



Assinado por: Sérgio Alexandre
Martins Pereira Paiva de Sousa
Juiz de Direito
Data: Sexta-feira, 18-02-2022
15:11:31 (UTC+00:00 Europe/Lisbon)

SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

Processo: 144/21.5YUSTR

(pn) Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Ref. Doc.: 341574

Recorrido: Autoridade da Concorrência

Recorrente: Jerónimo Martins Sgps Sa e outros

SENTENÇA

§1

1 JERÓNIMO MARTINS – SGPS, SA e PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, SA, apresentou recurso da decisão administrativa proferida pela AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ofício número 1074/2021, de 27 de abril de 2021) que indeferiu a invalidade de diligências de busca, bem como alegada nulidade de prova e pedido de elementos em violação do Regime Jurídico da Concorrência. Inconformada, **arguiu as seguintes conclusões**: em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber se, no tipo de procedimento em causa nos autos, deve haver constituição formal do suspeito como visado, designadamente quando este é alvo de buscas e apreensões, nos termos do artigo 18.º do RJC. É um exercício de mera jurisprudência dos conceitos retirar de uma diferença conceptual – aliás, incerta – entre processos – penal e contraordenacional – a inaplicabilidade (ou uma aplicabilidade reduzida a um módo e cómodo mínimo – mesmo no que toca à presunção de inocência) das garantias do artigo 32.º, n.os 1 a 9, da CRP, ao processo de contra-ordenação: ela dependerá da analogia material de questões e soluções. Não podem restar dúvidas a existência de visados ainda na fase de inquérito, sendo que o artigo 74.º, n.º 3, do RJC prevê a “constituição de visado” como causa de interrupção da prescrição, o que só se pode interpretar como constituição como arguido nos casos e termos correspondentes aos do processo penal aplicáveis ao caso. Como bem escreve o saudoso Ex.mo Senhor Professor Doutor AUGUSTO SILVA DIAS, em parecer junto aos autos do processo nº PCR/2016/4, que ora se junta, “o visado possui [...] um estatuto processual semelhante ao arguido” e “o arguido ou visado goza desde o início do processo contra-ordenacional e independentemente de qualquer acto formal de todos os direitos de defesa”, sendo que, “além dos direitos a ser ouvido, a apresentar provas, e a ter defensor, o visado pode invocar os direitos e garantias da presunção de inocência, da não auto-inculpação, do ne bis in idem, etc.”. A interpretação da AdC, segundo a qual, em processo por prática restritiva da concorrência, a dimensão dos

SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

Processo: 144/21.5YUSTR

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria, Santarém

Ref. Doc.: 341574

Telefone: 243090300 | Fax: 243090329 | Email: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

direitos do visado se circunscreve aos direitos de defesa e audiência perante uma acusação e antes da adoção de uma decisão condenatória implica uma negação de quaisquer direitos ao investigado antes da acusação (no caso, da decisão do inquérito) é manifestamente constitucional, por violação dos direitos de defesa do arguido consagrados no artigo 32.º, n.º 1, 2 e n.º 10, e, bem assim, 20.º e 268.º da Constituição). Duas outras razões e linhas argumentativas confluem para a inadmissibilidade das buscas realizadas contra as ora RECORRENTES sem a sua prévia constituição como arguida. De um lado, e mesmo fazendo, como defende o Senhor Professor AUGUSTO SILVA DIAS, no seu Parecer, uma aplicação adaptada e restritiva das regras do CPP em matéria de constituição como arguido, é de concordar "com PAULO DE SOUSA MENDES, quando afirma que no processo de contra-ordenação "por infracções às regras da concorrência, a qualidade de arguido, se porventura ainda não tiver sido imposta, sé-lo-á necessariamente com a notificação da acusação às empresas investigadas ... ". Ora ela será "imposta", segundo o autor citado, "sempre que tiverem de suportar as diligências promovidas contra elas por parte da AdC ...", isto é, sempre que forem alvo de diligências probatórias restritivas dos seus direitos fundamentais. É constitucionalmente inaceitável que actos de inquérito desta natureza possam ser praticados contra uma empresa não visada". O RJC corrobora este entendimento, na medida em que distingue claramente o regime aplicável às pessoas singulares ou colectivas visadas daqueloutro aplicável às não visadas, nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC. Em qualquer caso, o mandado não cobre qualquer destas possibilidades previstas nas mencionadas alíneas a) e b). Assim, as diligências de busca e apreensão realizadas na sede das ora RECORRENTES são inadmissíveis e nulas ou, pelo menos, irregulares, e, independentemente disso, e como bem afirma o Senhor Professor AUGUSTO SILVA DIAS, no Parecer ora junto, são nulas as provas obtidas por meio delas, nos termos conjugados dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 2, e 20.º do RJC, 58.º, n.º 5, 126.º, n.º 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, n.os 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH. À mesma conclusão se chega, ainda, por uma outra ordem de considerações, válida mesmo que se entenda – mal – não estarem as diligências de busca e apreensão previstas no artigo 18.º do RJC limitadas a empresas constituídas como visadas, em atenção à sua agressividade em termos jusfundamentais. É que, como bem escreve o Senhor Professor AUGUSTO SILVA DIAS, no seu Parecer, «A constituição como visado permite-lhe saber em que qualidade está a ser abordado pela AdC, se como mero supervisionado, se como suspeito da prática de uma infracção, para que possa adequar em conformidade a sua conduta e estratégia. Este aspecto não é despicando. Se o destinatário de uma diligência probatória não sabe que o é, não saberá se e que direitos de defesa lhe assistem. Nas palavras de NUNO RUIZ, "o destinatário tem ... o direito de saber se é inquirido enquanto empresa supostamente envolvida numa prática restritiva da concorrência e visada num processo de contra-ordenação ou se é abordado em qualquer outra qualidade". Esse direito não se satisfaz, como é bom de ver, com o cumprimento pela AdC das obrigações previstas no



