da visada considerados relevantes, no total de [REDACTED] colaboradores, efectuando, posteriormente, cópia dos mesmos para o disco externo da AdC. 9

M. No decurso da diligência, por se encontrarem fora das instalações da visada, o acesso às seguintes contas de correio eletrónico estive bloqueado pelo período de tempo a seguir indicado: (i) no caso de [REDACTED] entre as 12h45 do dia 11.12.2018 e as 11h25 do dia 12.12.2018; (ii) no caso de [REDACTED] entre as 12h48 do dia 11.12.2018 e as 11h30 do dia 12.12.2018; (iii) no caso de [REDACTED] entre as 12h51 do dia 11.12.2018 e as 12h47 do dia 12.12.2018; (iv) no caso de [REDACTED] entre as 12h59 do dia 11.12.2018 e as 11h39 do dia 12.12.2018.

N. Os referidos administradores encontravam-se fora das instalações da visada, tendo os respetivos computadores sido disponibilizados para efeitos de diligência apenas no dia 12.12.2018, pelas 09h45 (no caso de [REDACTED]) e pelas 12h28 (no caso de [REDACTED]).

O. No decurso da diligência, mercê da entrega do computador ao final do horário de expediente no dia 12.12.2018 pela própria colaboradora, o acesso à conta de correio eletrónico da colaboradora [REDACTED] estive bloqueado até à manhã do dia 13.12.2018.

P. À excepção dos colaboradores [REDACTED]

[REDACTED] o acesso dos demais colaboradores-alvo às respectivas contas de correio



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 18/19.0YUSTR-A

electrónico foi bloqueado pelo tempo necessário para efectuar a cópia dos respectivos arquivos locais de correio electrónico.

Q. No decurso das diligências, os funcionários da AdC devidamente credenciados procederam à execução do mandado no local, realizando nomeadamente acções de pesquisa e análise de documentos potencialmente relevantes para a investigação, contidos nas cópias obtidas dos discos rígidos dos computadores dos colaboradores da visada considerados relevantes, mediante a utilização de um programa informático e através de elementos de pesquisa temporais, temáticos e nominais dos colaboradores da visada, que não excluíram mensagens de correio electrónico aberto e/ou lido ou mensagens remetidas, destinadas ou em conhecimento de advogados constantes das listas apresentadas pela **Vodafone**.

R. Mercê das operações de pesquisa, as listas de resultados eram consultadas pelos funcionários da AdC, aferindo do seu teor e relevância para o objecto do mandado e por recurso, quando necessário, à leitura parcial ou integral do seu conteúdo, sem qualquer limitação temporal por referência ao ano de 2015.

10

S. Em nenhum momento das diligências de exame e recolha, os funcionários da AdC procederam a diligências de pesquisa e visualização das contas de correio dos advogados indicados pela visada.

T. No final das operações de pesquisa, exame e recolha que procederam à selecção das mensagens potencialmente relevantes, e previamente à apreensão de documentos, a AdC fez correr um filtro que automaticamente excluía correio electrónico não lido ou por abrir, ou que fosse remetido ou destinado aos endereços electrónicos dos advogados indicados pela visada.

U. Após a realização das diligências de exame e recolha de informação relevante para a investigação, foi determinada a apreensão de um conjunto de documentos em **21 de Dezembro de 2018**, nomeadamente:

i. [REDACTED] de **23.04.2007**, 20:12, [REDACTED]
[REDACTED]

ii. [REDACTED] de **16.06.2011**, 11:17, [REDACTED]
[REDACTED]

iii. [REDACTED] de **24.11.2011**, 12:38, [REDACTED]
[REDACTED]



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 18/19.0YUSTR-A

iv. [REDACTED] de 18.01.2012, 18:21, [REDACTED]

v. [REDACTED] de 20.01.2012, 13:55, [REDACTED]

vi. [REDACTED] de 20.01.2012, 20:34, [REDACTED]

vii. [REDACTED] de 24.01.2012, 11:49, [REDACTED]

viii. [REDACTED] de 30.01.2012, 08:03, [REDACTED]

ix. [REDACTED] de 02.02.2012, 09:47, [REDACTED]

x. [REDACTED] de 15.06.2012,

14:50, [REDACTED] 11

xi. [REDACTED] de 15.06.2012,

15:15, [REDACTED]

xii. [REDACTED] de 10.07.2012, 12:35,

xiii. [REDACTED] de 12.12.2012, 00:30, [REDACTED]

xiv. [REDACTED] de 03.07.2013, 18:58, [REDACTED]

xv. [REDACTED] de 01.08.2013, 21:54, [REDACTED]

xvi. [REDACTED] de 01.08.2013, 21:58, [REDACTED]

xvii. [REDACTED] de 02.08.2013, 09:39, [REDACTED]

xviii. [REDACTED] de 05.08.2013, 09:12, [REDACTED]

xix. [REDACTED] de 04.02.2014, 11:36, [REDACTED]

xx. [REDACTED] de 19.02.2014, 10:12, [REDACTED]



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 18/19.0YUSTR-A

xxi. [REDACTED] de 03.07.2014, 13:11, [REDACTED]

xxii. [REDACTED] de 25.07.2014, 11:21, [REDACTED]

xxiii. [REDACTED] de 25.07.2014, 14:15, [REDACTED]

xxiv. [REDACTED] de 31.07.2014, 15:20, [REDACTED]

xxv. [REDACTED] de 15.09.2014, 22:49, [REDACTED]

xxvi. [REDACTED] de 15.09.2014, 23:05, [REDACTED]

[REDACTED] e

xxvii. [REDACTED] de 23.09.2014, 17:04, [REDACTED] 12

[REDACTED]

xxviii. [REDACTED] de 27.09.2016, 19:23, [REDACTED] e

xxix. [REDACTED] de 22.05.2017,

10:23, [REDACTED]

14. Efectivamente, no início da audiência este Tribunal entregou documento de trabalho, enunciando a matéria de facto tida como controvertida perante a instrução dos autos, correspondente aos pontos A) a K) (à excepção da indicação de que a lista de advogados foi actualizada), M), N) e U), sem que tal merecesse qualquer reparo, reserva ou objecção por parte dos intervenientes processuais.

15. Neste conspecto, as testemunhas [REDACTED]

[REDACTED] atenta a respectiva razão de ciência e posição de interesse na qualidade (à data dos factos) de funcionários da AdC que procederam às operações de pesquisa, exame, selecção e recolha de informação relevante para a investigação, lograram prestar um depoimento firme, convicto e proficiente na descrição procedural daqueles actos de execução do mandado, esclarecendo, sempre num perspectiva idónea, isenta e colaborante, as questões e dúvidas suscitadas pela visada quanto ao decurso da diligência de busca e apreensão, com especial enfoque na solicitação da lista de advogados externos e internos, na inexistência de uma exclusão prévia das



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 18/19.0YUSTR-A

comunicações de *to* ou *from* desses destinatários, nas operações de bloqueio e na concretização discursiva daquelas operações prévias à apreensão.

16. Por conseguinte, ainda que tal pudesse resultar dos autos da diligência e das regras de experiência comum aplicadas ao especial casuísmo dos autos, o depoimento destas testemunhas serviu à demonstração e corroboração dos **pontos L), e P) a T).**

17. Já a testemunha [REDACTED] veio depor apenas quanto ao **ponto O**), de modo compatível com os autos de dia **12.12.2018** e de **13.12.2019**, circunstanciando que a sua entrega de computador determinou um tempo de inutilização do mesmo decorrente da suspensão da diligência e continuação para o dia seguinte.

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

13

18. 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*.

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

- A decisão de 21 de Dezembro de 2018 que determinou a apreensão de documentos é legal e conforme aos limites de pronúncia sobre a legalidade, validade ou regularidade da diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa?

