



E-AdC/2019/4383
09/07/2019

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

Processo: 71/18.3YUSTR-J	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 233661 Data: 04-07-2019
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Modelo Continente Hipermercados, S.A. e outro(s)...		

V/REFERÊNCIA: Proc. N.º PRC/2016/04

Assunto: Envio de certidão de acórdão/sentença

Com referência aos V/autos acima indicados, junto envio a V. Ex^a, certidão da sentença proferida nos presentes autos.

Com os melhores cumprimentos,

Por ordem do(a) Mm^{o(a)} Juiz de Direito,
O Escrivão Auxiliar,

Helder Roseiro



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Processo: 71/18.3YUSTR-J	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	233650
--------------------------	--	--------

CERTIDÃO

Helder Roseiro, Escrivão Auxiliar, do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - 1º Juízo:

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

Recorrido: Autoridade da Concorrência

Recorrente: Modelo Continente Hipermercados, S.A. e outro(s)...

e atesto nos termos do n.º 1, do art.º 387 do Código Civil, que as fotocópias que se seguem, e que vão devidamente numeradas, rubricadas e autenticadas com o selo branco em uso neste Tribunal, são cópias fiéis dos originais da sentença de fls. destes autos.

MAIS CERTIFICO que a presente certidão foi proferida em 03/07/2019.

É quanto me cumpre certificar em face dos autos e a que me reporto em caso de dúvida, destinando-se a presente certidão a ser remetida à Autoridade da Concorrência.

Santarém, 04-07-2019.

O Escrivão Auxiliar,

Helder Roseiro



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

233211

CONCLUSÃO - 03-07-2019

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Sandra Brito)

=CLS=

A. DO REENVIO PREJUDICIAL.

Relevando o requerimento apresentado pelas visadas/recorrentes (cfr. conclusões UUU) a XXX) e requerimento de 11.06.2019) no que respeita ao reenvio prejudicial com vista ao esclarecimento do princípio da proteção dos direitos de defesa e o princípio da proteção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera privada de uma pessoa no contexto da apreensão de prova em processo contraordenacional da concorrência, importa sublinhar que a interpretação de tais princípios a propósito da admissibilidade de diligências de obtenção de prova e da apreensão de correio eletrónico não se afigura, em nosso entender, provida de controvérsia atento o objeto dos mandados em causa, sublinhando que tais princípios devem auferir de interpretação conforme¹ ao recente art.º 32.^{º2} da **DIRETIVA (UE) 2019/1 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 11 de Dezembro de 2018**, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

Sem prejuízo da apreciação dos fundamentos do recurso e perante o objeto dos mandados emitidos pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de

¹ “Esta doutrina [da interpretação conforme] (...) começa por recordar que, de harmonia com o artigo 228.º, par. 3 do TFUE. A diretiva, antes de decorrido o prazo para a sua transposição, não impõe qualquer obrigação ao estado senão quanto ao seu resultado. Mas logo a seguir, reconhece que, por força do princípio de cooperação leal entre a União e dos estados, enunciado hoje no artigo 4.º, n.º 3, EU, depois da entrada em vigor da diretiva e mesmo antes de expirado o prazo para a sua transposição pelos Estados-membros, estes não podem adotar medidas que sejam incompatíveis com o conteúdo da diretiva e que, por isso mesmo, venham a privar esta da plenitude dos seus efeitos depois de ter decorrido o prazo para a sua transposição. Por isso, o juiz nacional deve, na medida do possível e, sobretudo, na medida da livre apreciação que lhe for deixada pelo Direito nacional, interpretar o Direito nacional à luz da diretiva, mesmo no julgamento de situações nascidas antes de expirado o prazo para a transposição da diretiva, salvo se daí ocorrer ofensas “aos princípios gerais de Direito que fazem parte do Direito da União e, em especial, aos princípios da segurança jurídica e da não-retroatividade” – FAUSTO DE QUADROS, Direito da união Europeia, Almedina, 3.ª Edição, pág. 564.

² Nos termos desse artigo, os Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas.

3
P



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datados de 2 de Fevereiro de 2017 e de 10 de Fevereiro de 2017 (de alargamento do objeto do mandado); considerando que, nos termos do art.º 267 do TFUE (3.º parágrafo), não subsiste obrigatoriedade do reenvio para o Tribunal de 1.ª instância; **afigura-se-nos que inexistente dúvida interpretativa que demande o reenvio do processo a título prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia**, pelo que se determinará o normal prosseguimento dos autos para a prolação da sentença.

* * *

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

2



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

B. SENTENÇA

I.RELATÓRIO.

1. Por decisão de 22 de março de 2019, proferida no processo de contraordenação identificado como **PRC/2016/04**, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) indeferiu os requerimentos das visadas/recorrentes de 03.03.2017, de 07.04.2017, de 02.05.2017, de 16.05.2017 e de 30.05.2017 e no decurso de diligências de busca e apreensão ocorridas de 7 de fevereiro a 3 de março de 2017.

2. As visadas, aqui recorrentes, **MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.** (doravante **MCH**) e **CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.** (doravante **CH**), vieram apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa relativo à decisão interlocutória proferida pela **Autoridade da Concorrência – AdC**, com a referência **S-AdC/2019/1084**, no âmbito do **PRC/2016/04**, e que julgou totalmente improcedente o requerimento de 03.03.2017, de 07.04.2017, de 02.05.2017, de 16.05.2017 e de 30.05.2017.

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

A) O presente recurso para o TCRS é interposto da decisão da AdC, com a Ref.ª S-AdC/2019/1084, que declarou integralmente improcedente o requerimento, de 3 de Março de 2017, em que as ora Recorrentes arguíram um conjunto de vícios processuais e probatórios que afectam irremediavelmente a prova obtida, directa ou indirectamente, através das diligências de busca e apreensão e das pesquisas informáticas realizadas pela AdC, entre os dias 7 de Fevereiro e 3 de Março de 2017, e, bem assim, os mandados com base nos quais foram realizadas;

I

Enquadramento prévio: as buscas e apreensões de Fevereiro e Março de 2017

B) Na manhã de 7 de Fevereiro de 2017, a AdC entrou nas instalações das Requerentes, em Carnaxide e no Porto, munida de mandados de busca e apreensão (os primeiros mandados), com o objectivo de aí apreender prova que substanciasse os supostos indícios «*d[e] alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela Unicer a cadeias de distribuição alimentar (...)*» e «*(...) de acordos sobre os preços a praticar estabelecidos entre a Unicer e determinadas empresas de distribuição alimentar*», práticas que infringiriam o disposto no artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência e o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE;

C) No dia seguinte, a AdC apreendeu seis mensagens de correio electrónico nas instalações das Recorrentes no Porto e suspendeu as diligências nesse local, concentrando-as a partir dessa data nas instalações das Recorrentes em Carnaxide; Nenhuma das mensagens apreendidas nessa data se referia sequer

3



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

indirectamente, à visada UNICER, a colaboradores desta empresa, a produtos, preços, condições ou políticas da UNICER, ou a qualquer tipo de interação entre as ora Recorrentes e a UNICER;

D) No dia 15 de Fevereiro de 2017, após uma semana de buscas, a AdC notificou as Recorrentes de novos mandados de busca e apreensão (os segundos mandados, datados de 10 de Fevereiro de 2017), desta feita de âmbito mais amplo, com o propósito de alargar – em rigor, de ratificar – o objecto das diligências já iniciadas;

E) Assim, após 17 dias de buscas, no dia 3 de Março de 2017, a AdC apreendeu, através de cópia em formato digital, 2.974 mensagens de correio electrónico nas instalações das Recorrentes na Estrada da Outurela, em Carnaxide;

II

A ilegalidade da apreensão de correio electrónico ao abrigo da Lei da Concorrência

F) Nos mandados relativos às ora Recorrentes, prevê-se a possibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico já abertas;

G) Porém, a AdC não dispõe de norma legal habilitante que lhe permita pesquisar e apreender correio electrónico, independentemente de estar aberto ou não e independentemente de um mandado do Ministério Público que o autorize; Vejamos;

a) O regime da apreensão de correspondência em processo penal e a sua *importação* pelo Direito da Concorrência

H) Durante alguns anos, a doutrina e a jurisprudência entendiam frequentemente que o correio electrónico *fechado* deveria encontrar-se sujeito ao regime da apreensão de correspondência (do artigo 179.º do CPP), ao passo que as mensagens já *abertas* perderiam o carácter comunicacional que justificaria aquela tutela acrescida, devendo, por isso, sujeitar-se ao regime geral da apreensão de documentos;

I) Primeiro em 2007, com a alteração ao artigo 189.º do CPP, e depois com a entrada em vigor da Lei do Cibercrime, em particular do seu artigo 17.º, a intenção do legislador passou a ser inequívoca: todo o correio electrónico se encontraria sujeito ao regime da apreensão de correspondência, independentemente de as mensagens se encontrarem *abertas* ou *fechadas*;

J) Assim, e por muito que a AdC possa discordar da solução legislativa, a verdade é que *in claris non fit interpretatio* e, pelo menos aqui, a lei, como reconhece actualmente a doutrina (designadamente a de Rita Castanheira Neves, Paulo Pinto de Albuquerque, Pedro Verdelho, Rui Cardoso e Duarte Nunes) e jurisprudência especializadas (e, inclusivamente, o Gabinete do Cibercrime junto da Procuradoria-Geral da República), é clara: o correio electrónico passou a configurar sempre correspondência e nunca um mero documento electrónico, pelo que se encontra sempre protegido, pelo menos pelo direito à inviolabilidade da correspondência, tal como previsto no artigo 34.º, da CRP, extensível às pessoas colectivas por via do seu artigo 12.º, n.º 2;

K) E ainda que a mera interpretação literal, histórica e sistemática do artigo 17.º da Lei do Cibercrime não bastasse, a verdade é que, também no plano teleológico, é possível encontrar motivos perfeitamente razoáveis para que o correio electrónico tenha uma tutela acrescida por comparação com o correio tradicional *aberto*;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

L) Em primeiro lugar, tal justifica-se pela circunstância de o correio electrónico, ao contrário do correio tradicional, conter, para além do conteúdo textual, muito mais informação constitucionalmente tutelada, na qual se incluem dados de tráfego, nos termos do artigo 2.º, alínea c), da Lei do Cibercrime, como seja informação sobre o remetente (*from*), o destinatário principal (*to*), os destinatários secundários (em *cc*) e mesmo ocultos (em *bcc*), a data e a hora exactas de envio e/ou de recepção do *e-mail*, o Message-ID, o *time-stamp* do momento em que a mensagem passou por um servidor no qual seja executado o Microsoft Exchange, ou mesmo o trajecto seguido pelo *e-mail*, como seja o endereço IP de todos os sistemas informáticos pelos quais a mensagem passou até chegar ao destinatário, juntamente com a data e hora em que o fez, incluindo os endereços do fornecedor de serviços de *e-mail* do remetente e do destinatário;

M) E justifica-se ainda pela circunstância de, ao contrário do que sucede com o correio tradicional, o correio electrónico tipicamente se encontrar armazenado em sistemas de armazenamento massivo de informação ou, pelo menos, em elevados volumes de informação, susceptíveis de tratamento automatizado e de pesquisa em termos especialmente rápidos e tecnologicamente eficientes, mas também especialmente lesivos e com um grau de ingerência em direitos fundamentais agravado;

N) Por fim, a distinção entre mensagem de correio electrónico aberta e fechada é absolutamente estéril e anacrónica, seja porque o acto de marcar uma mensagem como lida frequentemente nada tem a ver com a efectiva apreensão do seu conteúdo pelo destinatário, seja porque facilmente, tanto o utilizador como, eventualmente, a AdC ou terceiros de forma acidental ou dolosa, podem marcar uma mensagem como não lida, mesmo após já o ter sido, sem que algum programa informático forense o descubra;

O) Contudo, a AdC, que importou do processo penal a distinção entre mensagens abertas e fechadas vigente antes de 2007, recusou-se a actualizar o seu entendimento em função dos novos desenvolvimentos nesta matéria e a extrair daí a necessária conclusão: a de que o correio electrónico constitui, sempre, correspondência;

b) A apreensão de correio electrónico e a Lei da Concorrência

P) Quanto, à Lei da Concorrência, o legislador, em 2012, limitou-se a prever, no seu artigo 18.º, n.º 1, alínea c), a possibilidade de a AdC proceder à recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte;

Q) A falta de previsão de um regime autónomo para a apreensão de correio electrónico não foi, porém, uma omissão acidental, antes resultou da eliminação do artigo 16.º, n.º 1, da alínea c) do Projecto de Proposta de Lei do Governo que Aprova o “Regime Jurídico da Concorrência”, onde se previa expressamente a atribuição de poderes à AdC para proceder «à busca, exame, recolha e apreensão de extractos da escrita e demais documentação, incluindo a que for relativa a correspondência, mensagens de correio electrónico, registo de comunicações, que se encontrem em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova»;