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

art.31º nº5 da LdC, pois o seu conteúdo é mais abrangente do que as situações aí referidas. Em suma, mais do que um acto atributivo de um estatuto ou de um acto constitutivo de direitos, a constituição do visado é um acto comunicativo que exprime a condição em que o destinatário está a ser abordado, em que tipo de relação jurídica a Autoridade o pretende envolver, e a sua situação processual, a fim de o destinatário decidir de que modo há-de reagir. Um acto que é tanto mais importante quanto mais intrusivas e compressoras de direitos e liberdades são as diligências de que é alvo». Esta ordem de ideias impõe a exigência de constituição como visado antes da realização das buscas e apreensões – ainda que (o que se admite sem conceder) fosse, em abstracto admissível, nos termos do RJC e da Constituição, a realização de tais diligências contra empresas não visadas. Ainda nessa interpretação, as diligências de busca e apreensão realizadas na sede de uma visada (no caso, das ora RECORRENTES), por força do artigo 59.º do RJC, são inadmissíveis e nulas ou, pelo menos, irregulares, e, independentemente disso, e como bem afirma o Senhor Professor AUGUSTO SILVA DIAS, no Parecer ora junto, são nulas as provas obtidas por meio delas, nos termos conjugados dos artigos 18.º, nº 1, alínea c), e 2, e 20.º do RJC, 58.º, nº 5, 126.º, nº 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, nos 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH. Finalmente, esta consideração assume ainda maior evidência para quem entende que a menção do artigo 74º, nº 3, do RJC à constituição como visado só se pode interpretar no sentido de essa constituição dever ter lugar nos casos e termos correspondentes aos do processo penal aplicáveis ao caso, incluindo o artigo 58.º, nº 1. Nessa leitura, a constituição como visado é essencial para assegurar cabalmente os seus direitos de defesa em processo contra-ordenacional num contexto do qual lhe pode, eventualmente, vir a ser imputada a prática de actos subsumíveis aos tipos legais contra-ordenacionais previstos nos artigos 9.º, nº 1, do RJC ou 101.º, nº 1 do TFUE, sendo que, por aplicação, com as necessárias adaptações, do disposto no CPP, deve ter lugar a constituição como o arguido quando haja fundada suspeita contra pessoa determinada (artigo 58.º, nº 1, al. a), do CPP). No caso concreto, não há dúvidas de que, na perspectiva da AdC, essa suspeita já existia em momento prévio ao da realização das buscas e apreensões. O que imporá sempre a invalidade da busca e apreensão feita na sede das ora RECORRENTES, nos termos supra invocados. Em segundo lugar, entendem as RECORRENTES que não é admissível a busca e apreensão de correio electrónico, ainda que aberto, no âmbito de um processo por contra-ordenação da concorrência (mais exactamente, relativo a práticas restritivas), não podendo, em qualquer caso, tal diligência ser autorizada pelo Ministério Público, na medida em que a competência para o efeito sempre seria de um Juiz. Da análise conjugada dos regimes jurídicos aplicáveis não se encontra fundamento para que a AdC, no âmbito de uma investigação em processo contra-ordenacional, possa apreender mensagens de correio electrónico nos termos realizados, in casu, por extracção directa da caixa de correio dos trabalhadores das aqui RECORRENTES e, em particular, sem a sua presença e consentimento. A lei penal, designadamente no artigo 189.º do CPP e também



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

na Lei do Cibercrime, regula de forma cuidadosa e especial a apreensão de mensagens de correio electrónico – ainda que elas estejam armazenadas no sistema informático –, e sem fazer quaisquer distinções entre correspondência aberta ou fechada. Escreve o Senhor Professor AUGUSTO SILVA DIAS no seu Parecer que "a correspondência electrónica que, apesar de lida, permanece numa caixa de correio virtual, continua a ser correspondência e goza, inclusive de uma natureza e de um regime especial de protecção. Assim é, do ponto de vista do Direito constituído e assim deve continuar a ser em nosso entender", já, desde logo, porque "sempre que pretender reler a mensagem, o utilizador tem de efectuar um acto de telecomunicação, mediante o qual estabelece uma ligação ao servidor a fim de aceder ao conteúdo da mensagem", já porque "elas possuem natureza virtual, deslocam-se através de um fluxo de telecomunicação, residem numa caixa virtual (enquanto não forem eliminadas) e para se chegar a elas são necessários frequentemente códigos informáticos". Contudo, e naturalmente ressalvados os casos previstos em processo criminal, o artigo 34.º, n.º 4, da CRP proíbe a ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação. Como sintetiza no seu Parecer o Senhor Professor AUGUSTO SILVA DIAS, "nem a LdC nem o RGCO prevêem a busca e apreensão desta correspondência electrónica". E, tratando-se, segundo o mesmo Autor, "de uma lacuna intencional e constitucionalmente imposta. A explicação para isso reside no art. 34º nº4 da CRP que interdita expressamente às autoridades públicas "toda a ingerência ... na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo penal" (sublinhado nosso). A busca e apreensão de correspondência electrónica (aberta ou por abrir) em processo de contra-ordenação carece totalmente de cobertura legal (e constitucional)". As diligências de busca e apreensão realizadas nas sedes da ora RECORRENTES são inadmissíveis e nulas ou, pelo menos, irregulares, e, independentemente disso, são nulas as provas obtidas por meio delas, nos termos conjugados dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 2, e 20.º do RJC, 126.º, n.º 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, n.os 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH, sendo inconstitucional, por violação das referidas normas, a interpretação segundo a qual não constitui prova nula aquela que é obtida através da apreensão de mensagens eletrónicas nos computadores, ainda que abertas, no âmbito de um processo contra-ordenacional regulado pelo RJC. É igualmente inconstitucional, por violação das mesmas normas, o entendimento de que a entidade competente para autorizar a apreensão de mensagens de correio eletrónico, ainda que aberto, no âmbito de um processo de contra-ordenacional regulado pelo RJC é o Ministério Público e não um Juiz. Ou, mais exactamente, e tendo em conta não só a radical ilogicidade como a inconstitucionalidade da intervenção do Ministério Público e do Juiz de Instrução, que aqui se deixam alegadas para todos os devidos e legais efeitos nos termos inexcedíveis em que o Senhor Professor DAMIÃO DA CUNHA a demonstrou, o TCRS. Alega, ainda, a AdC que a existirem as invalidades invocadas pelas RECORRENTES, estas deviam ter sido arguidas perante o Ministério Público, o



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

que, ao não ter sido feito, fez precludir o direito das RECORRENTES. As ora RECORRENTES – que alegaram as invalidades no próprio acto, perante a AdC, que lhe estava a presidir e que é competente para o processo – não se conformaram com as ilegalidades cometidas e designadamente com a apreensão de correio electrónico. Ainda que o conhecimento de tais ilegalidades fosse da competência do MP, a AdC deveria ter remetido oficiosamente os requerimentos àquela autoridade judiciária, não havendo lugar a qualquer preclusão. A interpretação conjugada dos artigos 18.º, n.º 2, 13.º e 59.º do RJC, 41.º do RGCO e 118º a 123º do CPP no sentido de que a arguição de invalidades do despacho da autoridade judiciária que autoriza as buscas e apreensões, no próprio acto, perante a AdC conduz à preclusão do direito à arguição das mesmas invalidades é inconstitucional por violação dos artigos 266.º e 268.º da Constituição. Aliás, no presente caso, admitindo e não concedendo que podia ter tido lugar uma busca e apreensão de correspondência electrónica, teria de ter havido autorização de um Juiz, pelo que os actos do Ministério Público seriam juridicamente inexistentes. A intromissão nas telecomunicações, ressalvados os casos previstos na lei constitui, nos termos da Constituição e da lei, constitui uma proibição de prova, que tem como consequência que a prova é nula, não podendo ser utilizada, podendo esse vício ser conhecido oficiosamente ou a requerimento, não só durante todo o processo como mesmo depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, por via de revisão. Ora, esta nulidade de prova e o seu regime próprio – por ser um meio de tutela de direitos e princípios fundamentais, maxime constitucionais – não é prejudicada pelas regras sobre invalidades processuais, como estabelece expressamente o artigo 118.º, n.º 3, do CPP. A interpretação do artigo 126.º, n.º 3, do CPP, aplicável ex vi artigos 13.º do RJC e 41.º, n.º 1, do RGCO, no sentido de que as nulidades de prova se sanam se não for arguida, de acordo com os prazos e regras das nulidades dos actos processuais – é inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição. Justamente ao contrário do que pretende a AdC, que por essa via pretende justamente que se dê por precludida a arguição de uma nulidade de prova pelo facto de se ter dado uma ilegalidade com a qual alegadamente, ou melhor ficcionalmente, as ora RECORRENTES se conformaram, e que – é o pressuposto do argumento – teria de ser arguida e já estaria sanada. O conhecimento da nulidade de prova, que é uma inutilizabilidade, compete naturalmente, à entidade competente para “utilizar” a prova no processo – ou seja, e no caso, a AdC e nunca ao MP –, ainda que para o efeito tenha de apreciar, como que incidentalmente, todos os requisitos de que dependa a admissão de que estamos perante um dos casos previstos na lei, que são ressalvados pelo artigo 126.º, n.º 3, do CPP. Como, aliás, a AdC não deixa de procurar fazer – embora improcedentemente – no despacho que ora se impugna. Tanto o TCRS, como o Tribunal da Relação de Lisboa conheceram das invalidades invocadas pela ora RECORRENTE no processo n.º PRC/2016/4. Em suma, quanto aos Despachos de 20.1.2017 e de 2.2.2017. Primeiro que tudo, e quanto à questão da alegada competência do MP (e alegada incompetência da AdC), vale integralmente quanto se disse atrás acerca que