*

20. *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 de apreensão da AdC de 21.12.2018 e não qualquer questão de competência jurisdicional para



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 18/19.0YUSTR-A

julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial.

21. Ainda assim, como temos vindo a reiterar constantemente nos despachos de admissibilidade deste tipo de recursos interlocutórios “*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.

22. O que vale por dizer que o NRJC há-de configurar lei especial que afasta a necessidade de aplicação subsidiária para o processo contra-ordenacional da concorrência, não só do art.º 55.º do R.G.CO., mas também do demais regime jurídico que enquadra aquele normativo, visto que o NRJC consagra, de modo pleno, um regime próprio, autónomo e tendencialmente auto-suficiente no que respeita aos meios de aquisição de prova, à intervenção das autoridades judiciárias, à competência instrutória da autoridade administrativa, aos meios de reacção interlocutórios e ao direito de defesa durante a fase organicamente administrativa do procedimento.

14

23. Neste sentido, o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC⁴ encerra uma afirmação derrogativa da amplitude recursiva do art.º 55.º do R.G.CO., enquadrada por um regime processual e autónimo, o qual, entre o mais, faz depender o interesse e a legitimidade recursiva da preexistência de um acto decisório ou de uma actuação de conteúdo decisório por parte da AdC.

24. Por consequência, a visada/recorrente, ao recorrer também de actos preparatórios e de execução antecedentes de uma eventual decisão de apreensão - nomeadamente i) a medida da AdC que determinou a ordem de bloqueio de acesso das contas de correio eletrónico de [REDACTED] administradores da Vodafone, e a ii) medida da AdC que determinou que, desde o início da diligência de busca e tendo sido facultada a lista de advogados internos e externos (que foi sendo atualizada durante a busca), não fosse aplicado um filtro que tivesse impedido

⁴ Interposto recurso de uma decisão interlocutória da Autoridade da Concorrência, o requerimento é remetido ao Ministério Público no prazo de 20 dias úteis, com indicação do número de processo na fase organicamente administrativa.



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 18/19.0YUSTR-A

– como não impediu – a visualização de várias mensagens de correio eletrónico cujo conteúdo estava abrangido pelo segredo profissional - faz retroagir, contra legem, a tutela recursiva interlocutória, preterindo o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC e, como tal, violando norma processual expressa sobre a admissibilidade de tal objecto de recurso.

25. Daí que o despacho de 25-02-2019 tenha atentado, expressamente, que a admissão do recurso se dirigia apenas ao *conteúdo decisório do acto de apreensão de ficheiros electrónicos e sem prejuízo da apreciação dos fundamentos de impugnação inerentes aos actos instrumentais e acessórios de bloqueio de contas de correio electrónicos e de visualização de correspondência.*

26. Ou seja, uma vez que a medida ou despacho interlocutório cuja impugnação foi admitida é a decisão referida no **ponto U) dos factos provados**, e não as próprias diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da visada, em execução do mandado de autoridade judiciária, 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 procedural da autoridade administrativa, sequente das diligências probatórias, mas que com elas não se confundem.**

27. Neste sentido e sem maiores delongas, desmerecemos qualquer abordagem que incida sobre a violação de foro jurisdicional quando está em causa é a decisão da AdC de **21.12.2018**, proferida na sequência das diligências de busca e apreensão efectuadas entre os dias e **11.12.2018 e 21.12.2018** em cumprimento de mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

* *

Da legalidade, validade ou regularidade da apreensão de documentos no âmbito de diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada entre os dias 11 de Dezembro e 21 de Dezembro de 2018 em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

28. Este Tribunal e signatário têm sido recentemente chamados a conhecer da legalidade, validade ou regularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 18/19.0YUSTR-A

realizada pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

29. Resultado desta sindicância interlocutória são as pronúncias deste Tribunal e deste signatário, constantes da sentença de 03-05-2018, proferida no âmbito do **processo n.º 83/18.7YUSTR**, da sentença de 17-05-2018, proferida no âmbito do **processo n.º 71/18.3YUSTR**, **autos principais e apenso A - tendo tais decisões transitado em julgado sem qualquer interposição de recurso**; e das sentenças de 19-11-2018, proferidas no âmbito do **processo n.º 71/18.3YUSTR, apenso D e E**, e da sentença de 24-01-2019, proferida no âmbito do **processo n.º 71/18.3YUSTR, apenso I** – tendo tais decisões sido objecto de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, com trânsito em julgado apenas quanto à decisão do **apenso E do processo n.º 71/18.3YUSTR** por via do Acórdão proferido a 13-02-2019.

16

30. Mais recentemente, também importa referir a sentença proferida nos autos principais deste processo, a 10-04-2019, a aguardar interposição de recurso e/ou trânsito em julgado.

31. Estes elementos de contexto judicial **não reflectem, como nos parece evidente mas convém sublinhar, qualquer enunciação de precedente vinculativo nem procuram qualquer remissão argumentativa por identidade casuística - tratam-se de processos diferentes com diferentes visadas e diferentes decisões impugnadas.**

32. Outrossim, queremos expressar que questões idênticas, na falta de revidação, exigiram deste Tribunal uma resposta coerente, uniforme e constante, desiderato que reiteramos neste processo e que se impõe na intenção da melhor administração da justiça pelos Tribunais.

33. Por outro lado, o presente objecto recursivo impõe uma diferença de arguição que parece inaugurar um novo momento de sindicância desta actividade probatória da AdC.

34. Efectivamente, a visada/recorrente não suscitou perante a AdC qualquer invalidade do mandado ou da apreensão provocando a emissão de uma decisão interlocutória, mas recorreu antes da própria **decisão procedural**, no final da diligência, de apreender os documentos tidos como relevantes para a investigação das práticas restritivas 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 18/19.0YUSTR-A

35. Neste conspecto, a recente pronúncia da Relação de Lisboa do Ac. 13-02-2019 proferida no **apenso E do processo n.º 71/18.3YUSTR**, adverte que “*(...) o que temos de concluir é que o juiz do Tribunal a quo é competente para se pronunciar sobre a forma da execução do mandado (e esta forma de execução é sindicável no âmbito da decisão intercalar) mas, pelas razões aduzidas no despacho recorrido que aqui damos por reproduzidas é incompetente para se pronunciar sobre a validade substancial do mandado a coberto da qual a busca é feita (sem prejuízo da questão poder ser alvo da discussão na fase jurisdicional do processo se a tal se chegar)*”.

36. Isto é, não obstante reconhecer procedência ao nosso entendimento da primeira instância quanto à questão da competência para conhecer da legalidade, validade ou regularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público, a Relação de Lisboa introduziu um elemento novo segundo o qual tal entendimento não valeria quando estivesse em causa a *execução do mandado*.

37. Ora, com todo o merecido respeito que tal pronúncia do Tribunal superior nos merece, o critério enunciado de autonomizar *validade do mandado e validade da execução do mandado* para efeitos da competência material do Tribunal pode revelar-se inoperante ou obstaculizante dos fundamentos até agora procedidos por aquela mesma instância.

38. E o argumento, para nós decisivo, é que é à autoridade judiciária competente para a emissão do mandado quem cabe controlar a respectiva execução, seja por acto próprio seja por sindicância da visada.

39. Outra conclusão interpretativa não se pode retirar da obrigatoriedade de sujeitar as apreensões efetuadas pela Autoridade da Concorrência, não previamente autorizadas ou ordenadas, à validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas conforme se dispõe expressamente no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

40. Das duas uma, ou o mandado permite a apreensão ou, não o permitindo, obriga a AdC a sujeitar a apreensão não coberta pela autorização a validação judicial.