R) A omissão do legislador, por muito inconveniente que seja para a AdC, não pode deixar de ser interpretada – como unanimemente faz a doutrina disponível sobre o tema e o Conselho Superior da Magistratura – como intencional, (i) quer porque diferiu do regime previsto 3 (três) anos antes para a Lei do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

Cibercrime (numa altura em que a alteração da legislação e as respectivas interpretação e consequências eram já sobejamente conhecidas), (ii) quer porque resultou de uma clara opção pela supressão da previsão inicial do Projecto de Proposta de Lei do Governo que Aprova o “Regime Jurídico da Concorrência”, (iii) quer ainda porque o legislador foi expressamente alertado por pareceres como o que acima se transcreveu para as consequências da não inclusão de norma habilitante no diploma final;

S) Apesar do evidente bloqueio legal e constitucional à apreensão de correio electrónico em qualquer processo contra-ordenacional, porquanto se trata sempre de correspondência, a AdC manteve-se, no entanto, irredutível, continuando a aplicar o disposto no artigo 18.º da Lei da Concorrência para apreender correio electrónico;

T) Fá-lo, aliás, sustentando, ao arrepio das mais elementares lógica e hermenêutica jurídica, que o propósito do legislador foi antes o de incluir a apreensão destas mesmas mensagens no escopo de poderes da AdC, uma vez que a Lei da Concorrência foi publicada e entrou em vigor em momento posterior à Lei do Cibercrime;

U) A AdC afirma uma coisa e o seu contrário; Por um lado, afirma que as mensagens de correio electrónico abertas estão sempre sujeitas ao regime da apreensão de meros documentos, pelo que o artigo 17.º da Lei do Cibercrime não lhes seria aplicável, por outro lado afirma que o legislador da Lei da Concorrência se afastou expressamente do regime da Lei do Cibercrime ao não criar uma norma que permitisse a apreensão de correio electrónico;

V) Ora, das duas uma: ou o correio electrónico aberto não constitui correspondência, caso em que a sua apreensão não careceria de previsão legal específica nem no processo penal nem no direito da concorrência, ou constitui correspondência e por isso sempre precisará de norma legal habilitante (e nunca em processo contra-ordenacional); O que não pode suceder é afirmar-se, como faz a AdC, que o legislador pretendeu afastar o regime consagrado na Lei do Cibercrime para a apreensão de correio electrónico em geral (e, portanto, aberto ou fechado), ao mesmo tempo que se afirma que o regime da apreensão de correio electrónico previsto na Lei do Cibercrime nunca se aplica a correio electrónico aberto;

W) Alega ainda a AdC que a *proibição* – em rigor, a falta de norma habilitante – de apreensão de correio electrónico contrariaria a “*a evolução legislativa associada à própria evolução tecnológica*”; Não tem razão;

X) Em primeiro lugar, porque “*a evolução legislativa associada à própria evolução tecnológica*” segue, correctamente, no sentido de reconhecer que as novas tecnologias têm uma maior aptidão para lesar direitos fundamentais, motivo pelo qual se reconhecem garantias adicionais de protecção ao sujeito contra quem são utilizadas;

Y) Em segundo lugar, porque utiliza supostas dificuldades na recolha de prova como fundamento para legitimar a utilização de um meio de obtenção de prova que não se encontra legalmente previsto, aparentemente esquecendo-se que é ao legislador que cabe, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, fazer a ponderação que permita articular os interesses da investigação com os direitos fundamentais a restringir;

6



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

Z) Em terceiro lugar, é improcedente porque incorre na falácia designada de falsa dicotomia, ou seja, apresenta duas alternativas como se fossem as únicas possíveis quando claramente tal não sucede: assim, para a AdC, ou se pode apreender correio electrónico ou não há qualquer utilidade na realização de diligências de busca e apreensão; Não é verdade;

AA) Com efeito, a AdC tem à sua disposição uma plêiade de outros poderes que o legislador expressamente lhe conferiu e que pode utilizar em alternativa à apreensão de correio electrónico, nos termos dos artigos 18.º, n.º 1, alíneas a), b), c) e d), 19.º e 20.º da Lei da Concorrência;

BB) O que a AdC deixará de poder fazer é, tão-somente, limitar-se a entrar em empresas e colocar vários instrutores sentados em frente a um monitor durante dias a fio a vasculhar caixas de correio electrónico e a devassar a vida privada dos respectivos titulares; Tudo o mais que se encontre expressamente previsto na lei, a AdC poderá fazer;

CC) Por fim, cumpre clarificar uma questão que a AdC parece não ter entendido: é que as Visadas não dizem, pelo menos não a título principal, que a Lei do Cibercrime é aplicável ao direito da concorrência;

DD) Dizem, sim, que o regime previsto na Lei do Cibercrime, por força da sua matriz penal, tem de servir como critério interpretativo do conceito de (e do regime do) correio electrónico – *rectius*, de correspondência electrónica – e do conceito de (e do regime do) documento;

EE) Se é ao processo penal que a AdC vai buscar a distinção entre carta aberta e carta fechada, abstendo-se de apreender cartas fechadas por configurarem correspondência, também deve ser ao processo penal que a AdC vai buscar o conceito e as garantias aplicáveis ao correio electrónico; O que agora sucede é que não faz sentido: a AdC importa um entendimento do processo penal que já não encontra acolhimento no que respeita ao correio electrónico e não importa o entendimento vigente porque não lhe convém;

FF) É que, como é amplamente reconhecido, sem prejuízo da componente administrativa que inevitavelmente enforma o direito das contra-ordenações, existe uma conexão óbvia entre este e o direito penal e processual penal, pelo que, naquilo em que a específica natureza do processo contra-ordenacional não se distancie da lógica do Processo Penal, deverão aplicar-se os mesmos princípios e as mesmas garantias, com as devidas adaptações, desde logo, em matéria de legalidade da prova;

GG) Se assim não fosse, tornar-se-ia mais fácil a obtenção de prova – e, correspondentemente, a restrição de direitos fundamentais –, através dos mesmos meios de obtenção de prova, em processo contra-ordenacional do que em processo penal, apesar de neste se tutelarem, à partida, interesses e bens jurídicos de relevo superior;

HH) Assim, a única solução conforme à natureza do processo contra-ordenacional e coerente com o quadro jurídico-sancionatório vigente é a de reconhecer ao correio electrónico, lido ou não lido, o estatuto de correspondência para efeitos probatórios;

II) Diga-se, por fim, que é, na realidade, irrelevante que a omissão do legislador tenha sido intencional, ou não; O que releva é que haja uma omissão;

7



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

JJ) E num domínio como o da apreensão de correspondência, a omissão de legislação habilitante implica que a sua execução seja ilegal e que, por isso, o mandado do Ministério Público seja inexistente ou, no mínimo, nulo por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto nos artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.º 8 e 10 e 34.º, n.º 4, da CRP;

KK) Ou seja, a apreensão de correspondência sem fundamento legal e sem consentimento constitui uma ingerência na correspondência e nas telecomunicações não autorizada, cuja consequência é a nulidade (leia-se, a proibição) da prova prevista no artigo 126.º, n.º 3, do CPP, 18.º, 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 4, da CRP, bem como a de toda a prova obtida, directa ou indirectamente, através daquela;

LL) A conclusão idêntica chegaríamos ainda que não estivessem em causa os direitos à inviolabilidade das telecomunicações e da correspondência, uma vez que a apreensão de correio electrónico representa também uma ingerência não autorizada no direito à reserva da intimidade da vida privada, no caso das pessoas colectivas reconduzível aos **aspectos relacionados com a vida profissional ou o segredo dos negócios, ou os aspectos relacionados a factos que se desenvolveram em locais públicos, mas que, também, fazem parte da vida privada**, nos termos dos artigos 26.º, n.º 1 e 12.º, n.º 2, da CRP;

MM) Isto, naturalmente, tendo em consideração que a correspondência electrónica apreendida pela AdC respeita, na sua grande parte, a informações estratégicas, relações negociais com fornecedores e clientes, procedimentos internos, entre outros; Informações que, quando devassadas, produzem, sem margem para dúvida, uma verdadeira *abusiva intromissão na vida privada*, desprovida de habilitação legal, e, por isso, apta a gerar, por si só, a proibição de prova a que respeita o artigo 32.º, n.º 8, da CRP;

NN) Assim, e em suma, a interpretação do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, no sentido em que é permitido à Autoridade da Concorrência apreender correio electrónico, independentemente de o mesmo se encontrar aberto ou fechado, é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, do direito à inviolabilidade da correspondência, do direito à inviolabilidade das telecomunicações e do direito à privacidade dos respectivos destinatários, ainda que sejam pessoas colectivas, tudo nos termos do disposto nos artigos 18.º, 32.º, n.º 8 e 10, 34.º, n.º 4, 26.º e 12.º, n.º 2, da CRP, o que desde já se alega para os devidos efeitos;

OO) Por outro lado, mesmo, que se entendesse estar abrangida pelos poderes da AdC a possibilidade de apreensão de correspondência – o que se admite apenas para efeitos de exposição de raciocínio –, a verdade é que – aqui sim – tal sempre implicaria que o intérprete fosse novamente ao processo penal buscar os critérios para a densificação do conceito de correio electrónico e do regime da sua apreensão;

PP) Aplicando-se *ope legis* o regime de apreensão de correspondência previsto no artigo 179.º do Código de Processo Penal, sempre seria necessário que tais apreensões fossem determinadas por despacho judicial, “*sob pena de nulidade*” (n.º 1);

QQ) Ora, no caso dos presentes autos, está em causa a pesquisa, o acesso e a apreensão de mensagens de correio electrónico com base, tão-somente, em mandado do Ministério Público; Inexiste um regime legal específico, diverso, menos exigente, que permita dispensar o cumprimento do disposto no artigo 179.º do CPP, quando os termos do regime geral em matéria de prova digital, a Lei do Cibercrime, remetem expressamente

8



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

para o regime previsto no Código de Processo Penal, sem redução do seu âmbito, antes se impondo a sua aplicação na sua totalidade; Destarte, a omissão de mandado judicial para a apreensão das mensagens de correio electrónico sempre implicaria a nulidade das apreensões e todos os demais elementos probatórios por essa via obtidos;

RR) Quanto à alegação da AdC de que o Requerimento das ora Recorrentes deveria antes ter atacado os vícios do mandado do Ministério Público, entendendo que não o fizeram, a AdC está errada tanto no plano dos factos como no do direito;

c) Nulidades processuais, inexistência e proibições de prova

SS) Contrariamente ao que afirma a AdC, as Visadas não se limitaram a imputar vícios à *execução do mandado*, mas antes invocaram a nulidade *lato sensu* dos próprios mandados, por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto nos artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 4, da CRP;

TT) E fizeram-no, não só com aquele fundamento, mas também – no que concerne especificamente aos mandados emitidos a 10 de Fevereiro de 2017, por força do disposto no artigo 122.º do Código de Processo Penal (aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), e, bem assim, quando arguíram a nulidade dos mandados emitidos a 10 de Fevereiro de 2017 e da prova obtida ao abrigo dos mesmos, por violação do artigo 101.º TFUE, dos princípios gerais de direito da União Europeia e dos artigos 18.º, n.º 2 e 32.º, n.º 10, da CRP, bem como nos termos do artigo 120.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Penal, ou, no mínimo, a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º do Código de Processo Penal;

UU) Vícios que, naturalmente, arguíram em simultâneo com os vícios probatórios que inevitavelmente contaminam a prova obtida ao abrigo dos referidos mandados;

VV) Tendo as ora Recorrentes terminado o seu requerimento peticionando que o mesmo fosse remetido «à autoridade judiciária competente para a decisão do que aqui se alega, quando a Autoridade da Concorrência conclua pela sua incompetência para a decisão de um ou mais dos pedidos ora efectuados»;

WW) Com efeito, tendo o vício sido arguido perante a autoridade executante do mandado, antes o final das diligências de busca, com indicação expressa de que o mesmo deveria ser remetido por esta autoridade à autoridade judiciária competente, deverá o vício ter-se como tempestiva e adequadamente invocado;

XX) Acresce que, pelo menos no que respeita à ilegalidade dos mandados do Ministério Público por ordenarem a realização de diligências probatórias restritivas de direitos fundamentais sem habilitação legal para o efeito, a entidade competente para conhecer dos vícios invocados nunca poderia ser a que, sem competência para o efeito, emitiu os mandados, mas sim, e necessariamente, o juiz;

YY) Desde logo porque está em causa um vício da maior gravidade do que as simples *nulidades*; Um vício que, verdadeiramente, constitui, mais do que uma nulidade, uma verdadeira inexistência jurídica, de conhecimento oficioso pelo tribunal;

9



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

ZZ) Deveria, por isso, a AdC ter remetido o requerimento à autoridade judiciária competente, neste caso o juiz; Não o tendo feito, deverá o tribunal, por força da sua específica função de garante da tutela jurisdicional dos actos praticados na fase administrativa do processo, conhecer desse vício nesta sede;

AAA) Ainda que assim não fosse, a verdade é que as Recorrentes não tinham sequer de suscitar qualquer vício quanto aos mandados, desde logo, porque a nulidade processual de que padece o mandado não é confundível com o vício, formal e materialmente autónomo, da proibição de prova, que afecta todas as mensagens de correio electrónico ilicitamente apreendidas: são diferentes os vícios e são diferentes os regimes;