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUÍZ 2

alegação paralela da AdC no que respeita à ilegalidade da busca e apreensão de correspondência electrónica, que aqui se dá por reproduzido, para todos os devidos e legais efeitos. Quanto à alegada sanação da irregularidade – para além do que fica exposto – é de assinalar que não é verdade – e constitui mesmo uma tremenda injustiça, perante a intenção, por parte das ora RECORRENTES, de não complicar e atrasar a diligência de busca – aquilo se põe na sua base. Importando, a este respeito, assinalar o significado verdadeiramente jusfundamental que adquirem as exigências legais feitas relativamente ao despacho de autorização da busca e apreensão, tanto em geral, como sobretudo de correspondência electrónica, e da sua entrega à pessoa do visado. O Despacho de 20.01.2017 não tem as ora RECORRENTES por destinatário e a sua junção pela AdC como elemento informativo sobre os indícios e a possível infracção que justifica as diligências de busca e apreensão na PINGO DOCE constitui, desde logo, confissão expressa por parte da AdC de que o Despacho de 02.02.2017 não contém fundamentação suficiente para as diligências que ordena e constitui igualmente confissão expressa da razão que assiste às ora RECORRENTES no seu requerimento. Os factos alegadamente em causa num e outro Despachos não são os mesmos, nem as empresas envolvidas, pelo que a comunicação de dois Despachos dissonantes, summo rigore, contraditórios sobre os factos traz consigo a indeterminação dos factos objecto dos presentes autos. Se a investigação no PRC/2016/4 envolve a realização de buscas e apreensões em todos os distribuidores da própria rede da UNICER, isso só pode significar que, no momento em que foi proferido o primeiro despacho de autorização de realização de buscas (20-01-2017), não existiam indícios concretos especificamente contra qualquer grande grupo retalhista (onde se inclui o PINGO DOCE) e, por isso mesmo, não havia quaisquer razões para crer que, nas respectivas instalações, se encontravam meios de prova necessários ao processo. O que foi – e não poderia deixar de ser — considerado insuficiente, pelo que tais Empresas não foram visadas no âmbito subjetivo do atudido despacho de 20-01-2017 (nem no processo contra-ordenacional n.º PRC/2016/4) que havia ordenado buscas e apreensões apenas no contexto do canal on-trade (em particular, ao Grupo UNICER/Super Bock e à sua participada Maltibérica), precisamente por não existirem tais indícios de infracções jus-concorrenciais no canal "off-trade" (i.e., empresas de retalho alimentar como é o caso do ora RECORRENTE PINGO DOCE). E efectivamente, as RECORRENTES puderam confirmar a ausência de indícios para a realização das diligências de busca quanto a retalhistas alimentares, nas instalações da Unicer/Super Bock, e posteriormente nas suas próprias instalações, tendo por base os elementos constantes do processo contra-ordenacional n.º PRC/2016/04. O processo PRC/2016/04 teve origem nas denúncias efectuadas pela DSB CER, Sociedade Unipessoal, Lda., a 22.2.2016, e, posteriormente, pela Teles & Filhos, Lda., datada de 7.10.2016, onde não existe qualquer referência às ora RECORRENTES ou a outros grupos retalhistas. Mais ainda, o Despacho do MP de 20-01-2017 é ilegal por ter "autorizado" a que a AdC realizasse buscas nas instalações da Unicer/Super Bock para recolha de prova atinente aos "grandes



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

clientes retalhistas", não obstante os supostos indícios apontarem apenas para o canal on-trade (i.e., a sua rede de distribuidores que distribui para o canal HoReCa). Está em causa, precisamente, o que se tem entendido como sendo investigações prospectivas ["fishing expeditions"], em que a AdC procurou, nas instalações da Unicer/Super Bock, elementos de prova relativos a violações do direito da concorrência envolvendo empresas de retalho alimentar (como a ora RECORRENTE PINGO DOCE, e outras) sem abrigo em qualquer indício e sem relação com o objecto da inspecção, e que ulteriormente pretendem fundamentar a realização de buscas nas instalações das ora RECORRENTES. Como a própria AdC admite no seu Requerimento de Mandado de Busca, Exame, Recolha e Apreensão de 1.2.2017, em que refere que foram encontrados «para além de elementos referentes a comportamentos da UNICER, fortes indícios do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal» (cfr. §4 do Requerimento de Mandado de Busca, Exame, Recolha e Apreensão de 10.2.2017). A AdC "encontrou" – de forma ilegal e sem cobertura na competente autorização da autoridade judiciária – "indícios" respeitantes a outras empresas distintas da Unicer. Assim sendo, também por essa razão, as buscas e apreensões realizadas no PRC 2016/4 são ilegais, sendo nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas através delas, nos termos dos artigos 18.º e ss. do RJC, 126.º, n.º 3, do CPP, ex vi artigos 13.º do RJC e 41.º do RGCO, e, bem assim, do artigo 101.º do TFUE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e, finalmente, do artigo 32.º, n.os 8 e 10, da Constituição. O que se estende, por força do efeito-à-distância, a toda a prova recolhida nos presentes autos. Ao contrário do que afirma a AdC, torna-se indispensável no Despacho a indicação dos factos concretos em que consiste a infracção e respectivos indícios e, bem assim, dos indícios que levem a crer que em determinado local há elementos de prova relevantes. A interpretação do artigo 18.º, n.º 2, do RJC no sentido de que na decisão da autoridade judiciária que autoriza buscas e apreensões não é necessária a indicação dos factos concretos que constituem infracção, dos seus indícios e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes é inconstitucional por violação dos artigos 18.º, 26.º e, se se entender que pode abranger correspondência electrónica, 34.º da CRP. É patente que o referido Despacho de 02.02.2017, único que se autoriza a busca e apreensões nas sedes das ora RECORRENTES não obedece a tais exigências. Como explica o Senhor Professor Doutor AUGUSTO SILVA DIAS, no seu Parecer, "os visados por despachos que ordenam ou autorizam diligências probatórias, nomeadamente diligências de busca e apreensões, têm, entre outros, o direito a ser constituídos como visados, se ainda não o foram e o direito de conhecer os fundamentos da busca, direito este que inclui o de conhecer os indícios de que os elementos procurados se encontram guardados naquele local e que a sua apreensão é de relevante interesse para a prova e para a descoberta da verdade. Nem os despachos, nem a justificação da AdC, respondem satisfatoriamente a qualquer destes direitos". Do mesmo modo, no que respeita à comprovação da necessidade da diligência de prova, defende o