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 18/19.0YUSTR-A

41. Assim, se o Tribunal não pode controlar o que o mandado autorizou, certamente, por argumento lógico de maioria de razão, não pode controlar o que o mandado não autorizou porquanto isso deveria ser objecto de validação.

42. A **inexistir validação e a ocorrer preterição do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC**, tal omissão deve seguir o mesmo regime de arguição da ilegalidade, invalidade ou irregularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público.

43. Se existiu validação da apreensão, admitir a competência do TCRS para conhecer da legalidade, validade ou irregularidade da apreensão mais não será que um acto a *non domino* por invasão da competência das autoridades judiciárias competentes em matéria criminal.

44. Se duplicarmos estas instâncias de controlo da *execução do mandado* estaremos, precisamente, a contrariar os argumentos expedidos naquelas sentenças do TCRS, e admitir, *contra legem*, que este mesmo Tribunal possa conhecer, afinal, de matéria que o NRJC atribuiu exclusivamente às autoridades judiciárias competentes em matéria criminal.

45. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da impugnação da **decisão interlocutória de 21.12.2018**, prende-se com o entendimento da visada, nos termos do qual a apreensão de documentos na sequência de diligência de buscas e apreensões contendeu, de forma *inadmissível e não justificada*, com o direito de sigilo da correspondência e de sigilo profissional de advogados e com o direito de defesa neste processo.

46. O centro nevrágico desta posição da visada/recorrente neste recurso aquilata-se, de modo preclaro, na sua declarada pretensão em solicitar deste Tribunal a repetição do juízo que superintendeu à emissão do mandado pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

47. Será fácil concordar que na autorização de qualquer diligência probatória invasiva, por qualquer autoridade judiciária competente para tal, especialmente em diligências de busca e apreensão de correspondência (em sentido lato) e/ou documentos electrónicos, tais direitos do sujeito visado devem ser compulsados, efectuando-se um juízo de concordância e que ordene, por admissível, a lesão de tais direitos perante os interesses da investigação.



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 18/19.0YUSTR-A

48. Esse juízo envolve necessariamente a proporcionalidade ínsita à lesão desses direitos, de protecção legal e constitucional, numa lógica de indispensabilidade da obtenção do meio de prova.

49. Neste sentido, **torna-se imperativo afirmar que a preterição dos direitos de sigilo da correspondência, de sigilo profissional de advogados, e do direito à intimidade da vida privada, foi necessariamente cotejada pela autoridade judiciária na emissão do mandado de autorização das buscas e apreensão.**

50. A visada/recorrente não identifica qualquer outro núcleo autónomo de direitos afectados pela diligência de busca e apreensão e que não esteja abrangido pela autorização judicial do Ministério Público.

51. Daí que, perante o casuísmo dos presentes autos e atendendo aos fundamentos da impugnação judicial interlocutória, afigura-se-nos que **a distinção proposta entre validade do mandado e validade da execução do mandado para efeitos da compreensão dos poderes de cognição e decisão deste TCRS redundaria na revisão dos despachos do Ministério Público referidos nos pontos B) e C) dos factos provados, e que visaram, precisamente, a articulação dos direitos aqui arguidos com as finalidades de investigação de práticas restritivas da concorrência.**

19

52. É, por isso e portanto, que aqui reiteramos novamente as razões e fundamentos da nossa posição.

*

53. Como temos vindo a assinalar em várias decisões, os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC⁵ traduzem-se numa “*das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos*”, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

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 18/19.0YUSTR-A

documentação, independentemente da sua natureza e suporte - LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 209.

54. Todavia, por uma opção expressa e inequívoca do legislador, **tais diligências estão sujeitas a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária, integrando a protecção qualificada de espaços domiciliários ou equiparados (dependência fechadas, escritórios de advogados ou consultórios) e de apreensão de documentos - cfr. artigos 19.^º⁶, 20.^º⁷ e 21.^º⁸ do NRJC - em linha com os poderes de investigação criminal.**

⁶ 1 - Existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da presente lei ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência. 2 - O requerimento deve mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização. 3 - O juiz de instrução pode ordenar à Autoridade da Concorrência a prestação de informações sobre os elementos que forem necessários para o controlo da proporcionalidade da diligéncia requerida. 4 - O despacho deve ser proferido no prazo de 48 horas, identificando o objeto e a finalidade da diligéncia, 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 noutras locais, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas.

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

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

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 18/19.0YUSTR-A

55. Por via da tutela e da dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexionadas 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.**

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

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

58. Como tal, a proposta de enquadramento processual para a procedência a ilegalidade de apreensão de correio electrónico, 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.

59. 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.ª 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.

60. 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



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 18/19.0YUSTR-A

Instrução mas hierarquicamente superior no que importasse à revisão, sindicância e aferição da sua legalidade/ilegalidade.

61. 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.

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

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

22

64. 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.

65. 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.

66. 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.



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 18/19.0YUSTR-A

67. 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 casuísma inerente à autonomia de actuação do Ministério Público na fase de inquérito e à limitação da intervenção de JIC aos casos expressamente tipificados na lei cfr. Ac. RP, de 26-02-2014, proc. n.º 9585/11.5TDPRT.P1, relator EDUARDA LOBO; Ac. RL de 22-11-2017, proc. n.º 684/14.2T9SXL.L2-3, relator JOÃO LEE FERREIRA⁹ e Ac. RP de 02-11-2005, proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA¹⁰, Ac. RG de 05-12-2016, proc. 823/12.8PBGMR.G1, relator PAULA ROBERTO¹¹; Ac. RG de 20-09-2010, proc. n.º 89/09.7GCGMR.G1, relator TERESA BALTAZAR¹², todos disponíveis em dgsi.pt.

23

68. Este regime de sindicância, em glosa qualificada naqueles arrestos¹³, 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 correspondivo da sua autonomia e domínio do inquérito, **tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o**

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

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

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

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

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

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 18/19.0YUSTR-A

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.

69. 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.

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

71. 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.

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

73. 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.

74. 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.



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 18/19.0YUSTR-A

75. 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.

76. 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.

77. No entanto, entendemos que esse conhecimento de plena jurisdição depende, apodicticamente, 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. 25

78. 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.

79. 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.

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

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 18/19.0YUSTR-A

81. Os artigos 84.^o¹⁴ e o art.º 112, n.º 1 al. a) e n.º 2 al. b) da LOSJ conferem respaldo a este entendimento, pois que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão dispõe de competência recursiva exclusiva para decisões interlocutórias da AdC.

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

83. De modo mais lapidar, “*com esta fixação de competência territorial em Lisboa no que às autoridades judiciárias responsáveis pela prática de actos no decurso da fase administrativa do procedimento contra-ordenacional respeita, e tendo em consideração que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão está sediado em Santarém, a competência para as infracções anti-concorrentiais 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.

26

84. 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 garantias 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.

85. Todavia, este *desfasamento geográfico*¹⁵ da competência jurisdicional é acompanhado da ausência de *qualquer regra reguladora da impugnação das decisões proferidas pelo juiz de instrução* – idem 243, facilmente explicada por não haver, em regra e

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

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 18/19.0YUSTR-A

no Direito Contra-ordenacional, a intervenção de autoridades judiciárias em matéria penal e pela proibição geral de aquisição e produção de meios de prova através da intromissão de correspondência e nos meios de telecomunicação, prevista no art.º 42.º, n.º 1 do R.G.CO.

86. “*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 recorribel (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.

87. 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.

27

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

89. **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.

¹⁶ Disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/%C3%81reaFarmaceutica%20IDI_09_06_TCL_14.05.2007.pdf.

¹⁷ Disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/NORB%20IDI_02_07_TCL_05.06.2007.pdf.