BBB) A autonomia do regime das proibições de prova em relação ao das invalidades processuais resulta, no plano constitucional, do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, e, no plano da legislação ordinária, do disposto nos artigos 118.º, n.º 3, e 126.º do CPP;

CCC) São vícios que vedam ao julgador a produção e/ou a valoração de uma concreta prova, devido à sua ofensa ao catálogo de direitos fundamentais previstos no artigo 32.º, n.º 8, da CRP, ou de outros, para quem admita o carácter não taxativo deste elenco;

DDD) Entre os direitos cuja violação funda a verificação de uma proibição de prova encontra-se, como é bom de ver, os direitos à inviolabilidade das telecomunicações e da correspondência e à reserva da intimidade da vida privada;

EEE) Assim, o mandado, enquanto acto processual, é inválido; Mas o acto processual em si pouco importa; O que verdadeiramente importa é que, não só a diligência que nele se baseou é ilegal, mas acima de tudo que a prova produzida, suportada ou não nesse acto, é proibida e, portanto, inutilizável;

FFF) O que acaba de se dizer é facilmente compreensível quando ilustrado com o seguinte exemplo: imagine-se que, ao invés de ter ordenado a realização de pesquisas e apreensões de correio electrónico, o Ministério Público ordenara a realização de escutas telefónicas ou, por absurdo, de tortura; É evidente que a omissão de arguição de uma qualquer invalidade processual quanto ao mandado nunca sanaria a proibição de prova que inevitavelmente afectaria as escutas ou as declarações do arguido;

GGG) Por tudo quanto se referiu, e independentemente do que se entenda quanto à validade do mandado do Ministério Público, a prova obtida, directa ou indirectamente, através do correio electrónico apreendido, por ter tido origem numa ingerência no direito à inviolabilidade das telecomunicações, da correspondência e à reserva da intimidade da vida privada, sem fundamento válido, é, como acima se referiu, irremediavelmente proibida, nos termos do disposto nos artigos 126.º, n.º 3, do CPP, 18.º, 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4, 26.º e 12.º, n.º 2, da CRP;

III

A inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos e o efeito-à-distância

HHH) As buscas realizadas nos dias 7 e 8 de Fevereiro visavam investigar, de acordo com os mandados que as suportavam, condutas traduzidas «no alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela UNICER a cadeias de distribuição alimentar: hipermercados, supermercados e lojas de discount»;

10



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

III) Em concreto, as diligências visavam recolher indícios probatórios de que a UNICER estaria a *«impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e/ou estas cadeias integra[ria]m um acordo com a UNICER para garantir o alinhamento de preços de venda ao público dos produtos desta no mercado alimentar»;*

JJJ) No decurso da pesquisa informática realizada ao computador da Senhora Dra. [REDACTED] [REDACTED] Directora Comercial da REQUERENTE MCH, foi ordenada a apreensão de 6 (seis) mensagens de correio electrónico que nada tinham a ver com o objecto da investigação, por alegadamente *«constituírem indícios de outra infracção às regras da concorrência»*, tendo sido determinada a selagem das referidas cópias *«para posterior validação pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas, tudo conforme o disposto no n.º 3, do artigo 20.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio»;*

KKK) A alegada *“descoberta acidental”* desses elementos, para além de não ter sido *acidental*, mais não foi do que a consequência inevitável de uma verdadeira *vasculhagem* informática dos computadores da MCH, assente na utilização de termos de pesquisa com uma amplitude que excede largamente o objecto da investigação – amplitude essa exponenciada (e agravada) pelo carácter difuso e possivelmente pré-condicionado desse exercício, pois o universo de informação copiada excedia igualmente o objecto dos primeiros mandados;

LLL) A AdC utilizou este processo concreto e os mandados emitidos pelo Ministério Público para realizar uma investigação global à Recorrente MCH, sem qualquer arrimo no objecto deste processo; Tanto basta para considerar quaisquer elementos obtidos através de pesquisas estranhas ao objecto do processo como ilegais, porquanto desprovidas da necessária legitimação por via do objecto do mandado com base no qual foram efectuadas;

MMM) Aliás, o regime do artigo 20.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Concorrência apenas poderá ser aplicado nos casos em que, nas palavras do Tribunal de Justiça, a AdC tenha tomado conhecimento dos indícios de prova de outras infracções que não se integram no objecto dos mandados de forma *verdadeiramente casual*; O que, como se demonstrou de forma cristalina, não foi de todo o que sucedeu;

NNN) Após procurar informação estranha ao objecto do processo, a AdC recolheu informação que lhe permitiu **formular uma nova notícia** de infracção e submetê-la ao Ministério Público para emissão de novos mandados;

OOO) Ora, as buscas e apreensões hão-de ser **funcionalmente orientadas** à descoberta de prova da prática da infracção que as motivam e **não meros meios para justificar legalmente o acesso a um espaço físico e digital no qual nada nem ninguém está a salvo de qualquer diligência probatória**;

PPP) Assim sucede em geral, mas muito em particular nas diligências de pesquisa e apreensão realizadas em ambiente digital, uma vez que o *software* utilizado para fazer estas pesquisas promove cada vez mais conhecimentos não relacionados com o objecto da investigação, o que deve tornar especialmente exigente a admissibilidade da sua valoração;

QQQ) A *necessidade* da realização destas diligências probatórias tem por referência a *necessidade* de obtenção de prova para as *concretas* infracções que constituem a delimitação temática do processo, nos termos

11



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

do disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), *in fine*, e não, em geral, para quaisquer infracções potencialmente existentes, ainda que da mesma nem sequer existam suspeitas;

RRR) Caso da sua realização resultem conhecimentos fortuitos, o critério para a admissibilidade da respectiva valoração há-de ser encontrado por referência (i) ao objecto da investigação, (ii) à amplitude dos termos utilizados para a pesquisa em relação ao volume de documentação pesquisada e (iii) ao carácter efectivamente *fortuito* da descoberta;

SSS) Assim, sempre que as descobertas extravasem (i) o objecto da investigação e (ii) tenham na sua génese a utilização de termos tão amplos que os tornem especialmente susceptíveis de resultarem na descoberta de informação que extravase esse objecto e/ou (iii) haja suspeitas de que a descoberta não foi verdadeiramente fortuita mas antes direccionada – ou, socorrendo-nos do paralelo com o direito penal substantivo, haja suspeitas de que a informação foi obtida na sequência de uma conduta do investigador em que este representou seriamente a possibilidade da descoberta e se *conformou* com ela –, então, deverá a informação ser absolutamente desconsiderada, mesmo como nova notícia da infracção;

TTT) Quando os termos utilizados numa pesquisa informática que incide sobre uma quantidade especialmente elevada de informação tenham de ser (por necessidade da investigação), na sua formulação, suficientemente amplos para permitirem obter uma quantidade elevada de informação não directamente relacionada com o processo, deverá o investigador (i) delimitar, tanto quanto possível, os termos da pesquisa de modo a evitar uma excessiva amplitude e, (ii) ater-se à visualização e análise da informação que (ii.1) encontra relação directa com o processo ou, no mínimo, (ii.2) não é evidentemente alheia ao seu objecto;

UUU) A necessidade de o mandado que determina diligências de busca delimitar o objecto das mesmas, e de a AdC respeitar escrupulosamente os termos do mandado, resulta também da jurisprudência europeia e, bem assim, dos princípios gerais da União Europeia, em particular o *princípio da protecção dos direitos de defesa* e o *princípio da protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera privada das pessoas singulares e colectivas*, sempre que a Autoridade age em aplicação do artigo 101.º do TFUE;

VVV) Ora, dos (pelo menos) quarenta e um termos de pesquisa utilizados pela AdC nas buscas às instalações das Requerentes no Porto, apenas dois apresentam alguma relação com o objecto do processo (eventuais condutas ilegais praticadas pela UNICER ou relativamente aos produtos ou às áreas de negócio em que esta empresa está activa), e permitiam circunscrever as buscas ao objecto definido pelos mandados de 2 de Fevereiro de 2017;

WWW) Assim, não é possível sustentar que a AdC “tomou casualmente conhecimento”, nas buscas realizadas nos dias 7 e 8 no Porto e no dia 10 em Carnaxide, dos indícios que lhe permitiram solicitar, e obter, os segundos mandados;

XXX) Resulta pois do acima exposto que, ao proceder como procedeu, a AdC violou os termos dos primeiros mandados e consequentemente violou também o princípio da protecção dos direitos de defesa e os direitos à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e à reserva da intimidade da vida privada, ao

12



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

mesmo tempo princípios constitucionais de direito português (com consagração expressa nos artigos 32.º, n.º 10, 34.º, n.º 4, 26.º e 11.º, n.º 2, da Constituição) e princípios gerais do direito da União Europeia;

YYY) Os conhecimentos assim obtidos, nem são fortuitos nem são de investigação, já que resultaram da procura activa de informação adicional que permitisse alargar os mandados;

ZZZ) Por outro lado, não são de investigação também porque não respeitam a uma “*mesma situação histórica de vida*”, tal como o conceito deve ser interpretado, sob pena de, comungando-se da opinião da AdC, se considerar que poderia ser investigados e valorados conhecimentos sobre relação comercial de todas as Visadas com qualquer fornecedor, ocorridas entre 2007 e 2016, sem limitação quanto ao seu teor, natureza ou contexto;

AAAA) Entendimento diverso, no sentido em que a AdC pode pesquisar, analisar e apreender todos os documentos que entender, mesmo sem qualquer relação com o objecto do processo investigado, resultará em inconstitucionalidade material das normas consagradas nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e 20.º, n.º 3, da Lei da Concorrência, por violação das normas consagradas nos artigos 32.º n.ºs 1, 2, 5, 8 e 10 e 34.º da Constituição da República Portuguesa;

BBBB) De inconstitucionalidade seriam feridas as mesmas normas e ainda a norma constante do artigo 20.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, se for acolhido o entendimento de que as apreensões da AdC podem ser validadas pelo Ministério Público quando resultem de uma pesquisa informática genérica, sem relação directa com o objecto do processo em causa e sem que os funcionários daquela Autoridade se abstenham de analisar o conteúdo de documentos que manifestamente nada têm que ver com o objecto do processo; Tudo por violação, pelo menos, das normas consagradas nos artigos 32.º n.ºs 1, 2, 5, 8 e 10 e 34.º da Constituição da República Portuguesa;

13

CCCC) A consequência do que acima se referiu é, naturalmente, a da nulidade das apreensões dos documentos acima identificados – e de outros eventualmente apreendidos em moldes semelhantes –, nos termos do disposto nos artigos 118.º e 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP (aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-Ordenações e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), e, bem assim, por força directa do preceito do artigo 18.º, n.º 2, da CRP;

DDDD) Ademais, a apreensão de documentos que extravasem o objecto do processo, com base em pesquisas realizadas com recurso a termos propositadamente amplos, é violadora do princípio da proporcionalidade, em particular no subprincípio do carácter restritivo das restrições, pelo que, também por essa via, se impõe a sua nulidade;

EEEE) A consequência da nulidade das apreensões é, naturalmente, para além da invalidade do acto, a invalidade dos actos que dele dependerem (cf. artigo 122.º, n.º 1, do CPP e 18.º, n.º 2, da CRP);

IV

A nulidade dos segundos mandados por indeterminação do seu objecto

FFFF) Os mandados de 10 de Fevereiro de 2017 ampliaram muito significativamente o âmbito das buscas e apreensões autorizadas à AdC no processo PRC/2016/4;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

GGGG) Foram, por isso, interpretados pela AdC como abrangendo todos os produtos comprados e vendidos pelas Requerentes e autorizando esta a buscar e apreender documentos que digam respeito a qualquer empresa fornecedora das Requerentes;

HHHH) Os elementos recolhidos pela AdC durante o inquérito que estiveram na origem da emissão dos segundos mandados nunca poderiam dizer respeito a todos os fornecedores das Requerentes, a todos os sectores de actividade ou a todos os mercados onde esses fornecedores estão presentes, teriam sempre de dizer respeito a determinados fornecedores, a determinados produtos e a determinados sectores ou áreas de actividade;

IIII) Não resta pois qualquer dúvida que os mandados do Ministério Público autorizaram um exercício de “pesca” de eventuais infracções (as já referidas *fishing expeditions*), que não apresenta, nem poderia apresentar, qualquer ligação com os supostos novos elementos entretanto coligidos pela Autoridade;

JJJJ) Os segundos mandados são igualmente ilegais por violarem o direito da União Europeia, designadamente o artigo 101.º do TFUE e os princípios gerais de direito da União, tal como interpretados pela jurisprudência dos tribunais europeus, desde logo porque não indicam qualquer possível mercado, ou sequer qualquer sector da actividade económica, relativamente aos quais a AdC dispunha, a 10.02.2017, de indícios suficientemente sérios de possíveis infracções para fundamentar diligências de busca e apreensão, nem permitem de modo algum às Visadas aferir quais os produtos, fornecedores ou sectores que poderão ser abrangidos pela busca e se a AdC dispõe de indícios suficientemente sérios sobre os mesmos, nem tão-pouco a este Tribunal exercer o seu controlo judicial sobre a legalidade dos referidos mandados e a actuação da AdC em sua execução;

KKKK) A AdC deveria dispor de indícios suficientemente fundados que justificassem a expansão das suas diligências de busca e apreensão a todos os restantes fornecedores das Requerentes, e a todos os outros produtos alimentares e não-alimentares por estas comercializados, para permitir que o mandado fosse válido e as diligências subsequentes lícitas;

LLLL) Assim, e também por esta via, impõe-se a conclusão de que os mandados emitidos pelo Ministério Público a 10 de Fevereiro de 2017 são ilegais, não só por violação do artigo 18.º, n.º 2, da CRP mas também por violação do artigo 101.º e dos princípios gerais de direito da União Europeia, o que deverá reflectir-se na (in)validade da prova obtida através dos mesmos;

MMMM) A circunstância de a AdC ter executado as buscas suportada num mandado de busca e apreensão indeterminado e indeterminável – além de que geneticamente associado a conhecimentos fortuitos ilegais – torna também, por si só, inválidas as buscas realizadas;

NNNN) Uma vez que todos os referidos mandados foram emitidos igualmente ao abrigo do artigo 101.º do TFUE, na eventualidade de o Tribunal ter dúvidas quanto à interpretação a dar, nos presentes autos, aos princípios gerais do direito da União aplicáveis, em particular o princípio da protecção dos direitos de defesa e o princípio da protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera privada de uma pessoa **(no sentido de com aqueles ser incompatível a apreensão de prova, tal como a mesma ocorreu no presente caso)**, as Recorrentes **sugerem desde já ao Tribunal** que apresente um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça, nos termos e para o efeitos do artigo 267.º do TFUE.