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

Senhor Professor, no mesmo Parecer, que, no presente caso, esta não é levada a cabo pela AdC: "Em vão se busca no despacho e na resposta da AdC dados que densifiquem quer o relevante interesse que aquela diligência possui para a prova e para a descoberta da verdade, quer a suspeita de que se encontram nas instalações da visada, designadamente no seu correio electrónico, as informações procuradas". Pelo que, tal como o Despacho de 20.01.2017 (irrelevante para o caso presente) ou ainda mais do que ele, também o Despacho de 02.02.2017 se perfila como ilegal, desnecessário e desproporcional aos objectivos visados. Alegar – como faz a AdC – que "foi no decurso das diligências em curso (no processo com o n.º PRC/2016/4) que a AdC encontrou indícios de envolvimento de cadeias da grande distribuição nas eventuais práticas proibidas e que este conjunto de empresas incluía a Pingo Doce" e que "pelo exposto, é possível concluir que a diligência de busca e apreensão foi necessária para obtenção de prova porque existiam indícios suficientes de a Pingo Doce estar a praticar acordos violadores da concorrência...", além de não indicar de novo qualquer facto concreto ou indício, é um exercício de pensamento retroactivo, que só confessa a falta dos indícios suficientes no momento da prolação dos Despachos e do início das buscas. Exercício que, a admitir-se, equivaleria a coonestar toda a ilegalidade na matéria, pondo definitivamente em causa os direitos fundamentais em presença. O que significa que o Despacho de 02-02-2017 que autorizou a busca e apreensão às sedes das RECORRENTES viola os artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 189.º, 187.º, n.º 1 e 126.º n.º 3 do CPP do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH. E, nessa exacta medida, o Despacho do Ministério Público de 02-02-2017 que autorizou as referidas diligências é nulo, ou quando menos, irregular, e, independentemente disso, são nulas as provas que vierem a ser adquiridas nos termos das disposições legais citadas e, bem assim, dos artigos 118.º e 123.º do CPP, e 32.º, n.º 8, da CRP. O Despacho da AdC violou, pois, estas disposições constitucionais e legais, devendo ser substituído por outras que declarem tais invalidades e, sobretudo, a nulidade da prova apreendida. Mais, A busca, como foi organizada e executada até ao momento da notificação do Despacho de alargamento da busca dirigiu-se a uma geral monitorização das relações com fornecedores e concorrentes, relativas aos mais diversos produtos. Apta a constituir uma fiscalização, coerciva e sem base indiciária, da generalidade das restrições, horizontais ou verticais, das empresas do sector em pelo menos 10 anos de actividade. Também quanto a esse aspecto a busca (e eventualmente a apreensão) realizadas até ao momento são ilegais – e nulas as provas através delas obtidas – por violação dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 189.º, 187.º, n.º 1 e 126.º n.º 3 do CPP do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH. A Constituição (designadamente, o princípio constitucional da proporcionalidade) e a lei não autorizam devassas gerais como aquela que foi conduzida no presente caso. Pelo que o Despacho agora recorrido viola as normas dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 189.º, 187.º, n.º 1 e 126.º n.º 3 do CPP do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH. Por fim, quanto ao Despacho de alargamento



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

de 10.02.2017 (apenas notificado a 15.2.2017), como demonstra o requerimento das ora RECORRENTES, apresentado justamente perante a referida notificação, no curso real dos acontecimentos, a extensão da busca, até constituir uma fiscalização, coerciva e sem base indiciária, da generalidade das restrições, horizontais ou verticais, das empresas do sector em pelo menos 10 anos de actividade, foi prévia ao referido Despacho. Tal Despacho já assume sem qualquer rodeio a total generalidade das buscas a empreender, as quais abrangem indiscriminadamente "fornecedores de produtos alimentares e não alimentares" (fls. 128) – o mesmo é dizer: todo e qualquer fornecedor de todo e qualquer produto e refere-se simultaneamente a "acordos entre concorrentes", e a "práticas de fixação vertical ou horizontal" de preços. Como bem refere o Tribunal da Relação de Lisboa em termos abstractos – já que na aplicação dos factos ao Direito não dispunha de todos os elementos probatórios, que só vieram a ser conhecidos por PINGO DOCE com o levantamento do segredo de justiça nos vários processos, e com o acesso efectivo ao PRC/2016/4 – "a execução [do mandado pela AdC] carece de respeitar o âmbito do mandado, assim como este carece de respeitar o objeto do processo. Assim, a baliza que delimita o âmbito das diligências de execução dos mandados decorre, primo do objeto do processo e do seu contexto, bem como do teor dos próprios mandados e do respectivo despacho de suporte. Desde modo, este limite é desrespeitado sempre que a prova carregada ultrapassa os limites definidos pelo mandado e pelo despacho/decisão de suporte ou sempre que estes consintam a obtenção de prova não relacionada com o objeto do processo" (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6.3.2020, proc. 71_18.3YUSTR-D.L2, p. 34). Em causa estão e-mails apreendidos aos trabalhadores de PINGO DOCE, [REDACTED] e [REDACTED] ambos sujeitos a buscas antes da notificação do Despacho de 10.02.2017, que apenas teve lugar às 16 horas e 10 minutos do dia 15 do mesmo mês, e os e-mails que lhes foram apreendidos e permanecem nos autos não têm qualquer relação com a UNICER ou os produtos comercializados por esta empresa. Dito de outro modo, antes da notificação do Despacho de alargamento do objecto da busca e do correspondente mandado (a 15.2.2017), a AdC recolheu correspondência electrónica que, nos termos do primeiro Despacho (ao abrigo do qual actuava, o de 02-02-2017), não podia ter recolhido. Os Despachos de alargamento da busca de 10.2.2017 foram notificados às RECORRENTES cinco dias depois, a 15.2.2017, período durante o qual as buscas prosseguiram, e demonstram que o que estava em causa, até 15.2.2017, era uma pesquisa indiscriminada da informação – um verdadeiro fishing de informação – que abarcou muito mais do que a UNICER (hoje, Super Bock) ou os produtos que esta comercializa, antes tendo por objecto a pesquisa generalizada das relações com fornecedores e concorrentes, sobre os mais diversos produtos. Este alargamento, que confirma, nos factos, a ilegalidade da busca realizada, corresponde a um assumido processo de contra-ordenação por tudo e contra todos. O que torna o Despacho, o mandado emitido por força dele e as buscas e apreensões que venham a ocorrer ilegais – e a prova deles derivada, nula – nos termos supra expostos, a propósito dos Despachos de