¹⁸ Disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/Cartona rte%20DJC_01_07_TCL_23.7.2007.pdf.

¹⁹ Cfr. outra casuística referida em Revista de Concorrência e Regulação, n.º 6, Sara Rodrigues/Dorothée Serzedelo – *O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pág. 87 e seguintes, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicações/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%206.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 18/19.0YUSTR-A

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

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

92. A sentença proferida no proc. n.º 97/06.0TYLSB respeita a um **mandado emitido pela própria AdC**, arguindo a recorrente a necessidade de intervenção de JIC para apreensão de correspondência, tendo o Tribunal concluído, em suma, que o mandado de busca e apreensão foi valida e regularmente emitido e que os documentos apreendidos se encontravam cobertos pelo seu objecto.

28

93. 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*”.

94. 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 arresto 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.

95. Já a sentença proferida no proc. 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,



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 18/19.0YUSTR-A

foram respeitados todos os requisitos formais previstos na lei, *irrelevando* a prestação de consentimento – cfr. fls. 10 e 28 da sentença.

96. 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.

97. 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.**

98. 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.

29

99. Ora, neste **PRC/2018/05**, a AdC limitou-se a requerer as diligências de prova e a executar o respectivo mandado, nos termos determinados pelo despacho 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.

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

101. *Ergo, este Tribunal tem competência para conhecer das medidas interlocutórias de mas não dispõe de qualquer competência para conhecer da legalidade (lawfulness), existência de indícios suficientes ou razoáveis (reasonable suspicion),*

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 18/19.0YUSTR-A

necessidade e justificação material (*substantive justification*) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

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

103.O argumento de cúpula da visada/recorrente para legitimar a amplitude do recurso para efeitos da questão maior da legalidade da apreensão de correspondência 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.

104.Pelo contrário, o que a visada/recorrente quer discutir nesta instância para efeitos da mesma questão da legalidade da apreensão de correspondência é, efectivamente, o *despacho de autorização emitido pelo Ministério Público*, em suma, a emissão do mandado de busca e apreensão quanto ao âmbito da sua legalidade para autorizar a AdC à apreensão de correio electrónico e através de medidas procedimentais de execução/preparação dessa apreensão.

30

105.O caminho trilhado de fazer incidir a impugnação sobre a apreensão dos documentos e através dos actos preparatórios ou de execução do mandado não encerra qualquer circunstancialismo que altere o sentido das anteriores pronúncias deste Tribunal.

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

107.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*.**

108.A visada/recorrente, notificada dos respectivos mandado e despacho de fundamentação do Ministério Público para as diligências de busca e apreensão determinadas no **PRC/2018/05, pretende que este Tribunal assuma, perante 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. nº 18/19.0YUSTR-A

uma competência de instância superior, criando, para tanto, duas instâncias paralelas que apreciem da legalidade das diligências de busca e apreensão em processo sancionatório, agora na perspectiva das medidas procedimentais de execução/preparação dessa apreensão.

109. 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 agora quanto à apreensão do correio electrónico e aos actos procedimentais preparativos ou de execução do mandado, delimitando a amplitude do seu objecto, ao mesmo tempo que, num segundo momento, pretende que este Tribunal se substitua à autoridade judiciária repetindo a apreciação própria da autorização ou de uma eventual instância de validação.

110.Este entendimento apresenta-se vazio de qualquer atendibilidade ou razoabilidade adjetiva.

31

111.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, também quando a visada pretende aferir do modo de cumprimento do mandado pela AdC.

112.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.

113.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.*



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 18/19.0YUSTR-A

114.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.

115.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, também quanto à execução do mandado, 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.

116.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.

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

32

²¹ Como deixámos expresso na sentença do proc. nº 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 indicação probatória que subjaz à validade das diligências instrutórias do processo sancionatório não se confunde com os juízos ulteriores sobre a utilidade, pertinência e adequação de tais meios de prova para prova dos factos entretanto apurados.

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

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

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

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



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 18/19.0YUSTR-A

118.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 nas instalações da visada, mas agora da perspectiva da execução do mandado.

119.O argumento repetido de que foi arguida a nulidade da apreensão do correio eletrónico, efetuada na prática pela AdC, e que essa nulidade depende forçosamente de um acto da AdC, que não se subsume à competência do Ministério Público da Comarca de Lisboa, 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.

33

120.Tanto mais assim é quando os fundamentos, argumentos e sustentação da nulidade têm que ver com a amplitude e alcance do mandado quanto à apreensão de correio electrónico e quanto às medidas procedimentais que a antecedem e, apenas na aparência, com a sua execução desconforme pela AdC.

121.Quando a visada pretende que este Tribunal conheça da possibilidade e cobertura legal da apreensão de correio electrónico em processo contra-ordenacional (e bem assim sobre o conceito de documento para o art.º 18.º do NRJC ou sobre os limites dessa apreensão pela Lei do Cibercrime) está, na verdade, a solicitar que o TCRS se substitua à autorização do Ministério Público que consagrou essa mesma faculdade e finalidade da busca e apreensão.

122.Foi aquela autoridade judiciária que expressamente admitiu e autorizou a busca, exame, recolha e apreensão de cópias de mensagens de correio electrónico abertas e lidas em quaisquer suportes informáticos ou computadores, que estejam directa ou

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

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 18/19.0YUSTR-A

indirectamente relacionados com práticas restritivas da concorrência – pontos C) e D) dos factos provados.

123. Assim, se este Tribunal se colocasse na posição de reapreciar essa possibilidade legal, a consequência seria a de controlar, *contra legem* e em ab-rogação do art.º 21.º do NRJC, a actuação do Ministério Público da Comarca de Lisboa quando decidiu mediante uma competência **própria, exclusiva e autónoma**.

124. Por outro lado, a leitura do despacho de fundamentação do Ministério Público, permite atender qual a finalidade probatória a alcançar – «*acordo de cavalheiros*» celebrado entre várias operadoras de telecomunicações para limitar a pesquisa online as ofertas de determinada operadora pelo potencial cliente, impedindo-o de ter acesso a informação das operadoras concorrentes.

125. Tal acordo pode consubstanciar uma restrição da concorrência.

34

126. Todavia, desta motivação não decorre, de *per se*, qualquer limitação temporal ou material das diligências de busca e apreensão, nomeadamente quanto ao momento temporal de 2015, dispondo a AdC do mecanismo previsto no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC quando recolha prova não abrangida por autorização precedente.

127. A própria visada, num passo de negação da sua própria razão, chega a admitir que, efectivamente, o mandado menciona a possibilidade de o suposto comportamento ilícito se ter iniciado em data anterior ao ano de 2015.

128. Todavia, a visada parte desta mesma premissa, para interpretar o próprio alcance material do mandado, afirmando que essa possibilidade *não significa que se tenha permitido à AdC a pesquisa e apreensão de correio eletrónico de 2007, 2011, 2012, 2013 e 2014, uma vez que a referência a 2015 tem o propósito claro de limitar as pesquisas em torno daquele ano, na justa medida em que a data das mensagens a que se faz referência no mandado abrange apenas o período temporal de 2015 em diante (i.e. 3 anos).*

129. Esta posição argumentativa encerra uma evidente contradição interna na construção da impugnação, posto que, *afinal*, o que a visada pretende é que este Tribunal proceda a uma interpretação correctiva do próprio mandado de busca quanto ao âmbito temporal.

130. Já sobre o âmbito material, refere a visada que os funcionários da AdC *pesquisaram ao longo da diligência correspondência eletrónica e demais ficheiros*



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 18/19.0YUSTR-A

informáticos constantes dos computadores dos funcionários da Visada acima identificados de forma mais ou menos indiscriminada, sendo pesquisadas e visualizadas mensagens de correio eletrónico e outros ficheiros informáticos totalmente alheios ao objeto dos autos.