14



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

4. Terminaram, **requerendo a procedência do presente recurso de impugnação, e que, em consequência, seja:**

a) Declarada a nulidade da prova obtida, directa ou indirectamente, através da apreensão de correspondência electrónica nas instalações da Requerente, nos termos do disposto nos artigos 126.º, n.º 3, do CPP, (aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência) e 18.º, n.ºs 2 e 3, 34.º, n.º 4, 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8, da CRP, ou, no mínimo, ser declarada a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º, do CPP; ou, assim não se entendendo;

b) Declarada a nulidade de toda a apreensão de correspondência electrónica efectuada sem mandado judicial, nos termos do disposto no artigo 179.º, n.º 1, do CPP, ou, no mínimo, ser declarada a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º, do CPP; ou, assim não se entendendo;

c) Declarada a nulidade das apreensões de correio electrónico e outros documentos que extravasem o objecto dos primeiros mandados de busca e apreensão nos termos do disposto nos artigos 118.º e 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP (aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), e, bem assim, do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, ou, no mínimo, ser declarada a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º, do CPP; e/ou;

d) Declarada a inexistência dos mandados do Ministério Público por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto nos artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 4, da CRP, ou, assim não se entendendo, a respectiva nulidade, e/ou;

e) Declarada a nulidade ou a irregularidade dos mandados emitidos a 10 de Fevereiro de 2017, por força do disposto no artigo 122.º, do CPP (aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), e, bem assim, das buscas e apreensões realizadas em sua execução, e/ou;

f) Declarada a nulidade dos Mandados emitidos a 10 de Fevereiro de 2017 e, bem assim, das buscas e apreensões executadas abrigo dos mesmos, por violação do artigo 101.º TFUE, dos princípios gerais de direito da União Europeia e dos artigos 18.º, n.º 2 e 32.º, n.º 10, da CRP, bem como nos termos do artigo 120.º, n.º 2, al. c) e 126.º, n.º 3, do CPP, ou, no mínimo, ser declarada a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º, do CPP;

g) Na eventualidade de o Tribunal ter dúvidas sobre a interpretação a dar aos princípios gerais do direito da União aplicáveis, em particular o princípio da protecção dos direitos de defesa e o princípio da protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera privada de uma pessoa (no sentido de com aqueles ser incompatível a apreensão de prova, tal como a mesma ocorreu no presente caso), deverá apresentar um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça, nos termos e para os efeitos do artigo 267.º do TFUE.

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.

15



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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

7. Por ter sido tempestivamente interposto, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, **foi proferido despacho a admitir o presente recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa proferida em 24.01.2019, no âmbito do PRC/2016/04, interposto por Modelo Continente Hipermercados, S.A. e Continente Hipermercados, S.A., em harmonia com o disposto no art.º 85.º do NRJC.**

8. Considerando que o *novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO (MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, LEI DA CONCORRÊNCIA, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822)*; considerando que a decisão recorrida se refere ao indeferimento de requerimentos das visadas/recorrentes que arguiram, no essencial, invalidades e outros vícios da execução do mandado de busca e apreensão; considerando a competência do Ministério Público junto da Comarca de Lisboa para conhecer da invalidade, ilegalidade e irregularidade das diligências de busca e apreensão conexas com o mandado; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, considerando que a tramitação regular do PRC/2016/04 não põe em causa o efeito útil da impugnação interlocutória mesmo em caso de procedência total, **foi proferido despacho a fixar efeito meramente devolutivo aos presentes recursos.**

9. Compulsando os termos da motivação do recurso e atendendo ao objeto da decisão administrativa em causa – *ilegalidade de apreensão de correio eletrónico na Lei da Concorrência; inadmissibilidade da valoração dos conhecimentos fortuitos e o efeito-à-distância relativo à apreensão de 6 mensagens de correio eletrónico nos dias 7 e 8 de Fevereiro de 2017; nulidade dos mandados por indeterminação do seu objeto*, afigurando-se nos suscetível 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 as visadas/recorrentes, o Ministério Público e a AdC para que, em 10 dias e querendo,**

16



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respetiva concordância.

10. Regularmente notificada, as visadas/recorrentes vieram declarar opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 06-06-2019 – ref.^a 37676), tendo procedido ao pagamento da respetiva taxa de justiça.

11. Em conformidade, designou-se dia para a realização da audiência de julgamento, com determinação do âmbito da prova a produzir (cfr. despacho de 17-06-2019), a qual decorreu com inteira observância do legal formalismo (cfr. respetiva ata de julgamento).

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

12. Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada, por admissão expressa das visadas/recorrentes e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos autos principais e do apenso J³, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contraordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à emissão do mandado e efetivação da diligência de busca e apreensão:

A. A AdC instaurou processo de contraordenação, sob a referência interna PRC/2016/04 por práticas restritivas da concorrência, em que são visadas as sociedades **Modelo Continente Hipermercados, S.A.** e **Continente Hipermercados, S.A.**, tendo sido, posteriormente, foi extraída certidão do referido processo e determinada a abertura de

³ Mandado de busca e apreensão de 2 de Fevereiro de 2017 nas instalações das visadas em Carnaxide e no Porto, de fls. 188 e 189; Despacho de autorização de busca e apreensão de 10 de Fevereiro de 2017, de fls. 190 a 192; Mandado de busca e apreensão de 10 de Fevereiro de 2017 nas instalações das visadas em Carnaxide e no Porto, de fls. 194 e 195; Despacho de autorização de busca e apreensão de 2 de Fevereiro de 2017, de fls. 196 a 198; auto de notificação de fls. 200 e 201 e de fls. 206 e 207; autos de suspensão de fls. 212 a 327; auto de apreensão de fls. 329 a 336; requerimento de 08.02.2017 apresentado pela CH de fls. 338 a 343; requerimento de 10.02.2017 de fls. 345 a 347; requerimento de 3.03.2017 apresentado pela MCH e pela CH de fls. 352 a 418; requerimento de 7.04.2017 apresentado pela MCH e pela CH de fls. 420 a 421v; requerimento de 2.05.2017 apresentado pela MCH e pela CH (datado de 28.04.2017) de fls. 423 a 425; requerimento de 16.05.2017 apresentado pela MCH e pela CH (datado de 15.05.2017) de fls. 427 a 429; requerimento de 30.05.2017 apresentado pela MCH e pela CH (datado de 29.05.2017) de fls. 431 a 433; Ofício da AdC com a Ref.^a S-AdC/2019/1084 de fls. 435 a 454.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

inquérito de outros quatro processos contraordenacionais onde são visadas as empresas Recorrentes: PRC/2017/4, PRC/2017/5, PRC/2017/7 e PRC/2017/13.

B. No âmbito do processo de contraordenação PRC/2016/04, as visadas/recorrentes foram alvos de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada por esta Autoridade entre os dias **7 de fevereiro e 3 de março de 2017** em cumprimento dos mandados emitidos pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datados de **2 de fevereiro de 2017** e de **10 de fevereiro de 2017** (de alargamento do objeto do mandado).

C. Pode ler-se no despacho do Ministério Público de **02.02.2017** que: *“aquelas práticas consubstanciam-se no alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela Unicer a cadeias de distribuição alimentar, hipermercados, supermercados e lojas discount. Existem indícios de acordos sobre os preços a praticar estabelecidos entre a UNICER e determinadas empresas de distribuição alimentar. Tais acordos abrangem um período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016).*

D. O mandado emitido pela Exma.; Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de **02.02.2017**: *“Manda que (...) seja passada **BUSCA (...) PARA EFECTIVA APREENSÃO** de cópias ou extractos de escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico já abertas (...) apreensão de computadores quer se encontrem em local acessível ao público ou reservado”.*

E. Pode ler-se no despacho do Ministério Público de **10.02.2017** que: *“Durante as diligências em curso na SONAE foram encontradas mensagens de correio eletrónico já abertas que sugerem que a prática de alinhamento de preços de venda ao público dos produtos fornecidos pela UNICER envolvendo cadeias de distribuição alimentar poderá existir também quanto a outros fornecedores de bebidas que não este grupo económico e a fornecedores de produtos de cosmética, higiene e beleza. (...) estes emails indiciam as seguintes práticas: 1. Fixação ou alinhamento de preços de venda ao público de vinhos fornecidos pela NIEPOORT (vinhos) S.A. e não pela UNICER; 2. Fixação e/ou alinhamento de preços de venda ao público de produtos para bebé fornecidos pela JOHNSON&JOHNSON, LDA.; 3. Fixação ou alinhamento de preços de venda ao público de*

18



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

produtos de cosmética higiene e beleza fornecidos pela GLAXOSMITHKLINE CONSUMER HEALTHCARE PRODUTOS PARA SAÚDE E HIGIENE, LDA.”.

F. O mandado emitido pela Exma.; Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de **10.02.2017**, “*Manda que (...) seja passada **BUSCA (...) PARA EFECTIVA APREENSÃO** de cópias ou extractos de escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico já abertas (...) apreensão de computadores quer se encontrem em local acessível ao público ou reservado*”.

G. As diligências em causa foram cumpridas por funcionários da AdC devidamente credenciados para o efeito.

H. Tais diligências iniciaram-se com a notificação às visadas/recorrentes, na pessoa dos seus legais representantes, dos mandados e respetivos despachos de fundamentação do Ministério Público.

I. A diligência foi acompanhada pelos advogados das visadas/recorrentes.

J. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários e colaboradores das visadas, tendo-se procedido à apreensão de 2974 ficheiros de correio eletrónico aberto em **3 de março de 2017**.

K. Durante e após o termo das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, as visadas apresentaram, em 08.02.2017 (entregue com o respetivo auto de suspensão), em 10.02.2017 (entregue com o respetivo auto de suspensão), em 03.03.2017 (entregue com o respetivo auto de apreensão), em 07.04.2017, em 02.05.2017, em 16.05.2017 e em 30.0.2017, nos termos dos quais vieram invocar um conjunto de nulidades respeitantes a: (i) ilegalidade de apreensão de correio eletrónico ao abrigo da Lei da Concorrência; (ii) inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos e do efeito-à-distância; (iii) ilegalidade dos segundos mandados por indeterminação do objeto; (iv) violação do direito de defesa.

L. Nos requerimentos apresentados em 07.04.2017, em 02.05.2017, em 16.05.2017 e em 30.0.2017, as visadas/recorrentes reiteram os requerimentos precedentes e requerem a tomada de posição expressa sobre o requerimento de 03.03.2017.

M. A AdC, por decisão de 22 de março de 2019, com a referência S-AdC/2019/1084 indeferiu os requerimentos apresentados em 08.02.2017, em 10.02.2017, em 03.03.2017, em 07.04.2017, em 02.05.2017, em 16.05.2017 e em 30.0.2017, com o fundamento de que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

deveriam ter sido dirigidos ao órgão que praticou o ato, conhecendo, subsidiariamente, das nulidades invocadas, indeferindo-as.

*

N. No decurso das diligências de exame e recolha, os funcionários da AdC devidamente credenciados procederam à execução do mandado no local, realizando nomeadamente ações de pesquisa e análise de documentos potencialmente relevantes para a investigação, contidos nas cópias obtidas dos discos rígidos dos computadores dos colaboradores das visadas 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 eletrónico aberto e/ou lido.