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

20-01-2017 e de 02-02-2017. Sendo o Despacho que indeferiu essa arguição por parte das ora RECORRENTES ilegal por violação das disposições legais e constitucionais aí referidas. A ilegalidade do Despacho da AdC também viola flagrantemente o direito da União Europeia. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem sustentado, mormente no acórdão *Nexans*, que quando se «efectua uma inspecção nas instalações de uma empresa (...) é obrigada a limitar as suas pesquisas às actividades dessa empresa relativas aos sectores indicados na decisão que ordena a inspecção e, por isso, quando concluir, após análise, que um documento ou uma informação não estava relacionado com essas atividades, a abster-se de a utilizar para efeitos da sua investigação» (acórdão de 14.11.2012, *Nexans*, proc. T-135/09, EU:T:2012:596, §64). Como mais fundadamente se explicita no presente articulado, é de mediana clareza a transponibilidade desta jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE para o caso em apreço, mutatis mutandis, até pela coincidência das normas passíveis de infracção, tais como determinadas no mandado de busca e apreensão de 02-02-2017, que expressamente refere o artigo 101.º do TFUE: «Com efeito, se a Comissão não estivesse submetida a essa restrição, antes de mais isso traduziria, em termos práticos, a possibilidade [...] de realizar uma inspecção sobre todas estas actividades com o escopo final de apurar a existência de qualquer violação das normas referidas acima que essa empresa possa ter perpetrado, o que contrasta com a tutela da esfera de actividade privada de pessoas colectivas, protegida como direito fundamental numa sociedade democrática» (Acórdão *Nexans*, cit). Estas exigências, transversais quer ao direito da União quer ao direito constitucional português, visam proteger, além do segredo profissional, os direitos de defesa das empresas, os quais «ficariam gravemente comprometidos se a Comissão pudesse invocar em relação às empresas provas que, tendo sido obtidas no decurso de diligências de instrução, fossem estranhas ao objecto ou à finalidade dessa instrução (v., neste sentido, acórdãos *Deutsche Bahn* §58; *Dow Benelux/Comissão*, C-85/87, EU:C:1989:379, § 18). Esta solução tanto se impõe à Comissão Europeia como é imposta pelo artigo 6.º do Tratado da UE e pela Carta dos Direitos Fundamentais, mormente quando a Autoridade da Concorrência investiga infracções – como alegou suceder no caso – ao artigo 101.º do TFUE e poderá vir a aplicar sanções, habilitada ao abrigo do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Através do pedido de elementos sob a referência S-AdC/2021/827, de 24.3.2021, a Autoridade da Concorrência («AdC») solicitou diversas informações e documentos relativos à RECORRENTE PINGO DOCE, ao abrigo dos artigos 15.º, 17.º, n.º 2, e 18.º, n.º 1, alínea a), do RJC, ao qual respondeu em 23.04.2021. O Despacho do TCRS de 08.11.2018, transitado em julgado, no seu dispositivo (n.º 136, (i), (ii)), determinou à AdC que “informe as Recorrentes dos factos concretos que lhe são imputados (nos termos supra indicados e caso decida reiterar os pedidos de informações)”, sendo mais do que claro, na sua letra, como na fundamentação de que arranca (n.os 123 e ss., 134). Ao afirmar que, “em concreto, os elementos solicitados destinam-se a habilitar a AdC a delimitar a atividade exercida pela Pingo Doce e analisar a posição da Pingo



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

Doce no mercado relevante, bem como aferir da eventual responsabilidade de pessoas singulares pelas alegadas práticas restritivas da concorrência", o pedido de elementos limita-se a indicar a finalidade dos elementos. Tal não constitui nenhuma acção ou omissão concreta, não corresponde a nenhum "facto descrito e declarado passível de coima" (artigo 2.º do RGCO), nada revela em termos dos concretos factos que estiveram na génese do presente processo contra-ordenacional nem a razão de as ora RECORRENTES assumirem o estatuto de Visada. Assim, é absolutamente evidente que, no pedido de elementos, a AdC não informou a ora RECORRENTE dos factos concretos que lhe são imputados. Pelo que, justamente ao contrário do que afirma a Decisão recorrida (n.º 48), estão manifestamente incumpridas as exigências do TCRS de que a AdC, nos pedidos de elementos que decidisse fazer, informasse a Recorrente dos factos concretos que lhe são imputados nos termos especificamente indicados na Sentença. A tal não obsta (nem pode obstar) os excertos do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.07.2019, processo n.º 244/18.9YUSTR-A.L1 citados pela AdC. É que o referido acórdão do TRL, interposto da decisão do TCRS de 06.05.2019, expressamente referiu o seguinte: "No caso concreto destes autos, como é bom de ver do confronto entre a decisão recorrida (que propositadamente transcrevemos) e das conclusões recursais resulta que a recorrente AdC mais não pretende, em sede de recurso, dar a sua interpretação e coloração à decisão de 08.11.2018 nela introduzindo elementos e restrições que ali não constam" (cfr. pág. 22). Estando o Despacho do TCRS de 08.11.2018 transitado em julgado – e coberto pelo manto da indiscutibilidade –, tanto basta para concluir que o pedido de elementos é ilegal, tanto por desobediência à expressa determinação do Tribunal transitada em julgado (artigos 205.º, n.º 2, e 282.º, n.º 3, da Constituição e 620.º do CPC), como por violação das disposições legais com base nas quais o Tribunal ordenou à AdC que informasse a ora RECORRENTE dos factos que lhe são imputados. O que, sem prejuízo de outras consequências, o fere de irregularidade, nos termos dos artigos 118.º, n.º 2, e 123.º do CPP, aplicáveis ex vi artigos 41.º do RGCO e 13.º do RJC. A Decisão recorrida, ao indeferir a invalidade arguida, violou as mesmas disposições legais, devendo ser substituída por outra que declare a irregularidade do pedido de elementos, retirando dela todos os devidos e legais efeitos. Na decisão recorrida, a AdC pretende fazer aquilo a que chama uma "correcta interpretação" do Despacho do TCRS, de 08.11.2018 (cfr. conclusão), em função da qual, tanto o pedido de elementos de 24.3.2021, como anteriores actos da AdC teriam cumprido as exigências daquele Despacho. É completamente incompatível com os termos do Despacho do TCRS a ideia de que não era necessário que o pedido de elementos que viesse a ser formulado informasse sobre os factos concretos imputados à RECORRENTE. Entender assim o Despacho do TCRS não é interpretar o Despacho; é corrigi-lo – o que, tratando-se de uma decisão judicial (ainda por cima, transitada em julgado), está vedado à AdC. Além disso, uma tal pretensão de correcção é total e completamente infundada e absurda, e a fundamentação para ela apresentada não passa de uma tosca manobra de realizar citações selectivas e descontextualizadas do

SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

Processo: 144/21.5YUSTR

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria, Santarém

Ref. Doc.: 341574

Telefone: 243090300 | Fax: 243090329 | Email: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

Despacho do TCRS, um abuso de partes da sua fundamentação, que lhe desvirtua o sentido, escamoteando o evidente sentido do seu dispositivo. Mesmo considerando a inadmissível correcção do sentido do Despacho do TCRS, a argumentação apresentada pela AdC para alegar ter cumprido a determinação de informação dos factos concretos imputados à RECORRENTE é completamente improcedente. Vir agora a AdC a afirmar que, afinal, já antes tinha dado a conhecer os factos «em linha, aliás, com o que tem vindo a fazer desde a abertura do Processo» viola o caso julgado: se tivesse sido assim, isso deveria ter sido alegado no recurso e não pode ser usado como argumento para não cumprir um Despacho transitado em julgado. Mas, mais do que isso, justamente na Decisão que foi anulada pelo Despacho do TCRS e na resposta no recurso que culminou nesse Despacho a AdC deliberada e expressamente recusou a informação sobre os factos imputados à RECORRENTE, alegando que (i) não era possível, (ii) era proibido fazê-la; e (iii) não estava obrigada a fazê-lo. Mas mais: bem vistas as coisas, nem a Decisão recorrida afirma que realmente informou a RECORRENTE dos factos concretos que lhe são imputados, mas apenas que deu “informações concretas sobre a factualidade em causa na investigação em curso” (n.º 44) e “exemplos de elementos probatórios apreendidos” (n.º 45). O que é totalmente diferente da informação sobre os factos imputados, pelo que se dá o caso absolutamente caricato de a Decisão confessar logo que, mesmo segundo a correcção que pretende introduzir no Despacho, transitado em julgado, não informou a RECORRENTE dos factos imputados e, portanto, não cumpriu o Despacho do TCRS. Além disso, não é verdade que dos mandados e despachos de fundamentação das buscas – ou melhor, apenas destes – do Ministério Público, “const[e]m informações concretas acerca da factualidade em causa na investigação em curso» (n.º 44 da Decisão da AdC). Como não é verdade que na reunião tenham sido exibidos quaisquer elementos de prova; pelo contrário, nessa reunião, a AdC manifestou expressamente a sua dúvida e indecisão sobre se existiria uma infracção e que tipo de infracção às regras da concorrência conseguiria “montar” (pedindo de empréstimo as suas próprias palavras) e que pudesse imputar à RECORRENTE. Quanto a essa reunião, além de não ser verdadeira a alegação implícita de que teriam sido exibidos elementos de prova, basta acrescentar que sempre seria totalmente irrelevante esse argumento, agora: pois na Decisão da AdC e que foi revogada pelo Despacho do TCRS, que transitou em julgado, e ora incumprido, a Autoridade sempre declarou que «26. Pelo exposto, indefere-se o requerido nos seguintes termos: (i) Não se comunicam os concretos factos que possam vir a ser imputados às Requerentes por se encontrar em curso a investigação sobre os mesmos e por não recair sobre a AdC obrigação legal nesse sentido;» (realce nosso). Pelo que também por aí se confirma a conclusão de que o pedido de elementos é ilegal, tanto por desobediência à expressa determinação do Tribunal transitada em julgado (artigos 205.º, n.º 2, e 282.º, n.º 3, da Constituição e 620.º do CPC), como por violação das disposições legais com base nas quais o Tribunal ordenou à AdC que informasse a ora RECORRENTE dos factos que lhe são imputados. O que, sem