131. Denotando a evidente vacuidade de tal imputação – a visada cita os emails em causa apenas por referência ao assunto, de seguida, a visada passa a enunciar comunicações electrónicas que foram supostamente visualizadas e, em parte, apreendidas – cfr. art.º 38.º e 39.º do recurso de impugnação.

132. Ora, se tais comunicações foram apreendidas em extravasamento do mandado do Ministério Público, apenas esta autoridade se encontra habilitada a determinar o alcance material da sua autorização, sendo a mesma que conhecerá da necessidade de submeter tais apreensões à validação prevista no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

133. Se se tais comunicações não foram apreendidas inexiste qualquer lesão de qualquer direito da visada porquanto essa operação procedural de execução ou de preparação da apreensão se encontra, expressa e directamente, coberta pelo despacho de autorização que indica a faculdade da AdC proceder ao exame de *mensagens de correio eletrónico que estejam directa ou indirectamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem.*

134. Torna-se elementar enunciar que apenas se pode apreender aquilo que se tenha examinado previamente, sendo essa mesma actividade de selecção da relevância de determinadas comunicações que permite reduzir o âmbito da apreensão, protegendo os próprios interesses das visadas de diligências de buscas e apreensão.

135. Atente-se que, mercê da nossa posição, abstemo-nos de avançar sobre os demais fundamentos do requerimento interlocutório da visada, nomeadamente: i. âmbito subjectivo e objectivo, fundamentação e conteúdo do despacho de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público; ii. inadmissibilidade legal da busca e apreensão de correspondência eletrónica no âmbito do processo contra-ordenacional; iii. inadmissibilidade legal da busca e apreensão de correspondência eletrónica sem prévia autorização judicial; iv. irregularidade, invalidade e ilegalidade das diligências de busca e apreensão por excesso e desconformidade com o despacho de autorização do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 18/19.0YUSTR-A

Ministério Publico, nomeadamente quanto ao respectivo âmbito temporal²² e material²³; e v. natureza da invalidade.

136.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.

137.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, restringido às operações procedimentais que preparam e antecedem a apreensão.

138.Pela decisão de **21.12.2018**, 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, nem levou a cabo medidas de exame e/ou visualização sem o devido suporte de autorização, pois que **esses poderes e medidas foram exercidos no âmbito de um mandado emitido por autoridade judiciária, que não a AdC.**

36

*

139. Ainda que assim não fora, e se admita a sindicância da execução do mandado, de forma paralela com a sindicância de que dispõe a autoridade judiciária, quanto aos actos de pesquisa, exame e visualização entendemos claramente que inexiste qualquer vício autonomizável, improcedendo qualquer invalidade da decisão de **21.12.2018**.

140. Asseverado o objecto do recurso de impugnação em acordo com o despacho de admissão, a visada defende que a decisão de apreensão é nula ou inválida porque **i) a AdC levou a cabo medidas de exame e visualização que afrontam, inadmissivelmente, os direitos fundamentais de protecção da correspondência e de sigilo profissional de advogados internos e externos, e porque ii) a AdC determinou a ordem de bloqueio de acesso das contas de**

²² A visada nem sequer identifica concretamente nas suas alegações aquele que entende ser o escopo temporal do mandado, tanto mais que da fundamentação escrita do mandado não resulta qualquer delimitação.

²³ Também aqui as alegações desconsideram flagrantemente o conteúdo do despacho de fundamentação da diligência – cfr. **ponto C dos factos provados.**



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 18/19.0YUSTR-A

correio eletrónico de [REDACTED] administradores sem que o mandado de busca conferisse os poderes previstos na al. d), do n.º 1 do artigo 18.º do NRJC.

141. Em primeiro lugar, perante tais actos preparatórios e/ou de execução do despacho de autorização judicial das diligências de busca e apreensão, a inegável amplitude da impugnação da decisão de apreensão de **21.1.2018** que a visada trouxe aos autos não pode obscurecer a necessidade de verificar criticamente a existência de uma lesão dos direitos da visada.

142. Assim, apesar da doutrina de referência²⁴ consignar, em anotação do elemento literal do art.º 55.º do R.G.CO., *decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo* e sem ulterior casuísma relevante para o caso, a possibilidade recursiva de tais actos, impõe-se sublinhar que tais qualificadas opiniões não deixam de fazer menção ao critério de *lesão imediata de direitos e interesses*.

143. Ora, certamente que não se pode tresler tal critério operacional à luz de um entendimento de que a mera afectação de direitos no âmbito de uma diligência particularmente invasiva e intrusiva, como é o caso de buscas e apreensão, confere, *ipso facto*, o direito de obter a anulação de tais actos.

144. Na verdade, **os direitos fundamentais que a visada invoca incluindo da suposta paralisação da sua actividade - são necessariamente direitos fundamentais postos em crise com qualquer diligência de busca e apreensão coactivamente efectuada em ambiente de prova digital e/ou electrónica**, pelo que o reconhecimento desta procedibilidade recursiva deve exigir um grau mais profundo de análise hermenêutica, sob pena de defendermos que qualquer acto de colaboradores da autoridade administrativa durante tais diligências poder encerrar tal lesão processualmente relevante.

145. Neste particular, a exemplificação de possíveis actos recorríveis, que a interpretação proposta pela visada/recorrente envolve, pode conduzir, até, ao esvaziamento material da tutela jurisdicional interlocatória e na medida que bastará ocorrer compressão de

²⁴ Cfr., entre outros, anotação ao artigo 55.º em **SÉRGIO PASSOS**, *Contra-ordenações*, Almedina; **SIMAS SANTOS e LOPES DE SOUSA**, *Contra-ordenações Anotações ao Regime Geral*, Vislís Editores, e **PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE**, *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, e **BEÇA PEREIRA**, *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, Anotado, Almedina.



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 18/19.0YUSTR-A

um direito ou interesse durante as diligências de busca e apreensão para garantir uma via processual autónoma.

146. Acresce que no Direito da Concorrência, que participa do acervo jurídico do direito da União Europeia, o *enforcement* público depende, precisamente, da utilidade dessas diligências invasivas e intrusivas para a obtenção de prova, dificilmente coligida ou acessível com recurso a outros meios de prova.

147. O critério de *lesão imediata de direitos e interesses* deve subentender, em nosso parecer, a existência de ofensa potencial desses direitos e interesses que configure um acto cuja protecção do alcance lesivo não se encontre processualmente acautelado e que, por isso mesmo, mereça uma tutela antecipada, directa e imediata.

148. **O regime de controlo e validação de autoridade judiciária, acima enunciado, vale por dizer que a protecção do sigilo de correspondência da visada e dos seus colaboradores e do sigilo profissional já se encontra abrangida pela atribuição da competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma àquelas 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, devendo tal compressão ser necessariamente sindicada aquando da emissão do mandado e da respectiva autorização/validação judicial, sem prejuízo da sindicância posterior da sua validade, legalidade e regularidade.**

38

149. Por outro lado, o exame de prova com potencial relevância em ambiente digital e/ou electrónico por funcionários credenciados nada tange com o direito de defesa das visadas em processo contra-ordenacional, posto que esse acto preparatório não conforma qualquer posição processualmente relevante nem tange sequer com o objecto da imputação contra-ordenacional.

150. O mero visionamento de correio electrónico e a realização de operações técnicas de pesquisa, selecção e consulta pelos funcionários credenciados da AdC, previamente à apreensão dessa prova e a qualquer acto de conteúdo decisório, nada significam para o objecto processual da imputação, dispondo a visada sempre da possibilidade de instruir o processo com os elementos não apreendidos que considere úteis à sua defesa.