O. Mercê das operações de pesquisa, as listas de resultados eram consultadas pelos funcionários da AdC, aferindo do seu teor e relevância para o objeto do mandado e por recurso, quando necessário, à leitura parcial ou integral do seu conteúdo, sem qualquer limitação temporal por referência ao ano de 2016.

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

Q. No final das operações de pesquisa, exame e recolha, e previamente à apreensão de documentos, a AdC fez correr um filtro que automaticamente excluía correio eletrónico não lido ou por abrir, ou que fosse remetido ou destinado aos endereços eletrónicos dos advogados indicados pela visada.

R. A AdC não guarda ou mantém qualquer lista das mensagens de correio eletrónico pesquisadas pelos seus funcionários ou dos termos de pesquisa.

S. No decurso da pesquisa informática realizada ao computador da Senhora Dra. [REDACTED], Diretora Comercial da MCH, foi ordenada a apreensão de 6 (seis) mensagens de correio eletrónico⁴, por alegadamente

⁴ *E-mail* de 15.10.2014, com o assunto «RE: Jumbo Cascais — levantamento de gama e shopping», com 2 páginas; *E-mail* de 25.07.2015, com o assunto «FW: Vinhos Norte I Incremento da atividade comercial com o Modelo Continente Hipermercados, S.A.», com 4 páginas; *E-mail* de 17.12.2015, com o assunto «FW: Reunião SCC @ Sonae», com 6 páginas; *E-mail* de 01.12.2014, com o assunto «FW: Nieceport I PVPs Cave — feedback



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

constituírem indícios de outra infração às regras da concorrência», tendo sido determinada a selagem das referidas cópias para posterior validação pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

T. Aquando da formulação do requerimento de 03.03.2017, as visadas não tinham conhecimento do teor e conteúdo completo do despacho de 10.02.2017, nomeadamente quanto à identificação dos fornecedores de bebidas que não a UNICER e de produtos de cosmética, higiene e beleza e na parte em que identifica os indícios quanto às concretas práticas restritivas de concorrência.⁵

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

13. O juiz *deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas 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*.

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

- A decisão de 22 de março de 2019, que indeferiu os requerimentos apresentados pelas visadas a 03.03.2017, 07.04.2017, 02.05.2017, 16.05.2017 e a 30.05.2017 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?

*

urgente», com 3 páginas; *E-mail* de 5.01.2016, com o assunto «Re: Pedido validação alteração pvp — folheto S02»; *E-mail* de 26.06.2015, com o assunto «FW: Folheto Pingo Doce 25 a 29 de Junho.

⁵ Trata-se de circunstância factual instrumental sugerida pelas visadas no debate sobre o documento de trabalho entregue pelo Tribunal em audiência e que não mereceu oposição por parte do Ministério Público ou da AdC. Na altura da realização das diligências de busca o PRC encontrava-se em segredo de justiça com outras diligências a ocorrerem junto de outros fornecedores, posteriormente levantado com a emissão da 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 71/18.3YUSTR-J

15. *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 interlocutória da AdC de 24.03.2019 e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial.

16. 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

17. O que vale por dizer que o NRJC há de configurar lei especial que afasta a necessidade de aplicação subsidiária para o processo contraordenacional 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 autossuficiente no que respeita aos meios de aquisição de prova, à intervenção das autoridades judiciais, à competência instrutória da autoridade administrativa, aos meios de reação interlocutórios e ao direito de defesa durante a fase organicamente administrativa do procedimento.

18. Neste sentido, o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC⁶ encerra uma *afirmação derogativa da amplitude recursiva do art.º 55.º do R.G.CO.*, enquadrada por um regime processual e autónomo, o qual, entre o mais, faz depender o interesse e a legitimidade recursiva da preexistência de um ato decisório ou de uma atuação de conteúdo decisório por parte da AdC.

19. Por consequência, a visadas/recorrentes, ao pretender recorrer, parcialmente, com fundamento na invalidade, ilegalidade e irregularidade dos atos preparatórios e de execução

⁶ 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

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

antecedentes de uma decisão de apreensão – pretende fazer retroagir, *contra legem*, a tutela recursiva interlocutória, defraudando o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC e no sentido em que o objeto da sua impugnação são aqueles atos executórios do mandado de busca e apreensão.

20. Ainda assim, uma vez que a medida ou despacho interlocutório cuja impugnação foi admitida é a decisão referida que indeferiu os requerimentos apresentados pelas visadas no decurso e após as diligências de busca e apreensão, 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 ato decisório procedimental da autoridade administrativa, sequente das diligências probatórias, mas que com elas não se confundem.

23

21. 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 22.03.2019, proferida na sequência das diligências de busca e apreensão efetuadas entre os dias 7.03.2017 e 3.03.2017 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 28 de novembro e 21 de dezembro de 2018 em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

22. Este Tribunal e signatário têm sido recentemente chamados a 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 da Comarca de Lisboa.

23. 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**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-J

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 objeto de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, com trânsito em julgado quanto à decisão do apenso E do processo n.º 71/18.3YUSTR por via do Acórdão proferido a 13-02-2019 (que confirmou a decisão recorrida), e do apenso D do processo n.º 71/18.3YUSTR, por via do Acórdão proferido a 08-05-2019 (que revogou a decisão recorrida).

24. Estes elementos de contexto judicial não refletem, 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. 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.

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

26. Efetivamente, a visadas/recorrentes 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 procedimental**, no final da diligência, de apreender os documentos tidos como relevantes para a investigação das práticas restritivas da concorrência.

27. Efetivamente, a visadas/recorrentes suscitou perante a AdC a invalidade do mandado e da apreensão, provocando a emissão de uma decisão interlocutória, logo após a própria **decisão procedimental**, no final da diligência, de apreensão dos documentos tidos como relevantes para a investigação das práticas restritivas da concorrência.

28. 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

24



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

*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)”.
25*

29. 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*.

30. 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.**

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

32. 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.

33. *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.

34. 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 objeto de validação.

35. 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.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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

37. 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 judiciais competentes em matéria criminal.

38. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da impugnação da **decisão interlocutória de 22.03.2019**, prende-se com o entendimento das visadas, 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, de sigilo profissional de advogados, e com o direito de defesa neste processo.

39. O centro nevrálgico desta posição das visadas/recorrentes 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 e à validação subsequente dos documentos apreendidos.

40. 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 eletrónicos, tais direitos do sujeito visado devem ser compulsados, efetuando-se um juízo de concordância e que ordene, por admissível, a lesão de tais direitos perante os interesses da investigação.

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

42. Neste sentido, **torna-se imperativo afirmar que a preterição dos direitos de sigilo da correspondência, de sigilo profissional de advogados, ou até do direito à intimidade da vida privada, foi necessariamente cotejada pela autoridade judiciária na**

26



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

emissão do mandado de autorização das buscas e apreensão e posteriormente pela validação da apreensão.

43. Além do direito de defesa a apreciar infra, a visadas/recorrentes não identifica qualquer outro núcleo de direitos afetado pela diligência de busca e apreensão e que não esteja abrangido pela autorização/validação judicial do Ministério Público.

44. 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) a F) dos factos provados, e que visaram, precisamente, a articulação dos direitos aqui arguidos com as finalidades de investigação de práticas restritivas da concorrência.**

27

45. Exemplo de jurisprudência não procedente da nossa posição (a única até presente ao momento) foi a recente pronúncia da Tribunal da Relação de Lisboa exarada no Acórdão de 08-05-2019 **apenso D do processo n.º 71/18.3YUSTR.**

46. Neste aresto o Tribunal da Relação utiliza um critério diferente daquela separação entre objeto e execução.

47. Efetivamente, no Ac. de 08-05-2019 a Relação de Lisboa: i) julgou parcialmente provido o recurso, revogando a decisão recorrida nos segmento em que se declarou incompetente para conhecer da invalidade dos dois despachos a AdC, declarando o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão competente para conhecer das invalidades dos despachos proferidos nos presentes autos; ii) manteve a decisão recorrida quanto à 1.ª questão; e iii) julgou prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelas recorrentes.

48. Todavia, guardando o devido respeito e tentando o integral respeito com o Acórdão, este Tribunal, nos **pontos 20. a 22. da decisão recorrida do apenso D**, já se havia declarado materialmente competente para conhecer do recurso interlocutório das decisões referidas nos **pontos K) e L) dos factos provados - decisões interlocutórias de 16 e 17 de maio de 2018 (Ofícios com a referência S-AdC/2018/1055 e S-AdC/2018/1079).**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

49. Ou seja, na decisão revogada, o Tribunal já havia aceiteado a sua competência para conhecer das invalidades das decisões interlocutórias da AdC proferidas no respetivo PRC.

50. O que se quis enunciar na decisão revogada foi o fundamento que essa competência material não abrangia a competência material para decidir as invalidades invocadas quanto ao mandado e da execução do mandado pela AdC – cfr. **pontos 54.; 106. e 114. da decisão.**

51. O mesmo Acórdão concorda expressamente com a decisão revogada, designadamente quanto ao juízo enunciado no **ponto 54. da decisão revogada** – cfr. fls. 38 do Acórdão, segunda coluna (versão pdf).

52. Por outro lado, o Acórdão deve ser entendido no sentido em que atribui competência a este Tribunal para conhecer dos fundamentos das invalidades respeitantes à invalidade dos atos da AdC que digam respeito às invalidades do mandado e do despacho de autorização do mandado emitido pelo Ministério Público, e na medida em que dispõem de recursividade autónoma.

53. Assim, de acordo com aquele aresto, *este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica própria, exclusiva e autónoma para sindicar as decisões das autoridades judiciais competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC* (ponto 54. da decisão revogada) **mas** dispõe de competência para sindicar a decisão de apreensão da AdC se o mandado de busca e apreensão ou despacho de autorização do Ministério Público padecerem de invalidades, a apreciar neste Tribunal e em fase interlocutória.

54. Esta pronúncia encerra um enviesamento tautológico e no sentido em que, para o que importa na instância interlocutória, este Tribunal de primeira instância colocar-se-á na posição de sindicat o mandado e o objeto do mandado, em direta concorrência com o Ministério Público e/ou com o Juiz de Instrução Criminal, criando um evidente risco de sobreposição de competências, de decisões contraditórias e de preterição de caso julgado ou de caso decidido.

55. É, por isso e por tanto, que aqui reiteramos novamente as razões e fundamentos da nossa posição, concretizada no axioma de que este Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não pode deter uma competência concorrente de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

1.ª instância com as autoridades judiciárias criminais que detêm, por sua vez, a exclusiva competência para autorizar e validar as apreensões de correio eletrónico.

56. Se assim for, o que disser este Tribunal sobre a apreensão de correio eletrónico em diligências de busca e apreensão será absolutamente insuscetível de afetar o mesmo exercício de competência por aquelas autoridades, de entre as quais o Ministério Público que autorizou a apreensão de correio eletrónico e a validação de correio eletrónico não abrangido pelo mandado inicial.

*

57. 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 NRJC⁷ 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 efetuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte - LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 209.

29

58. 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 proteção qualificada de espaços domiciliários ou equiparados (dependência fechadas, escritórios de advogados ou consultórios) e de apreensão de documentos - cfr. artigos 19.º⁸, 20.º⁹ e 21.º¹⁰ do NRJC - em linha com os poderes de investigação criminal.**

⁷ 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.

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

59. Por via da tutela e da dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexas com a proteção 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 contraordenacional e no âmbito do NRJC.

60. 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 proteção 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.

61. 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,

30

despacho deve ser proferido no prazo de 48 horas, identificando o objeto e a finalidade da diligência, fixando a data em que esta tem início e indicando a possibilidade de impugnação judicial. 5 - A 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.

⁹ *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.*

¹⁰ *É competente para autorizar as diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e nos artigos 19.º e 20.º o Ministério Público ou, quando expressamente previsto, o juiz de instrução, ambos da área da sede da Autoridade da Concorrência.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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.

62. Como tal, a proposta de enquadramento processual para a procedência a ilegalidade de apreensão de correio eletrónico, defendida pela visadas/recorrentes, incorre numa grosseira ab-rogação do regime processual, cujas consequências significariam a subversão total do regime de aquisição probatória transversal ao Direito Público Sancionatório.

63. 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.

64. Assim, este Tribunal, o qual **não dispõe de qualquer competência própria, exclusiva e autónoma** para deferir diligências probatórias invasivas e lesivas de direitos, liberdade e garantias, **ver-se-ia instituído num poder horizontalmente paralelo do Juiz de Instrução mas hierarquicamente superior no que importasse à revisão, sindicância e aferição da sua legalidade/ilegalidade.**

65. 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 ação penal.

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

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

68. Todavia, no NRJC o legislador não deixou qualquer margem de dúvida no sentido em que confere às autoridades judiciárias competentes em matéria criminal – Ministério



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

Público e Juiz de Instrução – a competência para o deferimento de diligências de busca e apreensão de documentos.

69. 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.

70. 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 respetiva autorização**, há de servir para acolher a pretensão da visadas/recorrentes de sindicância da validade, legalidade e regularidade dos mandados de busca e apreensão, emitidos no âmbito de medida restritiva determinada em processo contraordenacional.