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

prejuízo de outras consequências, o fere de irregularidade, nos termos dos artigos 118.º, n.º 2, e 123.º do CPP, aplicáveis ex vi artigos 41.º do RGCO e 13.º do RJC. A Decisão recorrida, ao indeferir a invalidade arguida, violou as mesmas disposições legais, devendo ser substituída por outra que declare a irregularidade do pedido de elementos, retirando dela todos os devidos e legais efeitos. Refere-se na decisão ora recorrida que, do pedido de elementos de 24.03.2021, constavam as seguintes considerações: "Foram efetuados, em 17 de julho de 2020, 23 de julho de 2020 e 13 de dezembro de 2018, pedidos de elementos de informação à Pingo Doce, respetivamente, no âmbito dos n.º PRC/2017/03, PRC/2017/12 e PRC/2017/13. Nos pedidos de elementos em causa foi expressamente avançada a possibilidade de utilização dos elementos e informações obtidos em resposta aos mesmos como meio de prova em processo sancionatório em curso ou a instaurar, nos termos igualmente supra referidos". Mais refere ainda a AdC, "à semelhança do que já mencionava nos pedidos de elementos anteriores dos procedimentos contraordenacionais mencionados, que "cumpre informar, adicionalmente, que, nos termos do n.º 5 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, a informação e a documentação fornecidas são suscetíveis de utilização como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar". Na verdade, a utilização em processos sancionatórios de documentos fornecidos pelas próprias empresas, mediante notificação da AdC, depende da verificação do cumprimento dos deveres de informação, designadamente de terem sido devidamente informadas de que os documentos entregues poderiam ser utilizados contra elas num processo sancionatório que viesse a ser-lhes instaurado. Como tal, os pedidos da AdC devem obedecer, neste ponto, a um grau suficiente de especificação e concretização, não podendo ser vagos e indeterminados. Os poderes investigativos da AdC não podem servir para a mesma realizar a investigação como bem entende, recolhendo respostas a pedidos de esclarecimento e documentação com desrespeito pelos direitos de defesa. No caso concreto, a AdC, ao enviar o pedido de informações, não o fez de forma clara ou completa como o poderia ter feito, tendo consequentemente desrespeitado o disposto no artigo 31.º, n.º 5, do RJC. Diz a AdC, no Ofício S-AdC/2021/812, a propósito de elementos apreendidos nas diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizados na sede das ora RECORRENTES, que "[a]nalisada a documentação apreendida nas referidas diligências de busca e apreensão, a AdC decidiu, em 27.04.2018, proceder à extração de certidão do acervo probatório e demais documentação relevante referente à Jerónimo Martins e à Pingo Doce para instruir o processo contraordenacional, registado sob o n.º PRC/2017/11 ("Processo"). Significa isto, portanto, que o PRC/2017/11, se encontra em investigação pelo menos desde a referida data de 27.04.2018. Ora, os pedidos de elementos nos outros processos contra-ordenacionais estão datados de 13.12.2018 (PRC/2017/13), 17.7.2020 (PRC/2017/3) e 23.7.2020 (PRC/2017/12) – todas estas datas são posteriores à abertura do PRC/2017/11. Assim sendo, estava a AdC plenamente consciente de que os elementos prestados no PRC/2017/13, no PRC/2017/3 e no PRC/2017/12 seriam necessários para a



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

investigação a ocorrer no âmbito do PRC/2017/11. E não se diga (cfr. n.ºs 27 a 34 da Decisão ora recorrida) que a comunicação genérica e minutada nos diversos pedidos de elementos de que "[c]umpre informar, adicionalmente, que, nos termos do n.º 5 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, a informação e a documentação fornecidas são suscetíveis de utilização como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar" é suficiente para garantir os direitos de defesa das ora RECORRENTES. O que sucede é que o RJC veio restringir o princípio da comunicabilidade da prova, estabelecendo um critério mais rigoroso do que a mera remissão para o artigo 31.º, n.º 5, pois existe uma exigência de que, em concreto, "as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efetuadas pela Autoridade da Concorrência". Este preceito impõe um dever de esclarecimento prévio por parte da AdC e o correspondente direito da Visada em o receber, como forma de compatibilização do seu dever de colaboração com o seu direito à não autoincriminação. O não cumprimento deste dever traduz-se numa nulidade de prova, nos termos do artigo 126.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a) do CPP, uma vez que o não esclarecimento prévio por parte da AdC perturba a liberdade de decisão das ora RECORRENTES de forma enganosa, não lhe permitindo uma escolha consciente entre a colaboração com a AdC e a sua eventual recusa, legítima, decorrente do seu estatuto processual. Assim sendo, a prova assim carreada para o presente processo contra-ordenacional é nula, não podendo ser utilizada, nos termos do disposto no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 do art. 126.º do CPP, ex vi artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO, bem como dos n.ºs 8 e 10 do art. 32.º da CRP. NESTES TERMOS E NOS MAIS DE DIREITO QUE V. EXA. DOUTAMENTE SUPRIRÁ DEVERÁ A DECISÃO DA ADC SER REVOGADA E SUBSTITUÍDA POR OUTRA QUE: RECONHEÇA E DECLARE AS INVALIDADES SUPRA REFERIDAS, INCLUINDO A NULIDADE DAS PROVAS APREENDIDAS NA DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO; ORDENE O DESENTRANHAMENTO E A DEVOLUÇÃO AO RECORRENTE DESSAS MESMAS PROVAS E A DESTRUIÇÃO DE TODAS AS CÓPIAS DELAS EXISTENTES; DECLARE IRREGULAR O PEDIDO DE ELEMENTOS (SOB A REFERÊNCIA S-ADC/2021/827, DE 24.3.2021), E, EM CONSEQUÊNCIA ORDENE À ADC: I) O DESENTRANHAMENTO E DEVOLUÇÃO DOS ELEMENTOS PRESTADOS PELA RECORRENTE; E II) QUE INFORME A RECORRENTE DOS FACTOS CONCRETOS QUE LHE SÃO IMPUTADOS (NOS TERMOS INDICADOS NO DESPACHO DO TCRS DE 8.11.2018, E CASO DECIDA REITERAR OS PEDIDOS DE INFORMAÇÃO); DECLARE A NULIDADE DA PROVA OBTIDA ATRAVÉS DOS PEDIDOS DE ELEMENTOS NOS PROCESSOS CONTRA-ORDENACIONAIS PRC/2017/3, PRC/2017/12 E PRC/2017/13.