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 18/19.0YUSTR-A

151. Por conseguinte, a alusão à compressão dos direitos de defesa da visada e à violação do art.º 32.º da CRP como direito preterido pelas operações de exame e visionamento é, para nós, argumento espúrio e desgarrado de qualquer atendibilidade racional.

152. **Em segundo lugar**, cogitados que sejam os procedimentos habituais de busca em ambiente digital e no âmbito da investigação a práticas restritivas da concorrência, seguimos, de perto, as alegações de resposta da AdC, segundo as quais a *AdC deve executar a diligência em causa de forma a dar pleno cumprimento ao mandado nos termos da lei, mas tendo total liberdade para definir os termos dessa execução*, sendo que *o recurso a critérios de pesquisa informática como keywords ou outros parâmetros (v.g., períodos temporais, domínios de e-mail, nomes de pessoas ou empresas) visam exclusivamente facilitar a execução da diligência pela AdC, tendo esta Autoridade, no entanto, total liberdade para nem sequer usar keywords e analisar e-mail a e-mail constante de uma caixa de correio do alvo em causa.*

39

153. Na verdade, não tinha de existir qualquer restrição das buscas da AdC às informações de contexto transmitidas pela visada quanto aos colaboradores relevantes, ao âmbito temporal ou ao material da busca.

154. Por outro lado, não tinha de existir qualquer consentimento ou validação da visada quanto à informação a apreender, sendo que, concretamente e perante os factos carreados pela própria defesa, não existiu assim qualquer pesquisa indevida ou apreensão indevida de documentos sujeitos a sigilo profissional envolvendo advogados constantes da lista apresentada pela VODAFONE.

155. O que a visada vem carrear aos autos mais não são do que *dúvidas e suspeitas*, nunca concretizados no recurso de impugnação a propósito da violação de sigilo profissional, sobre os procedimentos de buscas, como se a AdC agisse em desvio e/ou abuso de poder ao abrigo do mandado.

156. Ou seja, a visada, reconhecendo a possibilidade de comprovar ou verificar as suas alegações perante os ficheiros concretamente apreendidos e disponibilizados em cópia, impugnou a decisão de **21.12.2018** com fundamento numa suposta *aparéncia de lesão* do direito de sigilo profissional de advogado, invocando um *potencial risco de afectação dos seus direitos*, concluindo que, *na dúvida*, devia recorrer dessa decisão porquanto a mesma, no entender da visada, *certamente*, extravasou o âmbito da autorização 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. nº 18/19.0YUSTR-A

157. Nada nos elementos dos autos permite seguir esse excuso alegatório.

158. Pode-se retirar dos autos da diligência de busca e apreensão que, após a notificação do conteúdo do mandado, foram obtidas informações sobre a organização da empresa, com identificação dos colaboradores, incluindo advogados, e sobre a organização e funcionamento de servidores, serviços de rede e arquivo de documentos.

159. Além de correntes, habituais e necessárias, tais informações são meramente procedimentais de qualquer diligência de busca e apreensão, não envolvem qualquer extravasamento da autorização nem implicam lesão inadmissível dos direitos das visadas em processo sancionatório do NRJC.

160. Obtida tal informação procedural, compete à AdC seleccionar os colaboradores da visada que prestem funções potencialmente relevantes para as finalidades de investigação e de modo a diligenciar pela selecção dos meios de prova que importa examinar.

40

161. Segundo a posição da AdC noutros recursos de impugnação interlocutória, sem prejuízo da prestação de colaboração pelas visadas no decurso das diligências de busca e apreensão, a AdC não está nem pode estar obrigada a limitar exclusivamente as buscas às indicações dadas pela empresa investigada, nomeadamente, quanto aos colaboradores potencialmente relevantes, quanto ao período temporal relevante ou mesmo quanto à informação potencialmente relevante.

162. Trata-se de uma premissa elementar que devia prescindir de problematização, visto que não pode ser a visada quem conforma o objecto das diligências de investigação, sem prejuízo de, comprovada e verificada a apreensão, reagir contra a mesma.

163. Todos os colaboradores considerados relevantes foram devidamente identificados no auto de apreensão, por colaboração da visada, e a informação obtida foi copiada para discos externos de armazenamento para subsequente exame e realização de pesquisas informáticas com o objetivo de identificar prova relevante para a investigação – cfr. auto de apreensão.

164. Neste passo, convém afirmar, peremptoriamente, que, obtida a autorização da autoridade judiciária competente, **as pesquisas devem ser realizadas, única e exclusivamente, de acordo com os conhecimentos e discricionariedade técnica da AdC, sendo perfeitamente admissível o recurso a ferramentas de e-discovery.**



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 18/19.0YUSTR-A

165. Trata-se de outra premissa elementar que devia prescindir de problematização, visto que não pode ser a visada quem conforma os procedimentos das diligências de investigação, especialmente quando os procura fazer sem qualquer colaboração na definição do âmbito subjectivo dessas buscas.

166. A informação recolhida no âmbito das buscas e apreensão consubstancia o objecto documental da apreensão, cuja cópia é, por sua vez, entregue à visada como atesta o respectivo auto.

167. Por conseguinte, seguindo a posição da AdC noutros recursos de impugnação interlocutória, as buscas para exame e apreensão de documentos nas instalações das empresas, tal como previstas no art.^º 18.^º do NRJC, são uma medida coerciva de obtenção de prova, não cabendo às empresas, no final das diligências, *validar* os documentos a apreender, isto é, validar o exame técnico realizado pela AdC, no cumprimento do mandado, para identificar prova potencialmente relevante para a investigação.

41

168. Trata-se de outra premissa elementar que devia prescindir de problematização, visto que não pode ser a visada quem determina o que deve ou pode ser apreendido sem prejuízo de, comprovada e verificada a apreensão, reagir contra a mesma.

169. Os mesmos procedimentos valem para a identificação dos advogados e/ou colaboradores que possam ter tido intervenção nas comunicações electrónicas que devam ser objeto de análise.

170. Nenhum elemento dos autos permite descobrir ou indicar que foi pesquisado ou analisado arquivo de advogado devidamente identificado pela visada, havendo sempre a possibilidade de verificar tal circunstância no final da diligência.

171. Ainda que se admita determinada ambiguidade nos termos semânticos, estão em discussão os **pontos Q) e R) dos factos provados e a relevância do que seja o cursory look** – visionamento liminar – de mensagens de correio electrónico com eventual conteúdo de sigilo profissional pela autoridade de concorrência que executa o mandado.

172. Deste modo, sublinhando o alcance probatório do art.^º 18.^º, n.^º al. c) do NRJC e obtida a devida autorização judiciária para a apreensão de documentos em suporte informático, exigir que as operações de pesquisa, exame e selecção de informação potencialmente relevante, previamente à apreensão, ocorram apenas e quando a visada



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 18/19.0YUSTR-A

entregar uma lista completa dos seus advogados teria a fatal consequência da frustração do mandado, impedindo que a AdC executasse, em tempo útil, o mesmo.

173. Atente-se que, no presente caso, tal lista só ficou concluída, por inadimplemento imputável à visada e ao seu dever de colaboração, no dia **20.12.2018, um dia antes da apreensão – cfr. ponto E) dos factos provados.**

174. Por outro lado, a exclusão prévia, total, imediata e acrítica de qualquer corrente de e-mails em que, em determinado momento, foi remetida a um dos advogados da visada, poderia resultar na redução inadmissível do objecto da busca, frustrando a própria utilidade do meio probatório.

175. A vencer o entendimento da visada, reconhecendo que no Direito da Concorrência este meio de prova assume uma preponderância destacada na demonstração probatória de práticas colusórias restritivas, bastaria endereçar e-mails comprometedores dessas práticas a um dos advogados para subtrair tais elementos aos poderes de busca e apreensão das autoridades competentes.