71. 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 ato respeitante ao *inquérito* perante o Ministério Público, mediante despacho passível de reclamação para o respetivo superior hierárquico – neste sentido e analisando diferente casuismo inerente à autonomia de atuação 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 FERREIRA¹¹ e Ac. RP de 02-11-2005, proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA¹², Ac. RG de 05-12-2016, proc. 823/12.8PBGMR.G1,

¹¹ 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.*

¹² Sumário: *Na fase de inquérito, fora das situações previstas nos artigos 268º e 269º do CPP98, o Juiz não pode conhecer da arguição de nulidades.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

relator PAULA ROBERTO¹³; Ac. RG de 20-09-2010, proc. n.º 89/09.7GCGMR.G1, relator TERESA BALTAZAR¹⁴, todos disponíveis em dgsi.pt.

72. Este regime de sindicância, em glosa qualificada naqueles arestos¹⁵, acarreta uma consequência interpretativa *a fortiori ratione*, no sentido em que, se no processo criminal o exercício de competências probatórias restritivas de direitos, liberdade e garantias pelo Ministério Público se encontra salvaguardado por aquele regime de sindicância corresponsivo da sua autonomia e domínio do inquérito, **tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão pudesse intervir no controlo dessa atividade além daquilo que o Juiz de Instrução pode nos termos da lei processual penal.**

73. Assim, admitir que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão, o qual não dispõe de qualquer competência para decidir medidas probatórias restritivas ou coativas, 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 Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

74. Em suma, **também com a construção alegatória propugnada pelas visadas/recorrentes o processo contraordenacional 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**

¹³ Sumário: I) O Ministério Público goza de independência e autonomia que não se compadecem com ordens concretas de um juiz no sentido do suprimento de uma determinada irregularidade por parte daquele. II) Daí que por falta de fundamento legal, não pode o juiz determinar a devolução dos autos ao Ministério Público para sanção de irregularidade concretizada numa notificação ao arguido de uma incorrecta identificação do defensor que lhe foi nomeado.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 M.º P.º em fase de inquérito, desde que tempestivamente arguida”, e que “tal entendimento não viola a autonomia do Ministério Público, pois que a mesma não pode ser confundida com direcção do inquérito, sem qualquer controlo jurisdicional”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

sequer dispõe de norma expressa habilitante, além de contrariar o regime contraordenacional de subsidiariedade.

75. Ainda assim, entendemos que pode ser aportado um outro argumento, sequente dos precedentes e que visa trazer algum equilíbrio à proteção dos interesses das visadas/recorrentes no âmbito do processo contraordenacional.

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

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

34

78. Isto é, a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento das visadas/recorrentes 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 **ato processual tendente à utilização dessa prova** para demonstração da infração, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude.

79. Em sede de alegações finais de julgamento, as visadas, com a devida cortesia e lisura, fizeram menção a este nosso *critério de competência*, dando-o por respeitado nos presentes autos porquanto a prova obruta na execução dos mandados terá integrado a nota de ilicitude.

80. Ora, a natureza dos recursos interlocutórios fica estabilizada com a impugnação da decisão interlocutória sem prejuízo de fatores supervenientes que tornem inútil ou impertinente a pronúncia do Tribunal.

81. Deste modo, **parece-nos óbvio que nesta instância não pode nem deve estar e apreciação a tramitação ulterior do processo para a emissão da nota de ilicitude, sendo que o critério da funcionalidade normativa e processual do controlo jurisdicional tem de ser verificado no momento em que se alegam os vícios da atuação da AdC.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

82. Ora, com a mera execução do mandado e apreensão de documentos, para o que temos vindo a dizer, não ocorreu, efetivamente, qualquer ato processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infração.

83. 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 atos de prosseguimento processual do respetivo processo sancionatório e que pode, em abstrato, conduzir a uma decisão de irrelevância e desentranhamento da prova, esvaziando a ilegalidade da restrição que a visadas/recorrentes quer ver sindicada.

84. 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.

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

86. 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.

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

88. 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**

35



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC.

89. Os artigos 84.^{o16} 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.

90. 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 ato de competência jurisdicional do Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

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

92. É que certo que, *“tendo em conta a natureza das decisões proferidas pelo juiz de instrução a propósito das buscas domiciliárias e da autorização/validação das apreensões e a compreensão que delas pode resultar para os direitos, liberdades e garantia fundamentais, quer dos cidadãos (no caso das buscas domiciliárias e eventuais apreensões nelas realizadas) quer das pessoas colectivas (apreensão de documentos), tais decisões são necessariamente recorríveis”* – idem, pág. 243.

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

93. Todavia, este *desfasamento geográfico*¹⁷ da competência jurisdicional é acompanhado da ausência de *qualquer regra reguladora da impugnação das decisões proferidas pelo juiz de instrução* – idem 243, facilmente explicada por não haver, em regra e no Direito Contraordenacional, 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.

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

37

95. 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.

96. A perspetiva que é trazida pelas três sentenças proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa nos processos n.º 97/06.0TYLSB¹⁸, n.º 214/07.2TYLSB¹⁹ e n.º 219/07.3TYLSB²⁰, respetivamente 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 defendemos²¹.

¹⁷ Expressão feliz utilizada na Lei da Concorrência Anotada, Almedina, pág. 224.

¹⁸ Disponível em

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

¹⁹ Disponível em

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

²⁰

Disponível

em

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

²¹ Cfr. outra casuística referida em Revista de Concorrência e Regulação, n.º 6, Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo – *O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pág. 87 e seguintes, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%206.pdf.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

97. Na aparência, tais decisões permitiriam descobrir, em abstrato, 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.

98. Tais decisões teriam como escopo comum a admissão de que tal objeto 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 visadas/recorrentes pretende aqui ver reconhecida.

99. 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.**

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

101. Já a sentença proferida no **proc. nº 214/07.2TYLSB** conheceu apenas da questão da extemporaneidade do recurso e da equiparação da sede de pessoas coletivas 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”*.

102. Também no **proc. nº 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 atos que atingem os direitos da empresa ficassem excluídos da competência do Tribunal de Comércio, em função da natureza da matéria a apreciar”*, o que significa que aquele aresto assume como premissa argumentativa a solução contrária àquela que ficou expressamente prevista no art.º 18.º, n.º 2 e 21.º do NRJC.

38



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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

104. 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.

105. 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.**

106. Efetivamente, 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 contraordenacional e no âmbito do NRJC.

107. Ora, neste **PRC/2016/04**, a AdC limitou-se a requerer as diligências de prova e a executar o respetivo mandado, nos termos determinados pelos despachos e mandados 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.

108. Efetivamente, a visadas/recorrentes não veio impugnar, como se diz na sentença do **proc. n.º 97/06.0TYLSB**²², que *a decisão da Autoridade da Concorrência tenha sido tomada*

²² Como vimos, neste processo estava em causa mandado de busca e apreensão emitido pela própria AdC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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.

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

110. Julgamos também que os argumentos esgrimidos e/ou repetidos pelas visadas/recorrentes nada infirmam quanto a este enquadramento.

111. O argumento de *cúpula* das visadas/recorrentes 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.

112. Pelo contrário, o que as visadas/recorrentes querem discutir nesta instância para efeitos da mesma questão da legalidade da apreensão de correspondência é, efetivamente, os *despachos de autorização emitidos pelo Ministério Público*, em suma, a emissão dos mandados de busca e apreensão quanto ao âmbito da sua legalidade para autorizar a AdC à apreensão de correio eletrónico e através de medidas procedimentais de execução/preparação dessa apreensão.

113. Quando as visadas autonomizam vícios do mandado, vícios de execução e vícios de proibição de prova como diferentes vetores de impugnação estão, salvo o devido respeito, a arguir sobre o mesmo núcleo de invalidades e que mais se situam na ilegalidade da apreensão de correio eletrónico conjugado com a indeterminação dos mandados.

114. A consequência processual da proibição de valoração da prova por preterição do art.º 126.º, n.º 3 do CPP decorre, em primeira linha, da procedência daqueles vícios.

115. Sendo ilegal a apreensão de correio eletrónico, a sua valoração e aproveitamento serão proibidos, no mesmo passo em que se o mandado se tiver por indeterminado e abusivo a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

sua execução por *fishing expedition* a valoração e aproveitamento da prova documental assim obtida será proibida.

116. Por conseguinte, o **vício de proibição de prova** não consubstancia, por si só, qualquer fundamento autónomo da impugnação judicial interlocutória.

117. **O caminho trilhado de fazer incidir a impugnação sobre a apreensão dos documentos e através dos atos preparatórios ou de execução do mandado – as tais medidas de pesquisa, análise e visualização - não encerra qualquer circunstancialismo que altere o sentido das anteriores pronúncias deste Tribunal.**

118. 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.

119. 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*.

120. As visadas/recorrentes, notificadas dos respetivos mandados e despachos de fundamentação do Ministério Público para as diligências de busca e apreensão determinadas no **PRC/2016/04**, pretende que este Tribunal assumia, perante aquela autoridade judiciária, uma competência de instância superior, criando, para tanto, duas instâncias paralelas que apreciem da legalidade das diligências de busca e apreensão em processo sancionatório.

121. **No que importa, as visadas/recorrentes pretendem 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 eletrónico e aos atos procedimentais preparativos ou de execução do mandado, delimitando a amplitude do seu objeto, ao mesmo tempo que, num segundo momento, este Tribunal se substitua à autoridade judiciária repetindo a apreciação própria da autorização ou da validação.**

41



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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

123. 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 as visadas pretendem aferir do modo de cumprimento do mandado pela AdC.

124. Ainda que se subordine tais diligências a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária com proteção 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 infrações ao Direito da Concorrência.

125. Daí que o art.º 30.º, n.º 1 do NRJC acometa à AdC uma função garantística de proteção 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.*

126. 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.

127. 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.

128. Todavia, a proteção que as visadas/recorrentes invocam, além do que dissemos sobre o controlo da utilização de métodos proibidos de prova, só pode ser afirmada

42



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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.

129. 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 inculpatório²³.

130. Contudo, o que é objeto da interposição deste recurso interlocutório não é qualquer decisão sobre o valor exculpatório e inculpatório dos documentos apreendidos ou sobre o acesso das visadas a esses elementos, mas o modo como a autoridade judiciária competente – o Ministério Público da área da sede da Autoridade da Concorrência – exerceu essa competência no deferimento de diligências de obtenção de prova por busca e apreensão – *downraids* – efetuadas nas instalações da visada, mas agora da perspetiva da execução do mandado.

43

²³ Como deixámos expresso na sentença do proc. n.º 195/16.1YUSTR: “ admitimos, frontalmente, que a AdC dispõe de competência para autorizar o desentranhamento de documentos apreendidos, mesmo posteriormente à diligência de apreensão – trata-se de uma actuação plenamente conforme com a actividade de investigação e apuramento de factos com relevância sancionatória, em função do contínuo apuramento de factos ao longo do processo.

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

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

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

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

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

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

131. 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 ato da AdC, e 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 judiciais competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.

132. Tanto mais assim é, quando os fundamentos, argumentos e sustentação das nulidades têm que ver com a amplitude e alcance dos mandados quanto à apreensão de correio eletrónico e quanto às medidas procedimentais que a antecedem e não com a sua execução desconforme pela AdC.

133. Quando as visadas pretendem que este Tribunal conheça da possibilidade e cobertura legal da apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional (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.

134. Foi aquela autoridade judiciária que expressamente admitiu e autorizou a busca, exame, recolha e apreensão de cópias de mensagens de correio eletrónico abertas e lidas em quaisquer suportes informáticos ou computadores, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência – pontos B) a F) dos factos provados.

135. 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 atuação do Ministério Público da Comarca de Lisboa quando decidiu mediante uma competência **própria, exclusiva e autónoma.**

136. Por outro lado, a leitura dos despachos de fundamentação do Ministério Público, permite atender qual a finalidade probatória a alcançar – *alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela Unicer a cadeias de distribuição alimentar e alinhamento de preços de venda ao público quanto a outros fornecedores de bebidas que não*

44



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

este grupo económico e a fornecedores de produtos de cosmética, higiene e beleza, num período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016).

137. Tais práticas podem consubstanciar restrições à concorrência.

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

139. O que efetivamente não aconteceu, porquanto ambos os objetos da apreensão foram precedidos da respetiva autorização de 02.02.2017 e de 10.02.2017.

140. Sobre o âmbito material do mandado de 10.02.2017 – **cf. Conclusões FFFF) a MMMM) do recurso de impugnação**, limitam-se as visadas a arguir que tais mandados *ampliaram muito significativamente o âmbito das buscas e apreensões, acabando por abrangendo todos os produtos comprados e vendidos pelas Requerentes.*

141. Denotando a evidente vacuidade de tal imputação perante o conteúdo escrito da autorização judiciária, as visadas esclarecem que *os mandados do Ministério Público autorizaram um exercício de “pesca” de eventuais infracções.*

142. Ora, perante a inexistência de qualquer aproveitamento processual e probatório dos elementos obtidos por parte da AdC para suportar a imputação contraordenacional, apenas o Ministério Público se encontra habilitado a determinar o alcance material da sua autorização, sendo o mesmo que conhecerá da necessidade de submeter tais apreensões à validação prevista no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC, e da sua eventual preterição.