§2



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

- 2 Fica assim delimitado o **objeto do recurso**: i) diligências de busca e exceção de litispendência; ii) pedido de elementos e respetiva nulidade da prova. Mantêm-se válidos e regulares os pressupostos da instância.

53

- 3 Avançando no **enquadramento fáctico** com vista à necessária **subsunção jurídica**, cumpre aludir à marcha do procedimento que conduziu ao momento atual, enquanto pressuposto fáctico da decisão, nos seguintes termos: **a)** o PRC 2017/11 teve origem numa extração de certidão do processo de contraordenação que corre termos na Autoridade da Concorrência sobre a referência interna PRC/2016/04, no qual JERÓNIMO MARTINS – SGPS, SA e PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, SA foram alvo de uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela Autoridade da Concorrência entre os dias 07.02.2017 e 27.02.2017, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público; **b)** em 24 de março de 2021, no âmbito do referido processo, a Autoridade da Concorrência, no exercício dos seus poderes sancionatórios, notificou a Pingo Doce (ofício com a referência S-AdC/2021/827) para prestar um conjunto de informações sobre a atividade comercial e organização da empresa, cujo teor se considera reproduzido; **c)** em 8 de abril de 2021, as Recorrentes dirigiram um requerimento à Autoridade da Concorrência a (i) invocar a invalidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da Jerónimo Martins e da Pingo Doce entre os dias 07.02.2017 e 27.02.2017, no âmbito do processo PRC/2016/4 (renovando assim, no âmbito do presente processo de contraordenação, a arguição de invalidades já levada a cabo no processo PRC/2016/4) e consequente invalidade e *inutilizabilidade*, no âmbito do presente processo, da prova derivada de tais diligências, (ii) requerer que fosse prestada informação à Pingo Doce quanto à alegada infração que se investiga no processo contraordenacional PRC/2017/11, e (iii) requerer que fosse declarada a nulidade da prova obtida através dos pedidos de elementos



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

nos processos contraordenacionais PRC/2017/3, PRC/2017/12 e PRC/2017/13, conforme Documento n.º 7 junto com o Recurso; **d)** por decisão de 27 de abril de 2021, com a referência S-AdC/2021/1074, a AdC indeferiu o requerido, tendo considerado o seguinte: "Relativamente às alegadas invalidades das diligências, a Autoridade já se pronunciou relativamente a tais requerimentos no âmbito do PRC/2016/4, tendo remetido para as respostas oportunamente dadas, constantes dos autos do processo em causa, que indeferiram a referida arguição; No que respeita à alegada nulidade da prova obtida através dos pedidos de elementos nos processos contraordenacionais PRC/2017/3, PRC/2017/12 e PRC/2017/13, a AdC esclareceu, por um lado, que em nada foram afetados os direitos da Pingo Doce pela circunstância de a Autoridade ter proposto a extração de certidão da prova para efeitos de investigação no âmbito de outro processo contraordenacional – a AdC continuava a ter a disponibilidade da opção de repetir o mesmo pedido no âmbito do presente processo, tendo as Recorrentes o dever de responder adequadamente, sob pena de incorrer na prática de uma contraordenação – e, por outro, que não está em causa qualquer direito à não autoincriminação já que o pedido de elementos visava a entrega de informação respeitante a dados factuais e objetivos sobre a atividade da empresa, no quadro da obrigação de colaboração da Jerónimo Martins e da Pingo Doce relativamente à AdC, cumprindo os seus deveres de informação; No que concerne ao pedido de comunicação dos concretos factos que são imputados à Pingo Doce, a AdC esclareceu, em primeiro lugar, ter dirigido à Requerente um pedido de elementos, em 24.03.2021, devidamente formulado, fundamentado e com informação suficiente para que aquela soubesse de que infração concreta estava a ser investigada, em segundo lugar, que a Pingo Doce foi objeto das diligências, tendo sido notificada do teor dos respetivos mandados do Ministério Público, dos quais constam informações concretas acerca da factualidade em causa na investigação em curso, e, finalmente, que a Pingo Doce foi confrontada com exemplos de elementos probatórios apreendidos nas respetivas instalações, que identificou como relevantes para a



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

possível qualificação das condutas em causa como infrações ao direito da concorrência, no decorrer de reuniões de *state of play*, promovidas, a título informal, pela AdC.”; **e)** corre termos sob o número de processo 71/18.3YUSTR-D, um Recurso de Medidas das Autoridades Administrativas, em que são recorrentes: JERÓNIMO MARTINS – SGPS, SA e PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, SA, no âmbito do qual se proferiu sentença no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, julgando improcedentes os recursos relativamente aos pedidos de declaração de invalidade e nulidade de decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência, quanto PRC/2016/04, referido na alínea a) e que constitui a origem da documentação apreendida e da qual foi extraída certidão para estes autos; **f)** a referida sentença foi confirmada por duto acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, estando a aguardar decisão final do Colendo Tribunal Constitucional.

- 4 O fundamento e motivação da matéria de facto anteriormente enunciada redonda de mera prova documental, de teor não controvertido, conquanto representa em si mesma o fundamento processual do recurso, imediatamente intuído pela consulta dos autos, nomeadamente documentos juntos pela Arguida e pela Autoridade da Concorrência, bem como requerimento sob referência 56958, de resto todos assumidos pelos sujeitos processuais e de caráter não controvertido. Mais se exara que, sem prejuízo de ser reconhecido como deficiente técnica expositiva de factos a mera consignação da sua reprodução, certo é que, considerada a especificidade dos autos, parece-nos ser a mais consentânea com uma desejável economia de meios. E nada mais se considerou por não oferecer relevo, por ser de teor conclusivo ou por configurar juízos de Direito.
- 5 Do elenco acima transscrito, comprehende-se que, sem embargo da resposta da Autoridade da Concorrência e que estimula o pedido da Recorrente, o certo e inequívoco, de resto assumido pela JERÓNIMO MARTINS – SGPS, SA e PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, SA, é que o destino da ação referida na alínea e) influenciará naturalmente a



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

validade da prova documental resultante das buscas, o que inevitavelmente redundará na afetação de todos os processos onde tal prova se encontra, designadamente este PRC 2017/11, cuja prova resulta de extração de certidão do PRC 2016/04, precisamente sobre o qual incide o mérito da ação atrás enunciada.

- 6 Ora, a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas demanda que se aplique o Código de Processo Penal (conferir artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas) que, por sua vez, remete a integração de lacunas para o Código de Processo Civil (conferir artigo 4.º, do Código de Processo Penal). Neste conspecto, a litispendência pressupõe a repetição de uma causa, dependendo a sua verificação de identidade de sujeitos, de pedido e de causa de pedir (conferir artigos 580.º e 581.º, ambos do Código de Processo Civil), considerando-se iniciada a instância pela proposição da ação (artigos 259.º e 260.º, ambos do Código de Processo Civil).
- 7 Colhendo a aplicação subsidiária a devida e circunscrita adaptação, constata-se que o objeto do vertente recurso, no que tange com o reconhecimento e declaração de invalidade das provas apreendidas nas diligências de busca e apreensão e consequente desentranhamento e destruição (conferir pontos A) a DDDD) das dutas conclusões de recurso), está consumido pelo recurso de impugnação já apresentado no âmbito do processo número 71/18.3YUSTR-D. Em face das sobreditas razões, e sem necessidade de maiores considerações, o Tribunal julga procedente a exceção de litispendência e, em consequência, não conhece do mérito do objeto do recurso quanto à questão acima enunciada.
- 8 No que respeita ao pedido de elementos e aos requisitos adjacentes à sua formulação, importa primeiramente situar a intervenção normativa, plasmada no artigo 15.º, n.º 1, alínea a), do Regime Jurídico da Concorrência, dispondo que "sempre que a Autoridade da Concorrência solicitar, por escrito, documentos e outras informações a empresas ou quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, o pedido deve ser instruído com (...) a



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objetivo do pedido". E no artigo 18.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Regime Jurídico da Concorrência, quando se prevê que "no exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência pode solicitar documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos".

- 9 A sobredita prerrogativa contende, em primeira linha, com o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) que, pese embora não assuma expressa consagração na Constituição da República Portuguesa, é acolhido enquanto tal, seja retirado das garantias genericamente previstas nos artigos 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 1 e 10, da Constituição da República Portuguesa, seja por íntima conexão aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana (conferir artigo 1.º, da Constituição da República Portuguesa). Dentre os direitos imanentes a tal princípio, apenas o direito ao silêncio encontra expressa consagração normativa (conferir artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 141.º, n.º 4, alínea a), 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, *in fine*, todos do Código de Processo Penal).
- 10 Neste conspecto, esclarece Frederico Lacerda da Costa Pinto – conferir Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina 2009, pp. 96 e 125 – que "o exato conteúdo e alcance do direito ao silêncio (...) permite que o arguido não preste declarações quando inquirido no âmbito de um processo de contraordenação (...), mas não se aplica fora do processo e não permite que o arguido frustre a execução de diligências de prova com a recusa da entrega de elementos", tanto assim que a sua prevalência não obsta à execução dos deveres legais e genericamente concedidos às autoridades de regulação e supervisão de sujeitarem os visados a prestar informação verdadeira e completa.
- 11 Serve o antedito o propósito de enfatizar a compreensão garantística do direito ao silêncio e sua estreita conexão com a necessidade de cumprimento das funções adstritas à Autoridade da Concorrência ao nível da investigação de práticas restritivas da concorrência.



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

Com efeito, o equilíbrio ocorre por via da interposição de juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade, observando quer as garantias de defesa dos visados, quer o não comprometimento da investigação e recolha de elementos probatórios.

- 12 Portanto, é justo conceder que, por um lado, não pode o arguido recusar a prestação de informação e a entrega de elementos com a invocação do direito ao silêncio. Mas, por outro lado, como se observa na sentença proferida no processo n.º 205/06.0TYLSB, pelo então Tribunal do Comércio de Lisboa (*apud* CARLOS BOTELHO MONIZ [et al.], Lei da Concorrência Anotada, Almedina 2016, p. 168), “a Autoridade da Concorrência terá que, minimamente, indicar de forma necessariamente sucinta por que razão necessita dos documentos ou informações que solicita”. E acrescenta: “isto não implica, obviamente, que minuciosamente se expliquem todas as razões pelas quais os elementos são necessários e não implica, de modo algum, que se explique para o que vão servir ou ser utilizados”, mas importa conter o mínimo exigível, de molde a servir o propósito de sindicar a exigência legal da necessidade do pedido de elementos, e a exigência constitucional de proporcionalidade perante a invasão potencial da garantia do direito ao silêncio, na avultada dimensão da proibição da autoincriminação.
- 13 No caso em apreço, olhado o teor do ofício 2021/827 (conferir folhas 128 a 130 verso) dirigido pela Autoridade da Concorrência constata-se que o mesmo alude à base jurídica, qualidade do destinatário e origem da necessidade dos elementos cuja junção pede, bem como, aludindo às diligências de busca e apreensão realizadas, explica a necessidade do pedido em causa.
- 14 Se a Autoridade da Concorrência fornece informação sobre a indiciada prática restritiva, se indica de forma minimamente precisa os documentos e a razão por que os pretende, e se esclarece perfunctoriamente as razões subjacentes, não se antevê como seja exigível a evidenciação de acrescida informação, de modo tal que, inadequada e



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

desproporcionadamente, escancarasse o segredo de justiça, inutilizasse o propósito da investigação, e antecipasse, incompreensivelmente, a imputação dos factos e o inerente juízo probatório.

- 15 Como se refere no duto acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, cujas coordenadas dogmáticas aqui seguimos – [conferir acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 26.06.2019, com o processo n.º 228/18.7YUSTR-D.L1-3, Relator: MARIA PERQUILHAS](#), disponível eletronicamente em [dgsi.pt](#) – com a transcrição paradigmática do respetivo sumário: “Tem que se verificar uma razão justificativa para o pedido de elementos, pedido que deve ser fundamentado e conter em si o mínimo de informação que legitime o que se pede e permita sindicar essa mesma legitimização. Identificar os factos e infração concretos no momento em que a AdC realiza o pedido de elementos significaria que a investigação estaria terminada e que os elementos solicitados não se destinavam a investigar mas apenas a comprovar. Estando a investigação a decorrer, expressamente referida no início do ofício bem como a indicação de que estava em segredo de justiça, a visada, onde haviam sido já realizadas diligências de busca e apreensão, devidamente autorizadas e legitimadas por mandado emitido pelo ministério Público, já sabia que estava a ser investigada encontrando-se no pedido formulado pela AdC aqui em causa, informação e base legal bastante para que a mesma pudesse ter conhecimento e estar justificado o pedido que formulou. Exigir-se mais pode colocar em risco sério a investigação de práticas nocivas e atentatórias da livre concorrência e da própria atividade da recorrente.”.
- 16 Em face do exposto, quando se conclua pela suficiência da fundamentação do pedido formulado, fica subtraída qualquer possibilidade de vício que, contaminando a prestação de informações, pudesse determinar a nulidade da prova assim obtida, com o que se declararam improcedentes as razões invocadas, razão pela qual se não dá provimento ao recurso e se confirma a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência.



SANTARÉM - TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO
JUÍZO DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO - JUIZ 2

§4

- 17 Em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, o **TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO** decide não provir o recurso interposto por JERÓNIMO MARTINS – SGPS, SA e PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, SA e manter a deliberação da Autoridade da Concorrência ora impugnada, e, julgando procedente a exceção de litispendência, não conhece do mérito do objeto do recurso quanto à questão ligada com o reconhecimento e declaração de invalidade das provas apreendidas nas diligências de busca e apreensão e consequente desentranhamento e destruição (conferir pontos A a DDDD) das dutas conclusões de recurso).

Condenar JERÓNIMO MARTINS – SGPS, SA e PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, SA nas custas judiciais devidas, fixando a taxa de justiça em 3 UC – conferir artigo 93.º, n.º 3 e 4, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigo 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais.

Deposite e notifique, sendo a Autoridade da Concorrência com envio de certidão judicial, mais se consignando que os vertentes autos estão em segredo de justiça e contêm matéria confidencial.