42

176. Por conseguinte, afigura-se-nos que a exclusão dessa correspondência previamente as operações de pesquisa, exame e selecção de informação potencialmente relevante redundaria num esvaziamento da diligência de busca e apreensão, frustrando desproporcionalmente a utilidade desse meio de prova e a própria autorização judiciária.

177. Tal vale por dizer que, quando a visada alega que foi solicitada essa lista pela AdC para as próprias operações de pesquisa (em acordo com a narração do auto de apreensão) tal não a investe na prerrogativa de exigir, literalmente, que as operações de pesquisa, exame e selecção só se iniciem após a prestação dessa informação por parte da visada, sendo que, a ser assim, a execução do mandado seria determinada pela colaboração da visada.

178. Essa lista serviu, precisamente, para evitar pesquisas nas contas de correio electrónico dos advogados internos – **cfr. ponto S) dos factos provados**, evitando, por exemplo, que fosse realizada alguma operação de cópia dessa informação para os discos externos da AdC.

179. Outrossim, afigura-se-nos que as operações de pesquisa, exame e selecção de informação potencialmente relevante não podem dispensar, evitar ou excluir a possibilidade de visionamento liminar de comunicações electrónicas *to ou from* para 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 18/19.0YUSTR-A

mail de algum advogado interno da visada, atendendo a que o regime jurídico da concorrência não interdita esse visionamento liminar nem o submete a validação judiciária.

180. Neste sentido, o *cursory look* ou o visionamento liminar de correspondência com eventual segredo profissional corresponde a um acto procedimental da diligência de busca e apreensão, adequado, proporcional e necessário para a execução das operações de pesquisa, exame e selecção de informação potencialmente relevante, portanto, legítimo, lícito e permitido pelo mandado.

181. Sem prejuízo de melhor opinião, é isso que resulta dos pontos Q) e R) dos factos provados.

182. De resto, as alegações de recurso não identificam concretamente qualquer situação subsumível à preterição daquele procedimento, nomeadamente de apreensão indevida de documentos sujeitos a sigilo profissional envolvendo advogados constantes da lista apresentada pela VODAFONE, precisamente, porque a AdC, no final das operações de pesquisa, exame e recolha que procederam à selecção das mensagens potencialmente relevantes, e previamente à apreensão de documentos, a AdC fez correr um filtro que automaticamente excluía correio electrónico não lido ou por abrir, ou que fosse remetido ou destinado aos endereços electrónicos dos advogados indicados pela visada – cfr. ponto T) dos factos provados.

43

183. Se a visada não logrou sequer alegar, de modo concreto e factualmente circunstanciado, que visualização de correspondência eletrónica sujeita a sigilo profissional de advogado foi efectuada pela AdC em desrespeito da lista apresentada pela própria visada, então não pode este Tribunal proceder a impugnação com fundamento num juízo profundamente especulativo ou numa remota presunção de ilegalidade da actuação da AdC.

184. No que importa neste autos e perante o objecto processual do recurso de impugnação judicial, não foi apreendido qualquer e-mail sujeito a sigilo profissional nem foram apreendidos e-mails em que pudesse ter intervindo advogado que não tenha sido o objecto de validação ao abrigo do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

185. Em terceiro lugar, a pedra-de-toque apresentada pela visada/recorrente para sustentar a autonomia recursiva desta impugnação interlocutória – *tais medidas de pesquisa,*



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 18/19.0YUSTR-A

exame e visualização extravasam o objecto do mandado – representa, para nós e com toda a parcimónia, um argumento notoriamente tautológico visto que essas medidas estão necessariamente a executar uma autorização judiciária expressa quanto à amplitude da recolha de prova digital ou electrónica.

186. A AdC quando procede à pesquisa, exame e visualização de correio electrónico, encontra-se a actuar em execução da autorização judiciária conferida pelo art.º 18.º, n.º 3 al. c) do NRJC, sendo que a visada deve colaborar com essa execução.

187. A discussão sobre se essa actuação se apresenta ilegal perante o objecto do mandado, nomeadamente por falta de cobertura, ou a discussão sobre o aproveitamento da prova assim recolhida aquando da apreensão, nomeadamente por utilização de meio proibido de prova, configura interesse recursivo absolutamente abrangidos pelas mencionadas vias de impugnação e de sindicância do mandado da autoridade judiciária, carecendo a tutela jurisdicional, directa e autónoma, da análise, exame e visualização de elementos de qualquer utilidade.

44

188. Assim, o **mandado judiciário permite ou não permite tais actos de execução e recolha de prova**, resultando a conclusão da validade, legalidade e regularidade da prova recolhida dessa análise de subsunção entre acto executório e acto habilitante, análise essa que integra o objecto da tutela jurisdicional accionada pela visada.

189. A AdC, enquanto autoridade administrativa competente para a prossecução da acção contra-ordenacional prevista no NRJC só pode utilizar o *conhecimento* obtido com o exame e visualização através da aquisição dessa prova por meio de apreensão e com vista à instrução da mesma no respectivo processo.

190. No mais, esse *conhecimento obtido* afigura-se inócuo, irrelevante e vazio de consequência processual que demande tutela jurisdicional autónoma e directa.

191. Em quarto lugar, considerando que qualquer visada que seja objecto de diligências de busca e apreensão dispõe de meios idóneos, próprios e autónomos para sindicar a validade, legalidade e regularidade do mandado da autoridade judiciária competente, para sindicar a sequente decisão da apreensão da AdC como acto decisório ou para arguir nulidades de execução do mandado perante a autoridade competente, parece-nos evidente que a eventual procedência destas diferentes vias recursivas esgota a necessidade 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 18/19.0YUSTR-A

qualquer tutela jurisdicional de potencial lesão, afectação ou compressão dos direitos fundamentais invocados pela aqui visada/recorrente, sendo que a tutela ínsita a cada um desses meios denota uma protecção garantística efectiva, proficiente e adequada à afirmação processual desses mesmos direitos.

192. Se o que a visada pretende é atingir a validade da prova colhida no âmbito da consulta/pesquisa aos computadores dos seus trabalhadores e colaboradores, julgamos preclaramente que a questão apenas se pode colocar em função do objecto, limites e extensão do cumprimento do respectivo mandado 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 ínsito dever de não obstrução do exercício dos poderes de inquirição, busca e apreensão previsto no art.º 68.º, n.º 1 al. j) do NRJC²⁵.

193. Quando muito, o problema do aproveitamento dessa prova poderia envolver considerações inerentes 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.

194. De resto, **o recurso interlocutório contra-ordenacional não configura, nem pode configurar, uma tutela jurisdicional de apreciação positiva de direitos fundamentais das visadas em processo contra-ordenacional**, cujo escopo sirva apenas um intuito declarativo desses direitos perante uma outra parte, como a visada parece defender, especialmente pela utilidade e efeito útil deste recurso de impugnação por confronto com as vias recursivas e de sindicância presumivelmente accionadas.

195. Com o presente objecto recursivo a visada pretende sindicar apenas a ingerência de um *aparente* terceiro nas suas comunicações electrónicas, desmerecendo a circunstância dessa ingerência ocorrer por habilitação legal, no âmbito de um mandado de autoridade judiciária para investigação de práticas restritivas da concorrência e com vista à recolha de prova para demonstração dessa infracção.

196. Tal interpretação bule, apodictamente, com a natureza do processo contra-ordenacional enquanto acção sancionatória de Direito Público.

²⁵ Constitui contraordenação punível com coima: j) 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.