143. Por outro lado, se determinadas comunicações não abrangidas pela mandado, foram analisadas e pesquisadas pela AdC mas não apreendidas *inexiste qualquer lesão de qualquer direito das visadas porquanto essa operação procedimental de execução ou de preparação da apreensão se encontra, expressa e diretamente, coberta pelos despachos de autorização que indicam a faculdade da AdC proceder ao exame de mensagens de correio eletrónico que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem.*

144. Torna-se elementar enunciar que apenas se pode apreender aquilo que se tenha examinado previamente, sendo essa mesma atividade de seleção da relevância de

45



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

determinadas comunicações que permite reduzir o âmbito da apreensão, protegendo os próprios interesses das visadas de diligências de buscas e apreensão.

145. Atente-se que, mercê da nossa posição, abtemo-nos de avançar sobre os demais fundamentos do requerimento interlocutório da visada, nomeadamente: i. inadmissibilidade legal da busca e apreensão de correspondência eletrónica no âmbito do processo contraordenacional; ii. inadmissibilidade legal da busca e apreensão de correspondência eletrónica sem prévia autorização judicial; iii. inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos e o efeito-à-distância; iv. irregularidade, invalidade e ilegalidade das diligências de busca e apreensão por indeterminação dos despachos de autorização do Ministério Público, nomeadamente quanto ao respetivo âmbito temporal e material; v. natureza da invalidade e vi. inconstitucionalidade dos artigos 18.º, n.º 1 al. c) e 20.º, n.º 3 do NRJC

46

146. Em suma, sobre se os mandados de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público cumpriram os requisitos legais e jurisprudenciais que superintendem a estas diligências probatórias invasivas de apreensão de correio eletrónico.

147. Todos estes fundamentos da arguição da invalidade são dirigidos ao controlo da legalidade do despacho do Ministério Público que determinou a emissão dos mandados de busca e apreensão, restringidos às operações procedimentais que preparam e antecedem a apreensão.

148. Pela decisão de **22.04.2019**, a AdC, ao defender a validade, legalidade e regularidade das diligências de busca e apreensão, 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 mandados emitidos por autoridade judiciária, que não a AdC.**

149. Posto isto, como dissemos, os fundamentos da impugnação vertidos nos pontos **II. A ilegalidade da apreensão de correio eletrónico ao abrigo da Lei da Concorrência** – artigos 7.º a 57.º; **III. A inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos e o efeito-à-distância** – artigos 58.º a 92.º; **IV. A ilegalidade dos segundos mandados por indeterminação**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

do seu objeto – artigos 93.º a 104.º, visam o controlo de mérito do objeto e execução do mandado e das decisões de autorização/validação emitidas pelo Ministério Público.

*

150. Ainda que assim não fora e se admita a sindicância da execução do mandado²⁴, de forma paralela com a sindicância de que dispõe a autoridade judiciária, quanto aos atos de pesquisa, exame e visualização entendemos claramente que inexistente qualquer vício autonomizável, improcedendo qualquer invalidade da decisão de 22.03.2019.

151. Asseverado o objeto do recurso de impugnação, as visadas defendem essencialmente que a decisão impugnada é nula ou inválida porque a AdC levou a cabo medidas de pesquisa, exame e visualização que afrontam, inadmissivelmente, direitos fundamentais de proteção da correspondência em extravasamento do objeto do mandado, acedendo a elementos probatórios por via de conhecimentos fortuitos.

47

152. Em primeiro lugar, perante tais atos de execução do despacho de autorização judicial das diligências de busca e apreensão, a amplitude da impugnação da decisão de 22.03.2019 – *dirigida, no fundo, à própria impugnação da apreensão* - que as visadas trouxeram aos autos não pode obscurecer a necessidade de verificar criticamente a existência de uma lesão dos direitos da visada.

153. Assim, apesar da doutrina de referência²⁵ 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 casuismo relevante para o caso, a possibilidade recursiva de tais atos, impõe-se sublinhar que tais qualificadas opiniões não deixam de fazer menção ao critério de *lesão imediata de direitos e interesses*.

154. Ora, certamente que não se pode tresler tal critério operacional à luz de um entendimento de que a mera afetação de direitos no âmbito de uma diligência particularmente

²⁴ E não quanto ao objeto do mandado, matéria submetida à nossa expressa pronúncia nos pontos antecedentes.

²⁵ 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*, Vislis 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 71/18.3YUSTR-J

invasiva e intrusiva, como é o caso de buscas e apreensão, confere, *Ipsa facto*, o direito de obter a anulação de tais atos.

155. Na verdade, os direitos fundamentais que as visadas invocam são necessariamente direitos fundamentais postos em crise com qualquer diligência de busca e apreensão coativamente efetuada em ambiente de prova digital e/ou eletrónica, pelo que o reconhecimento desta procedibilidade recursiva deve exigir um grau mais profundo de análise hermenêutica, sob pena de defendermos que qualquer ato de colaboradores da autoridade administrativa durante tais diligências poder encerrar tal lesão processualmente relevante.

156. Neste particular, a exemplificação de possíveis atos recorríveis, que a interpretação proposta pela visada/recorrente envolve, pode conduzir, até, ao esvaziamento material da tutela jurisdicional interlocutória e na medida que bastará ocorrer compressão de um direito ou interesse durante as diligências de busca e apreensão para garantir uma via processual autónoma.

48

157. 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.

158. 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 ato cuja proteção do alcance lesivo não se encontre processualmente acautelado e que, por isso mesmo, mereça uma tutela antecipada, direta e imediata.

159. O regime de controlo e validação de autoridade judiciária, acima enunciado, vale por dizer que a proteção do sigilo de correspondência das visadas 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 contraordenacional e no âmbito do NRJC, devendo tal compressão ser necessariamente sindicada aquando da emissão do mandado e da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

respetiva autorização/validação judicial, sem prejuízo da sindicância posterior da sua validade, legalidade e regularidade.

160. Por outro lado, o exame de prova com potencial relevância em ambiente digital e/ou eletrónico por funcionários credenciados nada tange com o direito de defesa das visadas em processo contraordenacional, posto que esse ato preparatório não conforma qualquer posição processualmente relevante nem tange sequer com o objeto da imputação contraordenacional.

161. O mero visionamento de correio eletrónico e a realização de operações técnicas de pesquisa, seleção e consulta pelos funcionários credenciados da AdC, previamente à apreensão dessa prova e a qualquer ato de conteúdo decisório, nada significam para o objeto processual da imputação, dispondo as visadas sempre da possibilidade de instruir o processo com os elementos não apreendidos que considere úteis à sua defesa.

49

162. Por conseguinte, a alusão à compressão dos direitos de defesa das visadas 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.

163. **Em segundo lugar**, a pedra-de-toque apresentada pela visada/recorrente para sustentar a autonomia recursiva desta impugnação interlocutória – *tais medidas de pesquisa, exame e visualização extravasam o objeto 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 eletrónica.

164. A AdC quando procede à pesquisa, exame e visualização de correio eletrónico, encontra-se a atuar em execução da autorização judiciária conferida pelo art.º 18.º, n.º 3 al. c) do NRJC, sendo que as visadas devem colaborar com essa execução.

165. A discussão sobre se essa atuação se apresenta ilegal perante o objeto 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 abrangido pelas mencionadas vias de impugnação e de sindicância do mandado da autoridade judiciária, carecendo a tutela



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

jurisdicional, direta e autónoma, da análise, exame e visualização de elementos de qualquer utilidade.

166. Assim, o **mandado judiciário permite ou não permite tais atos de execução e recolha de prova**, resultando a conclusão da validade, legalidade e regularidade da prova recolhida dessa análise de subsunção entre ato executório e ato habilitante, análise essa que integra o objeto da tutela jurisdicional acionada pela visada.

167. A AdC, enquanto autoridade administrativa competente para a prossecução da ação contraordenacional 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 respetivo processo.

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

50

169. **Em terceiro 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.

170. Na verdade, não tinha de existir, além do mandado, qualquer restrição das buscas da AdC às eventuais informações de contexto transmitidas pelas visadas quanto aos colaboradores relevantes, aos termos de pesquisa, ao âmbito temporal ou ao material da busca.

171. Por outro lado, não tinha de existir qualquer consentimento ou validação das visadas quanto à informação a apreender, sendo que, concretamente e perante os factos carreados pela própria defesa, não existiu qualquer apreensão indevida de documentos por referência a correio eletrónico não aberto ou protegido por 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 71/18.3YUSTR-J

172. Neste particular, a posição argumentativa das visadas esteia-se na circunstância descrita no **ponto S) dos factos provados**, segundo o qual no decurso da pesquisa informática realizada ao computador da Senhora Dra. [REDACTED]

[REDACTED], Diretora Comercial da MCH, foi ordenada a apreensão de 6 (seis) mensagens de correio eletrónico, por alegadamente constituírem indícios de outra infração às regras da concorrência», tendo sido determinada a selagem das referidas cópias para posterior validação pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

173. Ora, é insofismável que tais elementos extravasaram o objeto do mandado de 02.02.2017 e que, por isso mesmo, foram submetidos a validação nos termos do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC, tendo sido emitido novo mandado de alargamento do objeto da busca.

174. Posto isso, a pretensão das visadas aponta ao debate sobre a natureza fortuita ou acidental a essas **6 (seis) mensagens de correio eletrónico**.

175. O que as visadas vêm carrear aos autos mais não são do que *dúvidas e suspeitas*, nunca concretizados no recurso de impugnação a propósito da violação dos procedimentos de buscas e do objeto do mandado de 02.02.2017, como se a AdC agisse em desvio e/ou abuso de poder ao abrigo do mandado.

176. Nada nos elementos dos autos permite seguir esse excursão alegatório.

177. 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.

178. 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.

179. Obtida tal informação procedimental, compete à AdC selecionar os colaboradores das visadas que prestem funções potencialmente relevantes para as finalidades de investigação e de modo a diligenciar pela seleção dos meios de prova que importa examinar.

180. Seguindo a posição da AdC noutros recursos de impugnação interlocutória, sem prejuízo da prestação de colaboração pelas visadas no decurso das diligências de busca e

51



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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, quanto aos termos de pesquisa ou mesmo quando à informação potencialmente relevante.

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

182. 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.

52

183. Neste passo, convém afirmar, perentoriamente, 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*.**

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

185. A informação recolhida no âmbito das buscas e apreensão consubstancia o objeto documental da apreensão, cuja cópia é, por sua vez, entregue às visadas como atesta o respetivo auto.

186. 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.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

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

188. Os mesmos procedimentos valem para a identificação dos colaboradores que possam ter tido intervenção nas comunicações eletrónicas que devam ser objeto de análise.

189. Ainda que se admita determinada ambiguidade nos termos semânticos, está em discussão **a relevância do que seja o *cursorly look*** – visionamento liminar – de mensagens de correio eletrónico com eventual conteúdo de sigilo profissional ou segredo de negócio pela autoridade de concorrência que executa o mandado.

190. A exclusão prévia, total, imediata e acrítica, de qualquer corrente de e-mails que, em determinado momento, foi remetida a qualquer um dos colaboradores da visada, poderia resultar na redução inadmissível do objeto da busca, frustrando a própria utilidade do meio probatório.

191. Outrossim, **afigura-se-nos que as operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante não podem dispensar, evitar ou excluir a possibilidade de visionamento liminar de comunicações eletrónicas *to* ou *from* para e-mail de algum colaborador da visada, identificado como relevante, atendendo a que o regime jurídico da concorrência não interdita esse visionamento liminar nem o submete a validação judiciária.**

192. Se as funções pela Diretora Comercial da MCH a circunscreviam como colaboradora relevante para as diligências de busca e apreensão, então qualquer visionamento liminar importará necessariamente o risco de obtenção de conhecimentos acidentais ou fortuitos sobre outras infrações, dependendo a apreensão desses elementos da decisão de validação.

193. Neste sentido, **o *cursorly look* ou o visionamento liminar de correspondência eletrónica de e-mails não abrangidos pelo objeto do mandado corresponde a um ato procedimental da diligência de busca e apreensão, adequado, proporcional e necessário para a execução das operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante, portanto, legítimo, lícito e permitido pelo mandado.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

nas instalações das visadas, mormente de exame e visualização de correio eletrónico, 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.

219. Tudo o demais alegado pela visada, acerca da tempestividade da resposta da AdC aos requerimentos apresentados, sobre a sequente e premeditada afetação dos direitos processuais ou sobre o não envio dos requerimentos para o Ministério Público afigura-se-nos como matéria apodictamente despicienda, cuja apreciação se revelaria um exercício inócuo, tanto mais que inexistente norma legal que determine a AdC ao envio para outro Tribunal que não este Tribunal *a quo*.

220. O problema da competência não se coloca em função do objecto recursivo da decisão interlocutória – que julgamos indiscutível - mas em função dos fundamentos para a procedência da impugnação judicial- que julgamos excluídos do controlo judicial deste Tribunal sobre as decisões do Ministério Público do art.º 18.º, n.º 1 al. c do NRJC.

221. No entanto, só podemos conceder plena valência à posição das visadas quando frontalmente criticam a injustificada demora e protelamento da decisão dos requerimentos interlocutórios.

222. Por outro lado, diga-se que a atuação administrativa nos presentes autos nem sequer inviabilizou a tutela dos direitos das visadas aqui invocados, os quais serão plenamente assegurados com a eventual procedência do recurso de impugnação da decisão interlocutória, e sem relevar todas as instâncias de impugnação eventualmente perseguidas perante o Ministério Público e o Juiz de Instrução.

223. Apesar de tal não servir à procedência de qualquer invalidade eventualmente relacionada com a excessiva oneração da posição processual das visadas, é para nós incompreensível a gestão processual da AdC de decidir o requerimento de 03.03.2017 volvidos dois anos, tanto mais que isso conflitua com a atuação da AdC neste mesmo PRC e noutros PRCs, sendo que qualquer protelamento de decisão sobre determinados incidentes processuais afeta a melhor eficiência de qualquer processo sancionatório.

58



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

224. De resto, a orientação da atividade da AdC por um critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, tendo em conta as prioridades da política de concorrência, legitima o entendimento de que a mesma AdC deve atuar segundo o melhor padrão de eficiência, utilidade e proporcionalidade na prossecução daquele interesse público, o que necessariamente se aplica à execução dos mandados e das diligências de busca e apreensão.

*

225. Em conclusão, a decisão interlocutória de 22 de março de 2019, designadamente no segmento em que manteve a apreensão de documentos, por estar a coberto de mandados de busca e apreensão emitidos 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.

59

226. Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da declaração de nulidade da decisão proferida pela AdC em 22.03.2019, a qual indeferiu os requerimentos das visada/recorrentes de 03.03.2017, de 07.04.2017, de 02.05.2017, de 16.05.2017 e de 30.05.2017.

* * *

*

IV. DECISÃO.

227. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o presente recurso de impugnação de medidas administrativas, interposto pelas visadas/recorrentes **MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. e CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.**, improcedendo os respetivos fundamentos e absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade da decisão proferida em 22 de março de 2019 no âmbito do PRC/2016/04.

228. Mais se condena as visadas/recorrentes 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.

229. Notifique e deposite.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

230. 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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

194. De resto, as alegações de recurso não identificam concretamente qualquer outra situação subsumível à preterição daquele procedimento, tanto mais que o Ministério Público veio alargar o objeto do mandado nos termos dos **pontos E) e F) dos factos provados**.

195. **Em quarto lugar**, garantida a discricionariedade técnica e autonomia da AdC para as **operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante**, as visadas vêm a estes autos discutir o *amplo leque de termos e expressões* e que terá conduzido a uma *verdadeira vasculhagem informática dos computadores da MCH*.

196. A partir das alegações do recurso de impugnação judicial, descontadas que sejam os enunciações conclusivas sobre a preterição do objeto do mandado e sobre o problema dos conhecimentos fortuitos, não conseguimos seguir esta tese.

197. São as próprias visadas que reconhecem que aquelas 6 (seis) mensagens de correio eletrónico foram apreendidas ao abrigo de um dos dois casos legalmente previstos em que podem ser apreendidos documentos sem autorização ou ordem prévia do Ministério Público.

198. Se reconhecem tal circunstância, é profundamente tautológico arguir que tal apreensão violou o objeto do mandado de **02.02.2017**, funcionalmente orientado à descoberta de prova de prática de infração relativa ao *alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela Unicer a cadeias de distribuição alimentar, hipermercados, supermercados e lojas discount*.

199. Sendo o respetivo conhecimento fortuito ou acidental, por natureza e definição, é claro os e-mails submetidos a validação – descritos no **ponto S) dos factos provados** - não se referiam *a mensagens apreendidas direta ou indirectamente referentes à Visada UNICER, a produtos desta, a colaboradores da UNICER, a preços da UNICER, a condições ou políticas comerciais da UNICER, ou a qualquer tipo de interação da MCH com a UNICER ou desta com aquela e tão-pouco se trata de correspondência trocada entre colaboradores da MCH com a UNICER*.

200. **Precisamente por tal circunstância foram submetidos à validação do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.**

201. A doutrina de boas práticas e melhores intenções glosada nos artigos 66.º a 68.º do recurso de impugnação nada aduz ou acrescenta para a procedência da posição argumentativa



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

das visadas, visto que não se pode consignar que a AdC, ao não ter efetuado um *relatório da diligência no qual se incluía um registo detalhado dos procedimentos seguidos, incluindo informação sobre «o tipo de pesquisa realizada, tal como pesquisa de termos, e os programas pesquisados*, omitiu um ato legalmente obrigatório gerador de vício de nulidade da apreensão.

202. Sem querer discutir os méritos de Direito a constituir ínsitos a esta proposta, a *sindicância do efectivo carácter fortuito das descobertas de outros ilícitos e a proibição de fishing expeditions* são protegidos na Lei Portuguesa pelo controlo do objeto do mandado e pela obrigação de validação do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

203. O mesmo vale para a *possibilidade de eliminação de valoração dos conhecimentos fortuitos quando estejam em causa pesquisas informáticas* e para os critérios avançados em que esta delimitação pode ocorrer.

204. Esta problematização é efetuada no recurso de impugnação judicial sempre a partir de um racional académico sem qualquer suporte legal ou, pelo menos, abstrato para com o casuísmo dos autos, tanto mais que o que as visadas pretendem é um cerceamento temático do **cursor look**.

205. À luz do conteúdo dos mandados não conseguimos antever a exequibilidade desse cerceamento do visionamento liminar durante as operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante nem tão pouco de que modo o **cursor look** que conduziu ao conhecimento daquelas 6 (seis) mensagens de correio eletrónico se revelou violador do *princípio da proteção dos direitos de defesa* e do *princípio da proteção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera privada das pessoas singulares e colectivas*, tão recorrente na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

206. Neste passo, de modo preclaro e evidente, as visadas direcionam a sua crítica aos respetivos despachos de autorização das buscas, defendendo que tais princípios demandam que o Ministério Público deve recolher indícios suficientemente sérios, fundamentando a decisão que ordena uma apreensão.

207. Aparte este escopo da impugnação – *as visadas pretendem que este Tribunal repita o exercício da autorização judiciária que determinou as diligências de busca e apreensão controlando a competência do Ministério Público*, a resenha jurisprudencial de

55



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

referência que as visadas nos trazem não nos merece qualquer reserva, ainda que seja inútil para o objeto do processo e para os limites da nossa competência.

208. Demonstrativo desta improcedência é a alegação de que as visadas não conseguiram registar todos os termos de pesquisa utilizados nas buscas realizadas nos dias 7 e 8 de fevereiro, enumerando termos no artigo 73.º do recurso de impugnação judicial que, tematicamente, se adequam, perfunctoriamente, ao objeto do mandado de 02.02.2017.

209. Certamente se tornaria flagrantemente temerário afirmar que a AdC, a fim de evitar as *fishing expeditions* na execução do mandado de 02.02.2017, estaria impossibilitada de pesquisar por *cartel*, por *alinhamento*, por *PVP* ou por empresas de distribuição alimentar, devendo-se limitar aos termos que, no entender das visadas, apresentassem *alguma relação, direta ou indirecta, com a UNICER ou com os produtos ou área de atividade desta empresa*.

210. A jurisprudência e a doutrina abundantemente citadas pelas visadas também não autorizam, validam ou secundam, sequer por aproximação, o audaz entendimento de que a aptidão e legalidade dos termos de pesquisa depende da estrita utilização de termos que apenas encontrem respaldo semântico no objeto do mandado e no seu conteúdo literal, os quais no caso e no entender das visadas poderiam convenientemente ser *unicer*, *alinhamento*, *super bock*, *luso*, *agua das pedras*, *Somersby* ou *carlsberg*.

211. Para o que importa, não resulta dos termos de pesquisa apresentados que a apreensão dos e-mails descritos no **ponto S) dos factos provados** resultasse de uma pesquisa informática genérica, e sem relação direta com o objeto do processo em causa.

212. O que as visadas pretendem deste Tribunal e nesta instância é, na verdade, um **controlo ab-rogante, extravagante e contra legem da atividade de execução do mandado de 02.02.2017** no que respeita àquelas 6 (seis) mensagens de correio eletrónico, contrariando, paralelamente, o próprio despacho de validação emitido pela autoridade judiciária competente e que determinou o alargamento do objeto do mandado de 10.02.2017.

213. O demais alegado sobre a preterintencionalidade dos inspetores da AdC ou sobre o abuso das diligências de busca afigura-se-nos profundamente especulativo e capcioso ou manifestamente insuscetível de controlo judicial.

214. **Em quinto lugar**, considerando que qualquer visada que seja objeto de diligências de busca e apreensão dispõe de meios idóneos, próprios e autónomos para sindicar

56



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

a validade, legalidade e regularidade do mandado da autoridade judiciária competente, para sindicar a sequente decisão da apreensão da AdC como ato 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 qualquer tutela jurisdicional de potencial lesão, afetação ou compressão dos direitos fundamentais invocados pela aqui visadas/recorrentes**, sendo que a tutela ínsita a cada um desses meios denota uma proteção garantística efetiva, proficiente e adequada à afirmação processual desses mesmos direitos.

215. Se o que as visadas pretendem 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 **objeto, limites e extensão** do cumprimento dos respetivos mandados de buscas e apreensão, visto que, para o que importa, tal prova foi obtida no âmbito do art.º 18.º, n.º 1 do NRJC e do 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 NRJC²⁶.

57

216. 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.

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

218. Em suma, **com as medidas procedimentais, de preparação ou execução do mandado levadas a cabo pela AdC durante as diligências de busca e apreensão efetuadas no âmbito deste PRC/2016/04, de execução dos mandados de 02.02.2017 e de 10.02.2017 e**

²⁶ *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

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

nas instalações das visadas, mormente de exame e visualização de correio eletrónico, 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.

219. Tudo o demais alegado pela visada, acerca da tempestividade da resposta da AdC aos requerimentos apresentados, sobre a sequente e premeditada afetação dos direitos processuais ou sobre o não envio dos requerimentos para o Ministério Público afigura-se-nos como matéria apodictamente despicienda, cuja apreciação se revelaria um exercício inócuo, tanto mais que inexistente norma legal que determine a AdC ao envio para outro Tribunal que não este Tribunal *a quo*.

220. O problema da competência não se coloca em função do objecto recursivo da decisão interlocutória – que julgamos indiscutível - mas em função dos fundamentos para a procedência da impugnação judicial- que julgamos excluídos do controlo judicial deste Tribunal sobre as decisões do Ministério Público do art.º 18.º, n.º 1 al. c do NRJC.

221. No entanto, só podemos conceder plena valência à posição das visadas quando frontalmente criticam a injustificada demora e protelamento da decisão dos requerimentos interlocutórios.

222. Por outro lado, diga-se que a atuação administrativa nos presentes autos nem sequer inviabilizou a tutela dos direitos das visadas aqui invocados, os quais serão plenamente assegurados com a eventual procedência do recurso de impugnação da decisão interlocutória, e sem relevar todas as instâncias de impugnação eventualmente perseguidas perante o Ministério Público e o Juiz de Instrução.

223. Apesar de tal não servir à procedência de qualquer invalidade eventualmente relacionada com a excessiva oneração da posição processual das visadas, é para nós incompreensível a gestão processual da AdC de decidir o requerimento de 03.03.2017 volvidos dois anos, tanto mais que isso conflitua com a atuação da AdC neste mesmo PRC e noutros PRCs, sendo que qualquer protelamento de decisão sobre determinados incidentes processuais afeta a melhor eficiência de qualquer processo sancionatório.

58



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

224. De resto, a orientação da atividade da AdC por um critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, tendo em conta as prioridades da política de concorrência, legitima o entendimento de que a mesma AdC deve atuar segundo o melhor padrão de eficiência, utilidade e proporcionalidade na prossecução daquele interesse público, o que necessariamente se aplica à execução dos mandados e das diligências de busca e apreensão.

*

225. Em conclusão, a decisão interlocutória de 22 de março de 2019, designadamente no segmento em que manteve a apreensão de documentos, por estar a coberto de mandados de busca e apreensão emitidos 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.

59

226. Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da declaração de nulidade da decisão proferida pela AdC em 22.03.2019, a qual indeferiu os requerimentos das visadas/recorrentes de 03.03.2017, de 07.04.2017, de 02.05.2017, de 16.05.2017 e de 30.05.2017.

*

IV. DECISÃO.

227. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o presente recurso de impugnação de medidas administrativas, interposto pelas visadas/recorrentes MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. e CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A., improcedendo os respetivos fundamentos e absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade da decisão proferida em 22 de março de 2019 no âmbito do PRC/2016/04.

228. Mais se condena as visadas/recorrentes 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.

229. Notifique e deposite.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-J

230. 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