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 18/19.0YUSTR-A

197. Em suma, com as medidas procedimentais, de preparação ou execução do mandado levadas a cabo pela AdC durante as diligências de busca e apreensão efectuadas no âmbito deste **PRC/2018/05** e nas instalações da visada, mormente de exame e visualização de correio electrónico, não se verifica qualquer violação dos artigos 20.º, n.º 1 e 5, 32.º, n.º 10; 29.º, n.º 1, 3 e 4 e 268.º, n.º 4 da CRP e muito menos violação do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem por não estar limitado qualquer recurso de plena jurisdição de decisões condenatórias.

198. Em quinto lugar, no que tange especificamente à ordem de bloqueio de acesso das contas de correio eletrónico de [REDACTED] administradores da VODAFONE e à preterição do art.º 18.º, n.º 1 al. d) do NRJC²⁶ - cfr. **pontos M) e N) dos factos provados**, afigura-se-nos preclaro que a AdC, na defesa da legalidade da diligência de busca e apreensão, incorre numa argumentação algo tautológica acerca da submissão dessa actuação ao art.º 18.º, n.º 1 al. d) do NRJC e sobre o conceito de *operação de selagem*, concluindo a sua análise mediante um esforço interpretativo difícil de seguir – cfr. **conclusões BBB) a CCCC) da resposta ao recurso de impugnação judicial**.

46

199. Na verdade, aquela operação de selagem ocorre, necessariamente, quando o equipamento ou dispositivo se encontra nas instalações onde decorrem as diligências de busca e apreensão.

200. O art.º 18.º, n.º 1 al. d) do NRJC configura, antes de mais, uma medida de conservação e preservação da prova, ao passo que o bloqueio do acesso durante as operações de cópia para o disco rígido – cfr. **pontos L) e P) dos factos provados**, configura uma medida meramente executória do exame, recolha e apreensão de mensagens de correio electrónico, por modo a facilitar a cópia temporária dos arquivos informáticos existentes nos computadores que se encontravam no exterior das instalações, permitindo a sua imediata entrega ao colaborador.

²⁶ I - No exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente: 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 electrónicos de armazenamento de dados, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

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 18/19.0YUSTR-A

201. Neste sentido, os bloqueios referidos nos **pontos L) e P)** dos factos provados atestam uma actuação conforme aos melhores interesses da visada perante a sujeição a diligências probatórias de carácter intrusivo ou invasivo.

202. Assim, é nosso entendimento que não tem de ocorrer qualquer operação de selagem nos casos procedimentais em que *o bloqueio informático das contas dos colaboradores relevantes se resume a um mero passo informático necessário e prévio à cópia da informação*, perdendo razoabilidade a arguição de que a diligência extravasou o mandado por este não autorizar a operação de selagem nos termos do art.º 18.º, n.º 1 al. d) do NRJC.

203. Trata-se, nesses casos, de um mero procedimento de extracção de informação de um equipamento, em que o acesso do colaborador fica interdito durante o período de tempo em que decorre a cópia da informação.

204. Diferente circunstancialismo se nota quando essa operação procedural de bloqueio de acesso ocorre num quadro factual em que o computador não se encontra nas instalações da visada.

205. O bloqueio de acesso das contas de correio eletrónico de [REDACTED] administradores da visada ocorreu porquanto os respectivos computadores se encontravam fora do local onde decorreram as buscas, não sendo possível fazer qualquer cópia do disco rígido para posterior análise.

206. Ou seja, aqui o intuito procedural de facilitação da cópia adquire, etiologia e inexoravelmente, um carácter conservatório da prova, a qual, além de consolidar o objecto da busca, pretende evitar intromissões de agentes terceiros ou do próprio detentor do equipamento capazes de turbar com o objecto da prova e que não são controláveis pela autoridade administrativa ou pelos deveres de colaboração impostos com a apresentação e execução do mandado nas instalações da visada.

207. LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO identificam esta actuação ao abrigo do art.º 18.º, n.º 1 al. d) do NRJC como medida cautelar, “*pois que visa assegurar a efectividade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, e, através destas, a aquisição e conservação dos meios de prova*” (em *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, Almedina, pág. 213).



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 18/19.0YUSTR-A

208. Ou seja, afigura-se-nos evidente que qualquer operação de bloqueio de contas de correio eletrónico efectuada em computadores que não se encontrem nas instalações objecto do mandado deve ser legitimada no âmbito do art.º 18.º, n.º 1 al. d) do NRJC, o que efectivamente não aconteceu.

209. A analogia que a AdC elabora para com um arquivo físico funciona, precisamente, a favor desta nossa posição, pois que, como bem alega a visada, na *selagem de um arquivo físico impede-se tout court o acesso ao mesmo*, no mesmo passo em que, com o bloqueio das contas dos colaboradores da Vodafone, *foi bloqueado o acesso ao sistema de intranet que liga o utilizador à Vodafone Portugal e ao Grupo Vodafone, ficando assim este impossibilitado de aceder ao seu ambiente de trabalho, aos documentos, aos programas e, também, ao correio eletrónico, cujo acesso ficou igualmente bloqueado via telemóvel*.

210. Todavia, posta esta transparente crítica à actuação da AdC favorável à posição da visada - *não foram sido atribuídos quaisquer poderes à AdC para selar espaços ou equipamentos*, tais computadores acabaram por ser entregues à AdC pelos próprios detentores, tendo as operações de pesquisa, exame e selecção de informação potencialmente relevante prosseguido na presença desses computadores e em igualdade de circunstâncias procedimentais com os demais colaboradores.

211. Nada impede que os colaboradores afectados pelas ordens de bloqueio regressem ao trabalho e entreguem voluntariamente o equipamento, facilitando a referida cópia temporária dos arquivos informáticos, o que efectivamente aconteceu neste caso.

212. Deste modo, recorrendo novamente ao nosso critério de acto sindicável em que ocorra utilização processual própria, autónoma e funcionalizada dos elementos apreendidos ao exercício das competências sancionatórias da AdC, afigura-se-nos evidente que o vício eventualmente originado por essa preterição do âmbito do mandado se tem por manifestamente despiciendo para a decisão de apreensão, tanto mais que a visada não alegou que foram apreendidos elementos das contas de correio electrónico mediante essa operação de bloqueio inválida, ilegal ou irregular.

213. Para o que importa, a apreensão de elementos em suporte informático, nomeadamente de correio electrónico, não ocorreu mediante coacção ou intromissão



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 18/19.0YUSTR-A

ilegítima na actividade da Vodafone e através do bloqueios referido no ponto L) dos factos provados.

214. Quanto ao caso particular da colaboradora [REDACTED] – cfr. ponto O) dos factos provados – parece-nos que o bloqueio em causa se pode inscrever, ainda, no mencionado intuito procedural de facilitação da cópia abrangido pelo art.º 18.º, n.º 1 al. c) do NRJC, ao qual sobreveio, a suspensão e continuação da diligência em dias diferentes, sem que tal mereça o mesmo juízo aplicado aos bloqueios referidos nos pontos L) e P) dos factos provados.

*

215. Em conclusão, a decisão interlocutória de 21 de Dezembro de 2018, no segmento em que determinou a apreensão de documentos, por estar 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.

49

216. Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da declaração de nulidade da decisão proferida pela AdC em 21 de Dezembro de 2018, a qual determinou a apreensão de documentos, mantendo-se, na íntegra, os seus efeitos processuais.

* * *

*

IV. DECISÃO.

217. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o presente recurso de impugnação de medidas administrativas, interposto pela visada/recorrente VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A., improcedendo os respectivos fundamentos e absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade da decisão proferida em 21 de Dezembro de 2018 no âmbito do PRC/2018/05.

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



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 18/19.0YUSTR-A

219. Notifique e deposite.

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

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, ds

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista