



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 159/19.3YUSTR-B

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

239490

CONCLUSÃO - 03-10-2019

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar André Silva)

=CLS=

RELATÓRIO:

1. LUSÍADAS, S.A. (doravante “Recorrente”, “Buscada”, “Visada” ou “Lusíada”), com sede na Rua Laura Alves, n.º 12, 5.º, 1050-138 Lisboa, veio impugnar a decisão de apreensão proferida pela AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (doravante “AdC”), no processo de contraordenação n.º PRC 2019/2.
2. Em termos de mérito, o recurso sustenta-se, no essencial, em três fundamentos: (i) nulidade da apreensão (e da prova) de correio eletrónico em processo de contraordenação; (ii) ilegalidade da decisão de apreensão de mensagens de correio eletrónico protegidas por segredo de advogado; (iii) e ilegalidade da decisão de apreensão de elementos fora do escopo temporal dos factos que justificaram a autorização do Ministério Público para as buscas e apreensão.
3. A AdC respondeu, pugnando pela improcedência do recurso.
4. O recurso foi admitido e determinada a realização da audiência de julgamento – cf. ref.ª 234364 e fls. 283-284. Mais determinou-se o prosseguimento dos autos para a realização da audiência de julgamento.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

5. O Ministério Público recorreu do despacho que admitiu o recurso de impugnação e determinou o prosseguimento dos autos para a realização da audiência de julgamento (cf. ref.^a 39113, fls. 296 a 310). O recurso foi admitido com subida nos próprios autos, juntamente com o recurso da decisão final e com efeito meramente **devolutivo – cf. ref.^a**
6. Procedeu-se à realização da audiência de julgamento, não existindo questões prévias, exceções ou nulidades que obstem ao conhecimento do mérito do recurso e cujas questões a decidir são: inadmissibilidade legal do conhecimento, neste momento, do primeiro fundamento do recurso; e apreciação do mérito do primeiro e segundo fundamentos do recurso.

*

FUNDAMENTOS DE FACTO:

7. **Com relevo para a presente decisão ficaram provados os seguintes factos:**
- a. No dia 10.05.2019, a AdC apresentou-se na sede da Lusíadas, S.A. e da Lusíadas, SGPS, S.A., com dois despachos emitidos pelo Ministério Público, datados de 29.03.2019 e de 03.05.2019 (“Despachos”) e com um mandado emitido em 06.05.2019, ordenando a realização de diligência de busca e apreensão na referida sede, no âmbito de processo de contraordenação da Autoridade, conforme cópias que constam a fls. 176 a 182, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- b. De acordo com o Despacho de 29.03.2019, no processo de contraordenação investigam-se *“indícios de práticas restritivas da concorrência que infringem o disposto na alínea a), do n.º 1, do art. 9.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, punível nos termos da alínea a), do n.º 1, do art. 68.º, do*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

mesmo diploma legal, levadas a cabo pelas empresas indicadas no presente requerimento, as quais desenvolvem a sua atividade na área da saúde”.

- c. Esses indícios apontariam para uma *“provável concertação das empresas visadas no âmbito da negociação das condições das convenções celebrada com o Instituto de Proteção e Assistência na Doença, I.P. (ADSE), e da definição e aplicação da tabela de preços e regras correspondentes”.*
- d. Explica-se ainda no Despacho de 29.03.2019 que *“a referida concertação terá abrangido o processo de regularização das faturas de 2015 e 2016, que decorre da alteração das regras e procedimentos para prestadores convencionados, aprovada por Despacho do Diretor-Geral da ADSE de 29 de agosto de 2014”.*
- e. Diz-se ainda que *“a 14 de dezembro de 2014 a ADSE desencadeou os procedimentos tendentes às regularizações referentes a 2015 e 2016, tendo notificado os operadores das regularizações dos atos praticados naqueles dois anos”.*
- f. Conclui-se, no Despacho de 29.03.2019, que *“os elementos colhidos nas diligências efetuadas no âmbito do processo contraordenacional sugerem com clareza a existência de um acordo entre as empresas visadas no que tange à posição negocial a adotar face à ADSE e em particular relativamente ao processo de regularização da faturação de 2015 e 2016”.*
- g. Já no Despacho de 03.05.2019 é indicado que *“no âmbito do processo contraordenacional registado sob o n.º PRC/2019/2, a Autoridade da Concorrência veio entretanto a constatar que algumas das empresas visadas adotaram relativamente ao Instituto de Ação Social das Forças Armadas, I.P. (IASFA), comportamento idêntico ao que haviam adotado em relação à ADSE, sendo que a similitude de atuação sugere a existência de uma efetiva **replicação** de comportamentos concertados a outras convenções que tenham por objecto a prestação de serviços na área da*



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 159/19.3YUSTR-B

saúde celebradas ente os grupos hospitalares visados e outras entidades com os mesmos fins, incluindo empresas seguradoras”.

- h. Assim, foi determinada a busca *“tendo em vista a recolha de elementos probatórios que alicercem as suspeitas existentes também no que concerne às convenções celebradas entre as empresas visadas e a IASFA, bem como outras convenções celebradas entre aquelas e outras entidades com os mesmos fins”.*
- i. Ainda nos termos dos Despachos, foi autorizada a realização de busca para *“exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico e documentos internos de reporte de informação entre as visadas, bem como atas de reuniões de administração e direção, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em qualquer suportes informáticos ou computadores, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem”* (destacado nosso, transcrição do Despacho de 29.03.2019).
- j. A diligência de busca iniciou-se no dia 10.05.2019 e durou até ao dia 22.05.2019.
- k. No dia 10.05.2019, a AdC solicitou que lhe fossem disponibilizados os arquivos de correio eletrónico de Vítor Almeida, Suzana Gomes, Vânia Alves, Débora Rosa e Sofia Marques.
- l. Nesse dia 10.05.2019, a Recorrente apresentou a lista dos seus advogados internos e externos, conforme cópia de fls. 215-216, e o requerimento escrito, que ficou anexo ao Auto de Suspensão da Diligência de 10.05.2019, de fls. 211-212, e cuja cópia consta a fls. 213-214, 217, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.



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 159/19.3YUSTR-B

- m. Nesse requerimento, a Buscada expressamente requereu à AdC que *“do universo de mensagens a pesquisar em cada caixa do correio analisada pela AdC, sejam excluídos os endereços eletrónicos indicados na lista anexa, mediante filtros de pesquisa, por forma a assegurar que a AdC não examina, nem analisa quaisquer mensagens de correio eletrónico em que os advogados constantes da lista anexa surjam como remetentes, destinatários ou lhes tenham sido enviados para conhecimento, assim salvaguardando o segredo da correspondência com advogados, previsto nos artigos 20.º n.ºs 1 e 5 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, 42.º n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações, do 135.º e 182.º do Código de Processo Penal, 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados e 20.º, 32.º n.º 10, 34.º e 208.º da Constituição da República Portuguesa”* e que *“no caso de, durante a diligência, se apurar que existem mensagens de correio eletrónico trocadas com outros advogados que não constam identificados na lista anexa, as mesmas sejam imediatamente excluídas do universo de mensagens a pesquisar e não sejam visualizadas nem examinadas pela AdC”*.
- n. **Tal requerimento não foi decidido pela AdC até ao momento.**
- o. Mais apresentou, no decurso das diligências, os requerimentos cujas cópias constam a fls. 221 a 233, 237 a 239, 243 a 249, 253-256, 260 a 262, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- p. A lista fornecida pela Buscada à AdC foi objeto de subsequentes aditamentos, nos dias 14.05.2019 e 15.05.2019, conforme resulta dos autos de diligência e, bem assim, dos requerimentos apresentados pela Buscada nesses mesmos dias e que foram anexos aos aludidos autos, conforme cópias de fls. 237 a 239, em particular fls. 238, e fls. 243 a 249, em particular fls. 244.



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 159/19.3YUSTR-B

- q. Só dia 21.05.2019, após ter terminado a seleção de mensagens de correio eletrónico e outros ficheiros informáticos relevantes para apreensão, a AdC iniciou um processo informático para identificar, dessas mensagens, aquelas que teriam sido trocadas com advogados mencionados na lista oportunamente fornecida pela Lusíadas.
- r. No último dia de diligência, 22.05.2019, dia em que a apreensão foi concretizada, e em que a AdC transmitiu à Lusíadas que iria apreender 2412 ficheiros informáticos, a AdC confirmou, igualmente, que (i) o filtro informático corrido em 21.05.2019 (mencionado no artigo anterior) detetaria os endereços de correio eletrónico constantes da lista fornecida pela Lusíadas onde quer que os mesmos surgissem nas mensagens (*i.e.* quer surgissem como destinatários, remetentes, em CC ou até no corpo da mensagem ou em destinatários, remetentes, em CC de mensagens anteriores que constassem dessa mesma cadeia) e que (ii) nenhuma mensagem assinalada pelo filtro havia sido selecionada para efetiva apreensão.
- s. Tendo como base este pressuposto, a Lusíadas apresentou um requerimento final arguindo a nulidade da apreensão de correspondência eletrónica, mas relegando para momento posterior a reação à apreensão com outros fundamentos caso viesse a constatar-se, da análise dos ficheiros apreendidos, que esta padeceria de vícios adicionais, conforme cópia que consta a fls. 193 a 209 cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- t. De entre os ficheiros apreendidos, existiam mensagens que envolviam advogados da Buscada, designadamente as seguintes:
 - i. Email de 28.02.2019, 16:00, com o assunto “Fwd_ADSE”, enviado por Nuno España para Sofia Marques, sendo na caixa desta que foi apreendido, reencaminhando email de Nuno España para Pedro Gonçalves Pereira, Vasco Antunes Pereira, Pedro Correia (através



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 159/19.3YUSTR-B

do endereço pedro.correia@lusiadas.pt) e Luís Drummond Borges,
sendo dirigido a advogado com instruções;

ii.

iii.

iv.

v.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

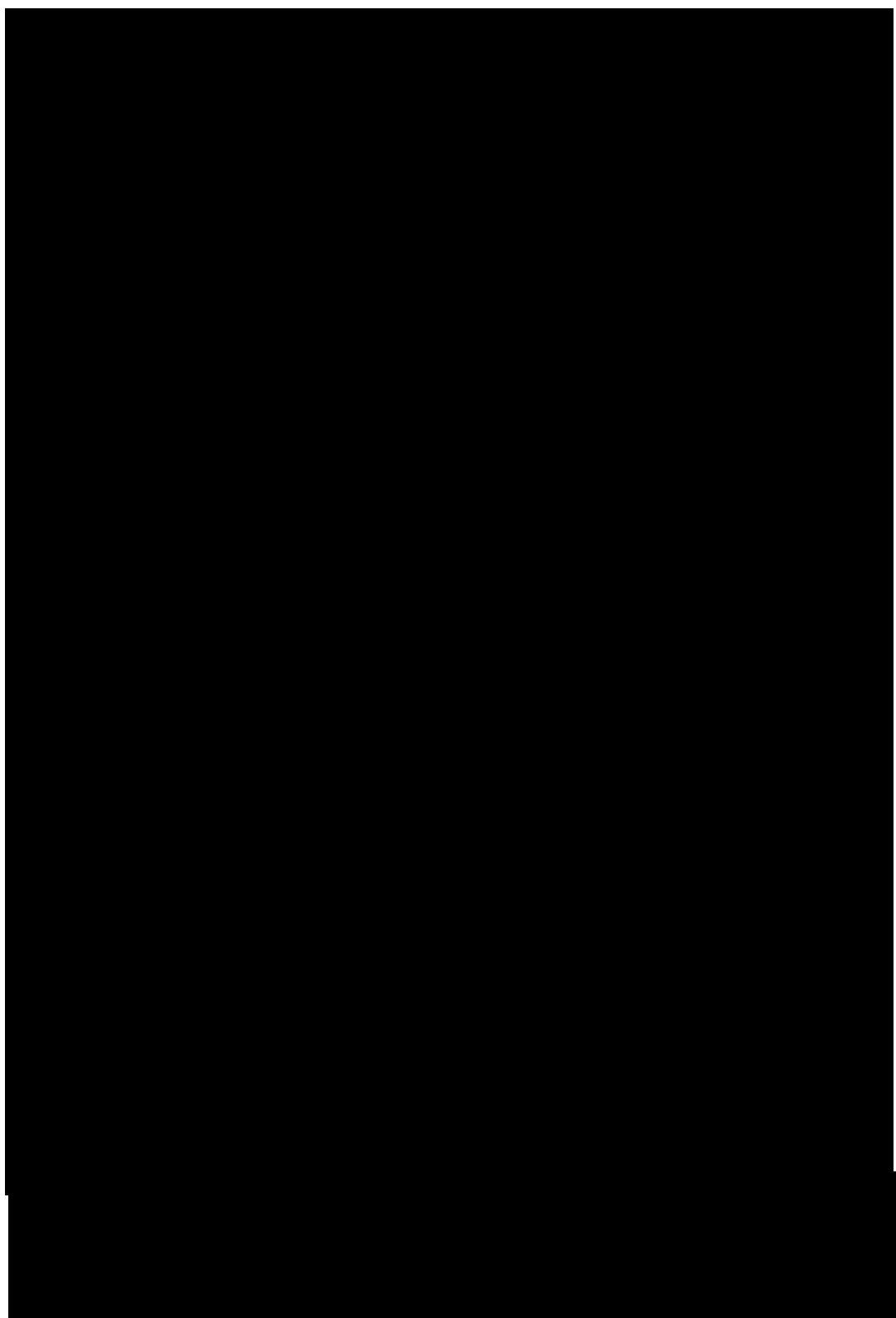
Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

u.





Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

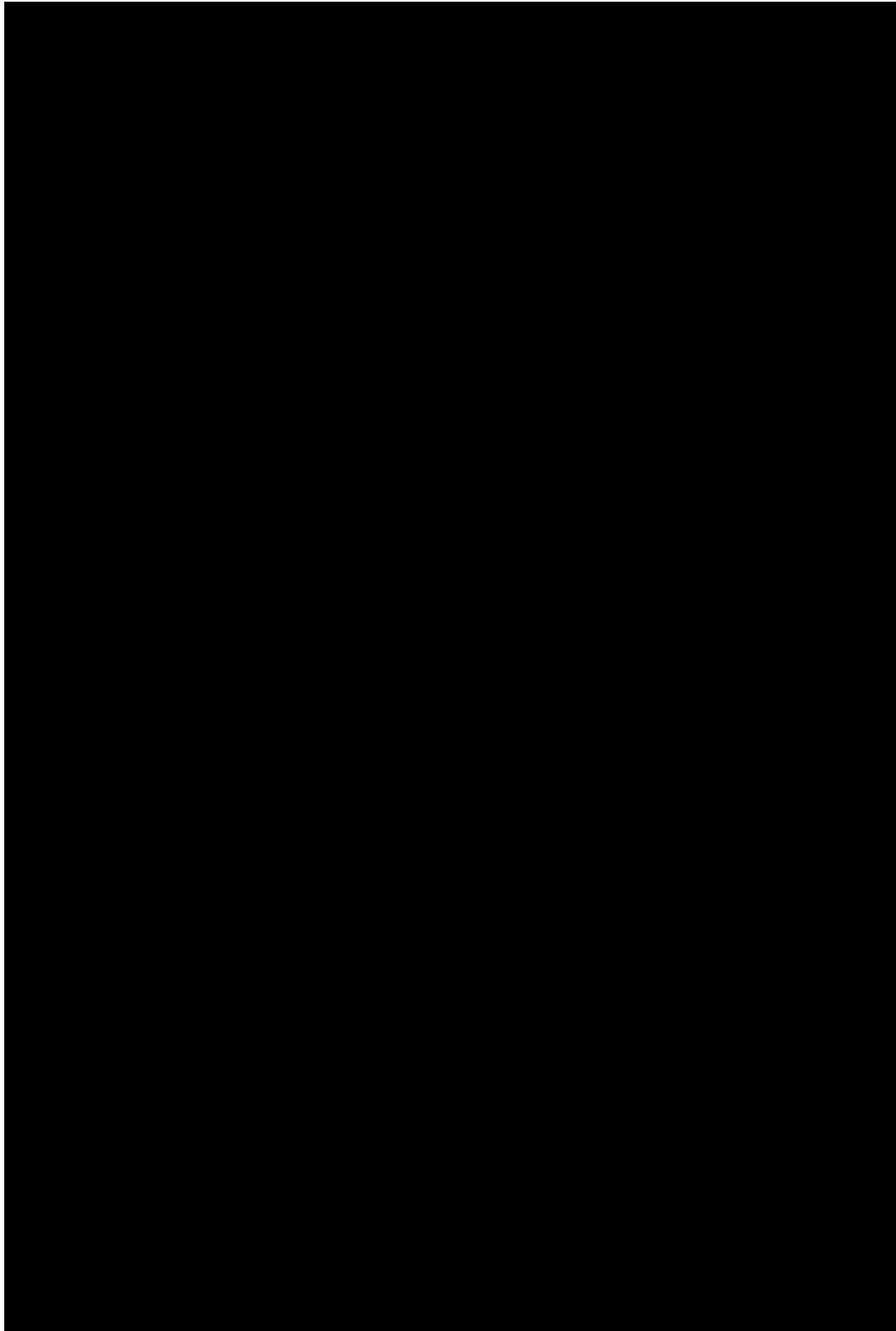
1º Juízo

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 159/19.3YUSTR-B





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 159/19.3YUSTR-B

i

x

xi

xii

xi

x



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

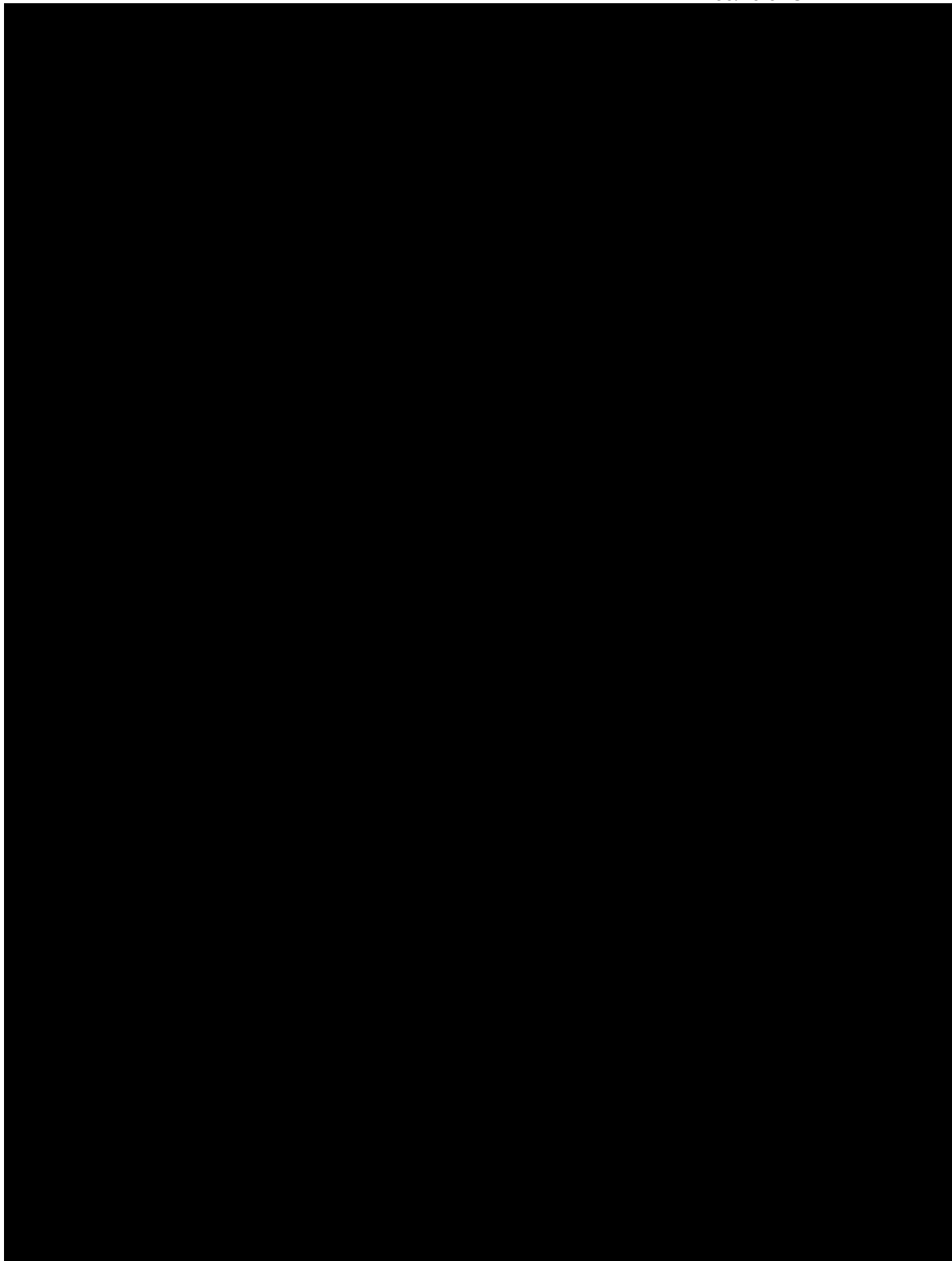
1º Juízo

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 159/19.3YUSTR-B





Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

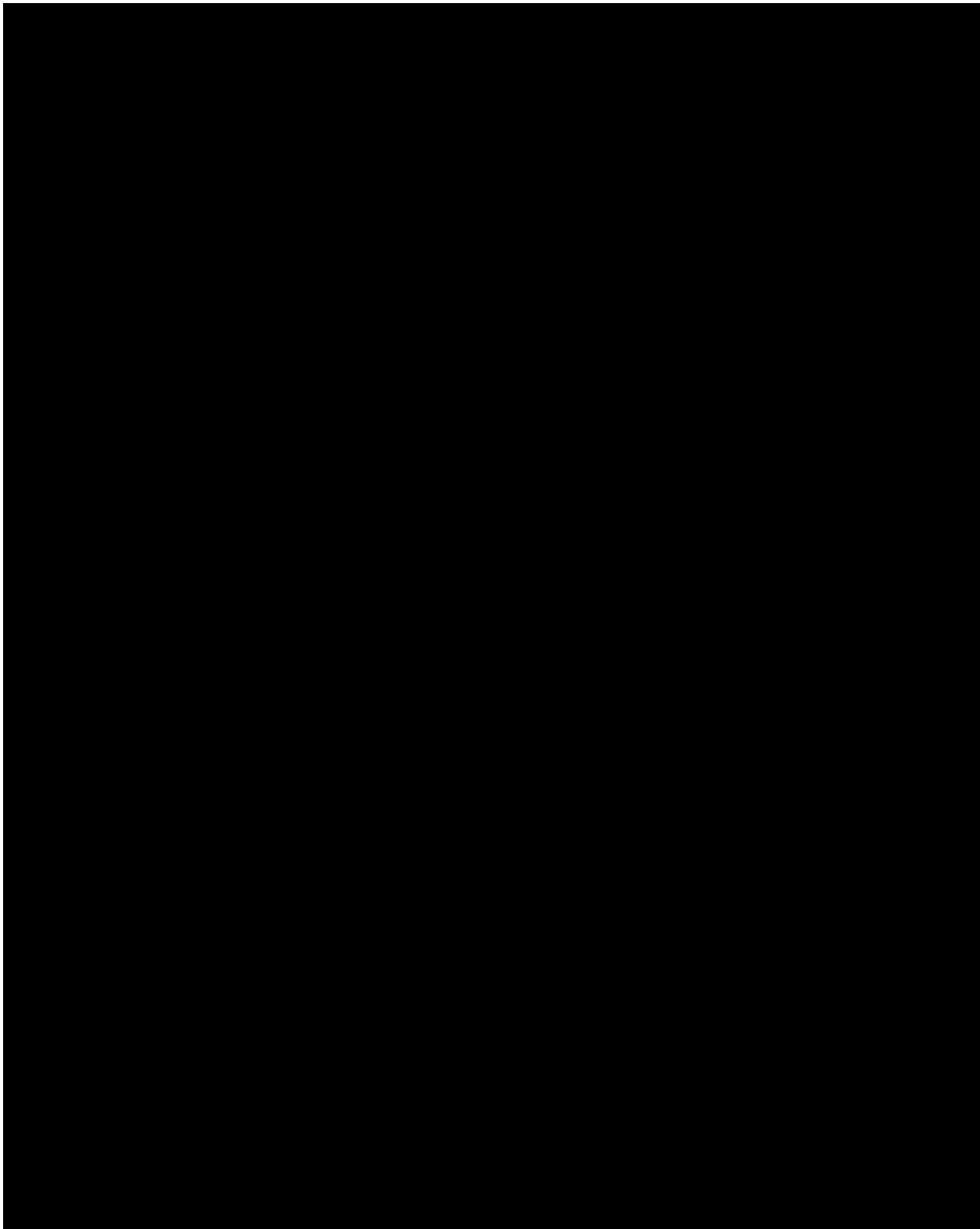
1º Juízo

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 159/19.3YUSTR-B





Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

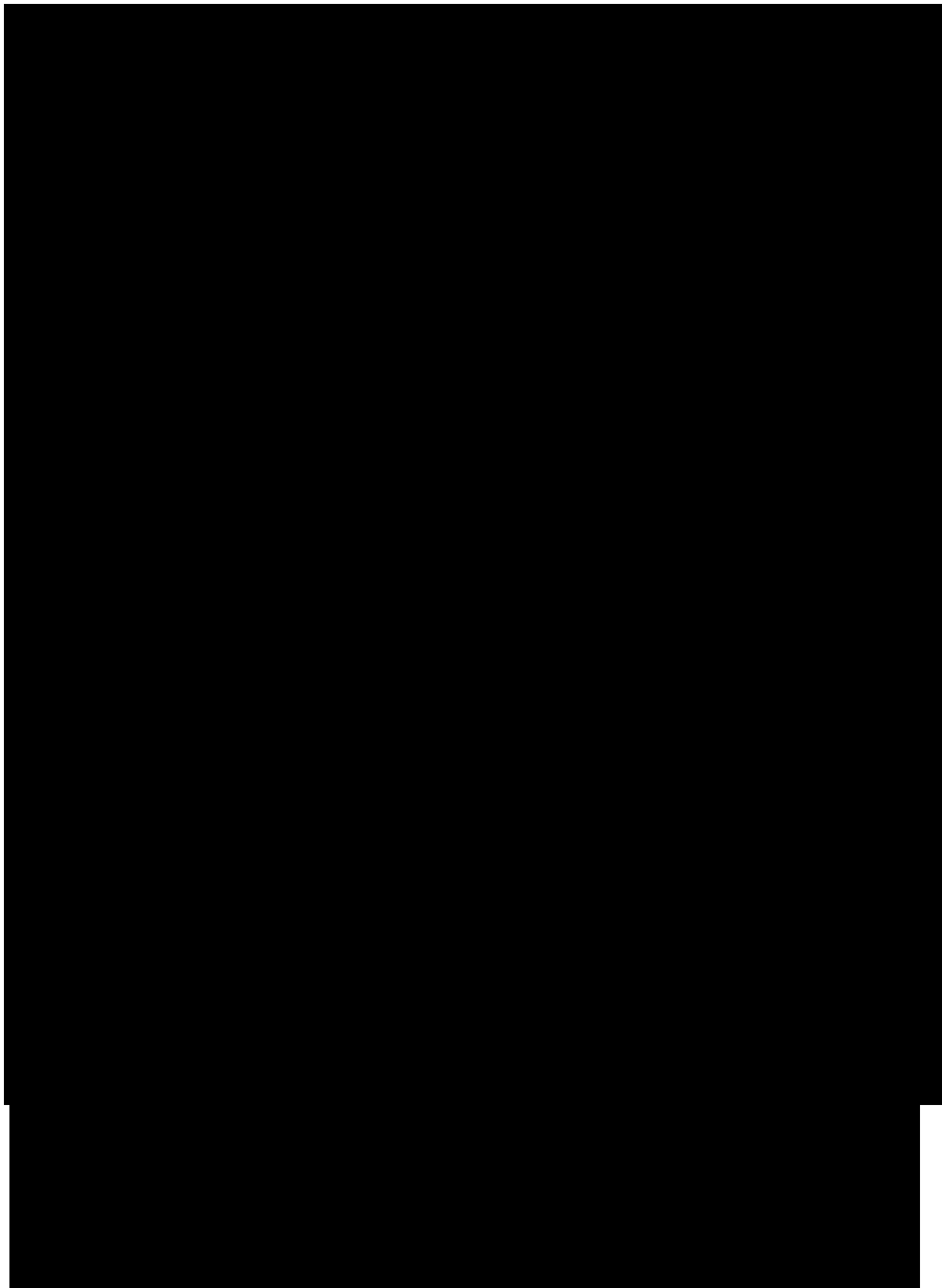
1º Juízo

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 159/19.3YUSTR-B





Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

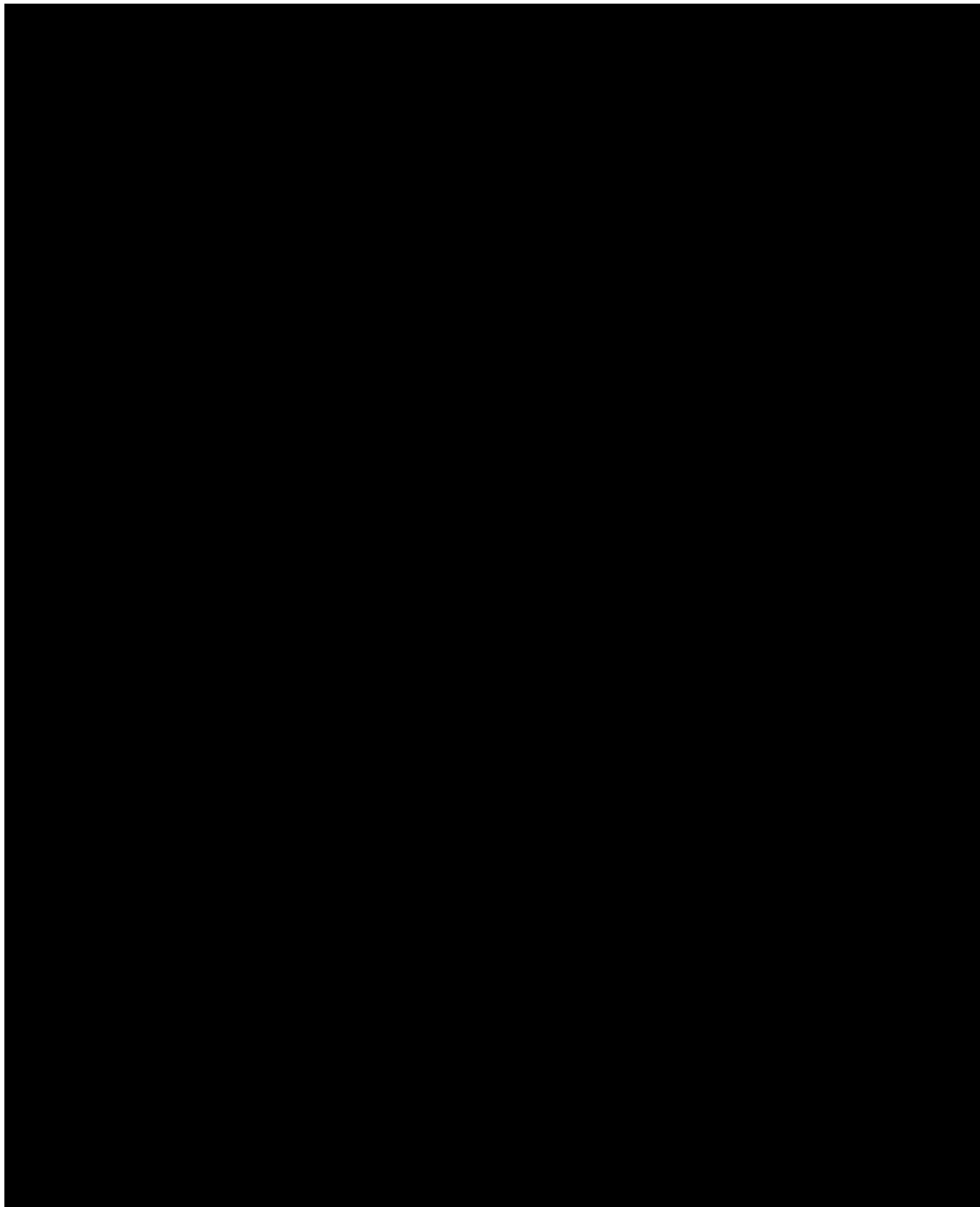
1º Juízo

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 159/19.3YUSTR-B





Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

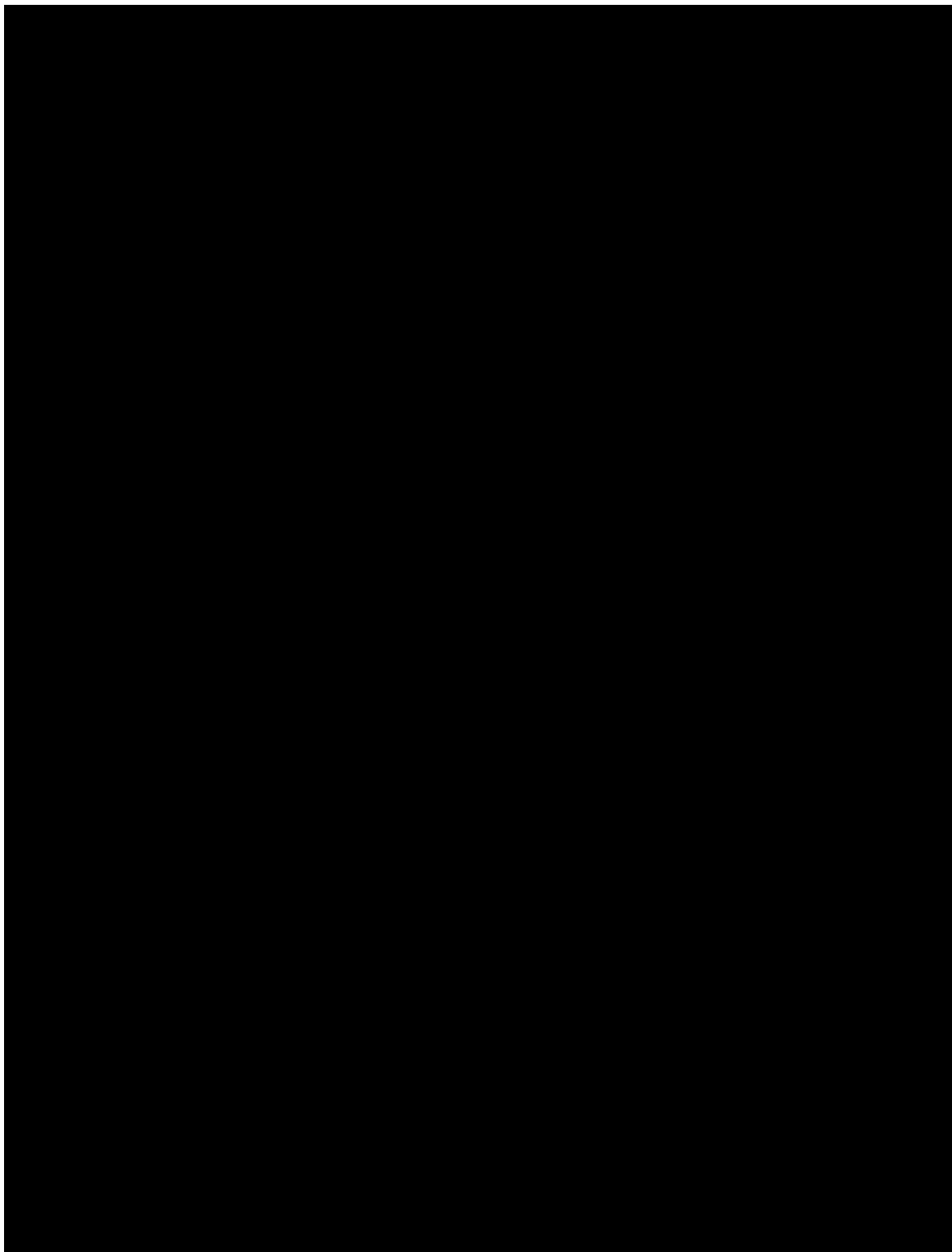
1º Juízo

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 159/19.3YUSTR-B





Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

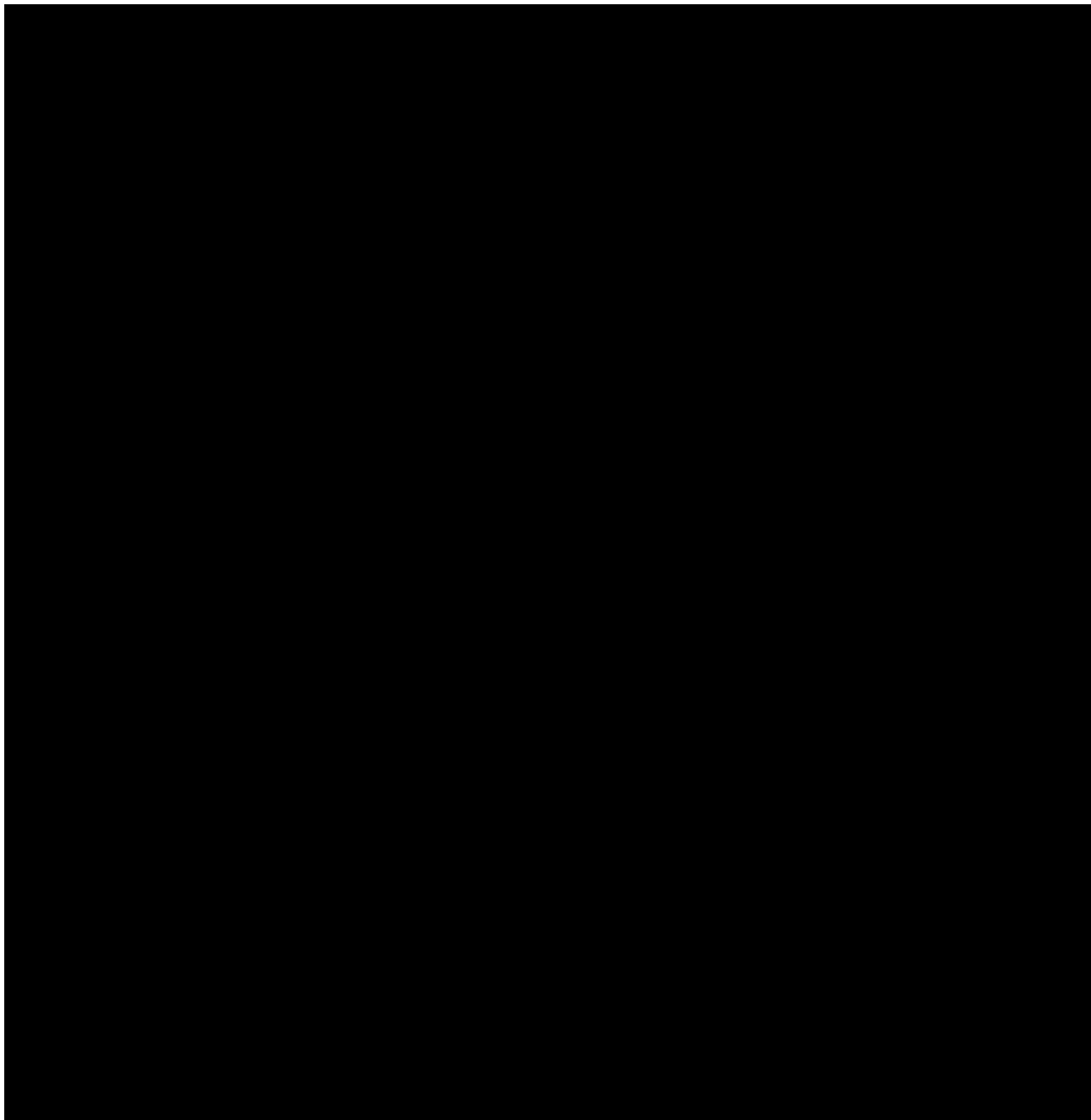
1º Juízo

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 159/19.3YUSTR-B



- v. Após a diligência, a AdC procedeu ao desentranhamento dos emails identificados na alínea t) e devolução à Recorrente.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

8. **Com relevo para a presente decisão não ficaram provados os seguintes factos:**

a.

b.

*

9. Tudo o mais que tenha sido alegado e não conste nos factos provados e não provados é matéria de direito, conclusiva ou irrelevante.

*

10. Os factos provados resultaram dos documentos juntos aos autos e aí identificados, não havendo razões para duvidar da sua conformidade com os originais e da veracidade destes. Adicionalmente, foi tida em consideração a declaração de fls. 276, no que respeita à identificação dos emails devolvidos e aos factos não provados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

11. Para além da prova documental, foram relevantes os depoimentos prestados por Paulo Salvador, técnico de informática da AdC, e de Eugénia Pérez-Abad, técnica da AdC e coordenadora da equipa que procedeu à diligência, para o apuramento do procedimento utilizado quanto ao filtro relativo à lista de advogados, tendo os mesmos confirmado igualmente que, no final da pesquisa e após introdução do filtro, não foi obtido nenhum resultado devido a um erro, de origem não totalmente identificada.

*

FUNDAMENTOS DE DIREITO:

12. **Inadmissibilidade legal de conhecimento, neste momento, do primeiro fundamento de recurso:**
13. O artigo 21.º, do NRJC atribui ao Ministério Público competência para autorizar a realização de determinadas diligências de prova durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, nomeadamente as diligências previstas no artigo 18.º, n.º1, alínea c), do NRJC, e no artigo 20.º, n.º 1, do NRJC, como sucedeu nos autos.
14. É bastante seguro que a decisão do Ministério Público – desde logo, face ao seu potencial de afetação da esfera jurídica dos visados – tem de ser passível de controlo judicial. Contudo, o NRJC é omissivo sobre este ponto, nada estipulando sobre os termos do controlo judicial ou sobre os meios de reação judicial respetivos, pelo que, tratando-se de uma matéria que carece necessariamente de uma expressão legal positiva, tal omissão corresponde a uma lacuna



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 159/19.3YUSTR-B

15. Em tese são equacionáveis três hipóteses de solução para o problema identificado, que podemos enunciar nos seguintes termos: (i) a primeira hipótese consiste na impugnação da decisão do Ministério Público perante a AdC e recurso desta decisão para o TCRS; (ii) a segunda hipótese traduz-se na impugnação da decisão do Ministério Público diretamente perante o TCRS; (iii) e a terceira hipótese reconduz-se ao controlo judicial subsequente pelo TCRS durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.
16. A **primeira hipótese** é a mais intuitiva e linear, face às competências do TCRS (cf. artigo 112.º, da Lei de Organização do Sistema Judiciário – doravante “LOSJ”) e ao regime dos recursos previsto no artigo 83.º e ss, do NRJC. Contudo, depara-se com obstáculos de natureza estrutural e teleológica inultrapassáveis.
17. Assim, do ponto de vista estrutural, importa ter presente que o Ministério Público, no seu recorte jurídico-constitucional, consagrado no artigo 219.º e ss., da Constituição, pese embora não exerça “a função judicial em sentido estrito que é da reserva dos tribunais judiciais”¹, é um órgão do poder judicial, ou seja, “é uma entidade que constitui, ao lado do tribunal, um órgão autónomo de administração da justiça”². Isto é assim não só quando o Ministério Público intervém como titular da ação penal, mas também, pelo menos, em todas as funções e intervenções de natureza judiciária. Desta premissa essencial parte-se para uma segunda, que se traduz no seguinte: enquanto órgão do poder judicial, as “iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público ... estão sujeitas ao controlo interorgânico dos tribunais”³. Estas duas premissas

¹ PAULO DÁ MESQUITA, *Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, p. 50.

² *Idem*, p. 50.

³ *Idem*, p. 49.



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 159/19.3YUSTR-B

conduzem lógica e necessariamente à conclusão de que é inaceitável, desde logo, na perspetiva constitucional, que a AdC possa exercer qualquer tipo de controlo sobre as iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público. Simplesmente, não pode. Só os tribunais o podem fazer.

18. Para além de estar vedada a referida possibilidade, numa ótica de opções constitucionais fundamentais, também seria fatalmente incongruente de um ponto de vista teleológico, pelo seguinte: conforme se exarou, na sentença proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, a atribuição de competência ao Ministério Público prevista nos artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC “*garante um nível de protecção dos direitos e interesses das visadas **acrescido** pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal*” (realce nosso). Ou seja, tratou-se de uma opção legislativa que visou mais garantia no que respeita ao decisor e não menos, face a meios de obtenção de prova que se caracterizam por uma “maior agressividade”⁴. Seria uma aporia insustentável admitir que a competência, em primeira linha, cabe ao Ministério Público em nome de uma opção que oferece mais garantias do que a AdC, para, no momento seguinte, se aceitar que a AdC pode rever e substituir – ou seja, controlar – as decisões do Ministério Público.
19. Por estas razões, rejeita-se esta primeira hipótese de solução não só no plano do direito constituído, mas também no plano do direito a constituir.
20. Passemos para a análise da **segunda hipótese** – impugnação da decisão do MP diretamente perante o TCRS.

⁴ JOSÉ LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, Coord. Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, 2013, p. 209.



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 159/19.3YUSTR-B

21. O primeiro argumento em sentido contrário consiste no facto da competência do TCRS estar dependente da existência de uma *decisão, despacho ou medida* da AdC – cf. artigo 112.º, n.º 1, alínea a), da LOSJ. Contudo, este argumento não é decisivo, pois, face ao disposto no artigo 112.º, n.º 5, da LOSJ, não se pode ter por totalmente excluída – pelo menos, para efeitos de melhor ponderação – a possibilidade do Tribunal ser chamado a intervir diretamente. Por conseguinte, considera-se que a resposta definitiva não está neste horizonte de análise.
22. Avançando noutra direção, importa realçar que os artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC, ao atribuírem competência ao Ministério Público, saíram fora da arquitetura-padrão de competências e controlo prevista no NRJC, corporizada pela AdC e pelo TCRS. Concomitantemente, tais normas ao fazerem intervir o Ministério Público, na qualidade de “*autoridade judiciária competente*”, estão a pressupor, por via da utilização do designativo e função exercida pelo Ministério Público na fase de inquérito do processo penal (cf. artigos 1.º, alínea b), e 263.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal – doravante “CPP”), uma atuação organicamente enquadrada dentro do regime definido pelo complexo de normas de origem dessa atuação enquanto “*autoridade judiciária competente*”, ou seja, o CPP. Esta asserção sai reforçada pela circunstância do legislador não ter incluído no NRJC normas específicas sobre o controlo dos atos e decisões do Ministério Público.
23. A conclusão a que estas premissas nos conduzem é que as decisões e os atos praticados pelo Ministério Público, no processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, devem estar sujeitos aos mesmos mecanismos de controlo endoprocessual previstos no CPP para as decisões e atos praticados pelo Ministério Público, enquanto *autoridade judiciária*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

competente, que se adaptem, evidentemente, ao processo contraordenacional. Vejamos quais são esses mecanismos de controlo.

24. No processo penal, a atuação do Ministério Público enquanto autoridade judiciária competente – isto é, na fase do inquérito – está sujeita a mecanismos de controlo intraorgânicos, através da intervenção hierárquica, e a um *controlo interorgânico*, ou seja, a um controlo exercido por um órgão do poder judicial diferente do próprio Ministério Público. Este controlo interorgânico, em regra, é o controlo judicial exercido sobre a decisão final do inquérito, pelo juiz de instrução na fase de instrução e/ou pelo juiz de julgamento nesta fase final.
25. Há também a intervenção do juiz de instrução durante a fase de inquérito. Contudo, o juiz de instrução não intervém especificamente como instância de controlo interorgânico dos atos praticados pelo Ministério Público, mas como expressão da “reserva judicial relativamente à aplicação de medidas que afetem os ... direitos, liberdades e garantias”⁵, sendo uma intervenção ocasional, provocada e tipificada”⁶, ou seja, intervém em matérias que estão excluídas do poder de decisão do Ministério Público, tematicamente vinculadas à proteção dos referidos valores constitucionais, podendo-se afirmar com PAULO DÁ MESQUITA, que entre o juiz de instrução e o Ministério Público existe uma “*relação de equiordenação*”⁷.
26. Face à tipificação prevista nos artigos 268.º e 269.º, ambos do CPP, relativamente aos atos que o juiz de instrução pode praticar, ordenar ou autorizar na fase de inquérito, conclui-se que, no processo penal, o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público não pode ser invocado autonomamente perante o juiz de instrução, na fase referida. Tem-se noção de

⁵ PAULO DÁ MESQUITA, ob. cit., p. 327.

⁶ *Idem*, p. 182.

⁷ *Idem*, p. 171.



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 159/19.3YUSTR-B

que este entendimento não é unânime (pelo menos, quanto a vícios formais), conforme se pode constatar por via da fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2015, processo n.º 208/13.9TELSB-B.L1-9⁸, que indica abundante doutrina e jurisprudência num sentido e no outro. Contudo, é aquele que, face aos parâmetros enunciados, se considera, com muito respeito pela posição contrária, o mais consentâneo com as opções legais adotadas.

27. Contudo, tal não significa que ao juiz de instrução esteja sempre vedada a competência para rever o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público na fase de inquérito. Poderá fazê-lo, mas por via incidental apenas quando relevem para as decisões que terá de proferir, tipificadas na lei e tematicamente vinculadas. Só nestas hipóteses muito limitadas se poderá admitir um controlo interorgânico, residual, por parte do juiz de instrução.
28. Destes mecanismos, retira-se a solução para a questão da competência para a revisão ou controlo do mérito das decisões do Ministério Público durante o inquérito, traduzindo-se no seguinte: sem prejuízo de um eventual controlo intraorgânico⁹, qualquer decisão do Ministério Público, nessa fase, ainda que seja “definitiva na sequência procedimental do inquérito, não vincula o órgão judicial que vier a intervir em fases subsequentes do processo”¹⁰. Por conseguinte e em síntese do que se referiu, qualquer decisão do Ministério Público está sujeita a um controlo endoprocessual interorgânico que é garantido pelo controlo judicial (i) “em sede de incidentes judiciais que relevem os actos inválidos”¹¹ pelo juiz de instrução, na fase de inquérito (*controlo residual*,

⁸ In www.dgsi.pt.

⁹ PAULO DÁ MESQUITA, ob. cit., p. 96, nota de rodapé 141.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.



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 159/19.3YUSTR-B

conforme referido) e (ii) pelo controlo judicial subsequente “no decurso de fases dirigidas judicialmente”¹², instrução e/ou julgamento (*controlo regra*).

29. A aplicação destes parâmetros ao processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência leva-nos a concluir pela inviabilidade da segunda hipótese referida e em análise, no sentido do mérito da decisão do Ministério Público ser contestado diretamente perante o TCRS na fase organicamente administrativa, pois, na fase de inquérito do processo penal, não existe este tipo de controlo interorgânico, mas apenas aquele controlo judicial residual por parte do juiz de instrução.
30. Resta, por fim, a **terceira hipótese** - controlo judicial subsequente pelo TCRS durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.
31. As asserções precedentes, a propósito da análise da segunda hipótese, já permitem antever que esta terceira possibilidade é a correta, não se impondo apenas por exclusão de partes. Assim, há um ponto de identidade entre a arquitetura de controlo traçada no CPP e no NRJC e subsidiariamente no Regime Geral das Contraordenações (doravante “RGCO”) que dá apoio a esta solução.
32. Este ponto de identidade consiste no facto do controlo judicial exercido pelo TCRS, no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, ser um controlo de plena jurisdição, cujo âmbito pode ser extensivo a todo o objeto do processo, passando a decisão impugnada a ter um valor meramente enunciativo e estar sujeita a um verdadeiro controlo judicial total subsequente. Este ponto permite estabelecer a identidade substantiva necessária à aplicação – devidamente adaptada – do referido controlo judicial regra.

¹² *Idem.*



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 159/19.3YUSTR-B

33. É certo que também há um fator de diferença, que consiste no seguinte: o Ministério Público não é a entidade decisora da fase organicamente administrativa, sendo a sua intervenção no processo de contraordenação pontual, provocada e tipificada. Contudo, este elemento de diferenciação não é suficientemente forte para comprometer a referida identidade substantiva, pois a decisão final da fase organicamente administrativa, ao pressupor e aceitar como válidos os atos e decisões do Ministério Público, está a incorporá-los ou, utilizando as palavras proferidas no processo n.º 83/18.7YUSTR, dá-se *“uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC no âmbito de processo contra-ordenacional e de acordo com a tramitação prevista no NRJC”*.
34. O acolhimento desta terceira hipótese significa o seguinte: durante a fase organicamente administrativa, o visado deve (quanto a vícios sanáveis) ou pode (quanto a vícios insanáveis) suscitar as invalidades relativas aos atos praticados pelo Ministério Público perante o próprio Ministério Público (com eventual intervenção hierárquica se se entender que é legalmente admissível); esta decisão do Ministério Público e os vícios insanáveis podem ser sujeitos a controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, assim como o TCRS pode conhecer oficiosamente os vícios insanáveis neste recurso e nos termos gerais.
35. Foi este o entendimento adotado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no processo n.º 229/18.5YUSTR e pelas decisões proferidas pelo TCRS nos processos 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR-A.n.ºs 83/18.7YUSTR, 71/18.3YUSTR, 71/18.3YUSTR-E, e 229/18.5YUSTR.



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 159/19.3YUSTR-B

36. Contudo, distintos dos atos próprios praticados pelo Ministério Público, designadamente a decisão de autorização e o mandado, são os atos próprios praticados pela AdC durante a execução da decisão.
37. Neste plano, é necessário distinguir entre: (i) os atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP; (ii) e os atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do MP.
38. Os primeiros – **atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP** – incluem todos os atos praticados pela AdC, cuja apreciação implicaria, como pressuposto prévio e necessário, a apreciação dos atos do MP.
39. A questão problemática quanto a estes atos consiste em saber se o Tribunal pode, nestes casos, apreciar e decidir, antes do recurso de impugnação judicial da decisão final, a regularidade formal e/ou a validade dos atos próprios do MP.
40. Das asserções tecidas no capítulo precedente retira-se que o único enquadramento jurídico possível para sustentar esta hipótese seria admitir que o TCRS pode exercer, na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, o referido *controlo interorgânico residual*, que permitiria a revisão da decisão do Ministério Público a título incidental. Contudo, considera-se que esta hipótese não é legalmente possível.
41. Assim, a aplicação do referido *controlo interorgânico residual* pressupõe a equiparação do juiz do TCRS ao juiz de instrução, no âmbito dos recursos de decisões interlocutórias. Sucede que o próprio juiz de instrução é chamado a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

intervir na fase organicamente administrativa do processo contraordenacional (cf. artigo 21.º, do NRJC). O que significa que o TCRS não pode assumir, nessa fase, tal função, pois aquilo que a mesma implica e visa proteger já está salvaguardado.

42. Dir-se-á: mas, por uma questão de oportunidade e economia processual, poder-se-ia aproveitar o controlo exercido pelo Tribunal nos recursos de decisões interlocutórias para rever, a título incidental, do mérito das decisões do Ministério Público, tanto mais que o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias – cf. artigos 84.º, n.ºs 1 e 2, e 85.º, n.º 1, ambos do NRJC – é indiciador de que se pretendeu evitar que as ilegalidades ocorridas ao longo do processo sejam suscitadas no recurso de impugnação judicial da decisão final.
43. Estes argumentos não são válidos, porque o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias foi pensado e previsto apenas para o controlo das decisões da AdC. E não é indiferente que esteja em causa uma decisão da AdC ou uma decisão do Ministério Público, pois a atribuição de competência ao Ministério Público tem subjacente, conforme já referido, mais garantia, o que é correlativo de mais confiança.
44. Acresce ainda que, por meras razões de oportunidade, estar-se-ia a enveredar por uma solução de controlo interorgânico injustificadamente exasperada face ao regime seguido no processo penal, pois, conforme se nota na decisão proferida por este Tribunal, no processo n.º 83/18.7YUSTR, *“se no processo criminal o exercício de competências probatórias restritivas de direitos, liberdade e garantias pelo Ministério Público se encontra salvaguardado por aquele regime de sindicância correspectivo da sua autonomia e domínio do inquérito, tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão pudesse intervir no controlo dessa*



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 159/19.3YUSTR-B

actividade além daquilo que o Juiz de Instrução pode nos termos da lei processual penal”.

45. Quanto às razões de economia processual, o argumento não é igualmente válido, pois há razões desta natureza que ditam solução contrária, conforme, aliás, o TCRS salientou, na referida decisão proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, ao chamar a atenção para o facto de estar em causa uma discussão que, em última instância, ganha a sua relevância se os meios de prova afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória, pois, neste momento, *“a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC não procedeu a qualquer acto processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude. Aliás, tão mais prematura é essa relevância que, como temos vindo a dizer, essa apreensão não isenta a AdC de um juízo de utilidade e aferição do valor probatório nos actos de prosseguimento processual do respectivo processo sancionatório e que pode, em abstracto, conduzir a uma decisão de irrelevância e desentranhamento da prova, esvaziando a ilegalidade da restrição que a visada/recorrente quer ver sindicada”.*
46. É claro que a solução alcançada, sendo plenamente satisfatória do ponto de vista do controlo judicial dos atos próprios do Ministério Público, não garante o mesmo grau de satisfação relativamente ao controlo judicial dos atos da AdC, pois estes ficarão por apreciar e decidir durante a fase organicamente administrativa do processo, sem que sejam válidos, quanto aos mesmos, pelo menos parte dos argumentos precedentes. Inclusive se pode alegar que, por esta via, fica comprometida a finalidade subjacente ao regime-regra dos recursos interlocutórios.



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 159/19.3YUSTR-B

47. Estas asserções são válidas. Contudo, não é possível dar uma resposta para o problema que seja plenamente satisfatória para todos os interesses envolvidos ou que, numa perspetiva menos ambiciosa, garanta em certa medida, inferior à satisfação plena, uns e outros, pois os termos do conflito não permitem uma solução de compromisso. Assim, a opção pelo controlo judicial imediato dos atos próprios da AdC levará a uma antecipação do controlo judicial dos atos próprios do Ministério Público. Por sua vez, o diferimento do controlo judicial do Ministério Público conduzirá ao protelamento do controlo judicial dos atos próprios da AdC.
48. Por ora, considero que há razões mais fortes para optar pela segunda hipótese enunciada no final do parágrafo precedente. Tais razões estribam-se, no essencial, no argumento relativo à economia processual já referido, traduzido na circunstância de, em regra, estar em causa uma discussão relacionada com meios de prova e que, em última instância, ganha a sua relevância se os elementos probatórios afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória. Uma discussão que apenas terá efetiva utilidade no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória.
49. Assim, quanto aos atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do Ministério Público, apenas podem ser objeto de controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória.
50. Por fim, no que respeita aos **atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação dos atos do Ministério Público**, considero não existirem razões para não se fazer aplicação do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias da AdC previsto no NRJC, pelo que os mesmos



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 159/19.3YUSTR-B

poderão ser apreciados e sujeitos a controlo judicial pelo TCRS durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação. Foi também este o entendimento adotado pelo TRL no processo n.º 229/18.5YUSTR.

51. No caso concreto, o primeiro fundamento do recurso (ilegalidade da apreensão de ficheiros que não corresponde ao auto de apreensão) e o terceiro fundamento (a ilegalidade da decisão de apreensão de mensagens de correio eletrónico protegidas por segredo de advogado) dizem respeito a atos próprios da AdC, cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação dos atos do Ministério Público, pelo que serão apreciados e decididos.
52. Quanto ao segundo fundamento do recurso (nulidade da apreensão (e da prova) de correio eletrónico em processo de contraordenação), a conclusão é diversa. Assim, pese embora seja exata a alegação da Recorrente no sentido de que a AdC podia não ter procedido à apreensão de correio eletrónico, a verdade é que o despacho do Ministério Público autorizava a apreensão de tais documentos. Por conseguinte, uma decisão deste Tribunal no sentido pretendido pela Recorrente estaria, na verdade, a rever ou controlar a decisão do Ministério Público.
53. Em consequência, este terceiro fundamento de recurso não será decidido. Contudo, importa advertir que isto não significa que a questão jurídica suscitada, designadamente da apreensão de correspondência eletrónica em processos de contraordenação, não seja apreciada, mas enquanto parâmetro incidental de decisão dos demais fundamentos, designadamente do segundo, e na medida do necessário para a sua decisão, e não enquanto questão autónoma.
54. Passemos, então, à análise dos primeiro e terceiro fundamentos de recurso.



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 159/19.3YUSTR-B

55. **Segundo fundamento – a ilegalidade da decisão de apreensão de mensagens de correio eletrónico protegidas pelo segredo de advogado:**
56. **Alega a Recorrente que** a AdC apreendeu, pelo menos, 7 ficheiros informáticos, que identifica no artigo 93.º do recurso de impugnação, que estão cobertos por segredo profissional de advogado, sustentando que também no processo de contraordenação vale a absoluta proibição da apreensão dos e-mails enviados ou recebidos pelos advogados, externos ou internos, ou com CC de advogados internos ou externos.
57. Adicionalmente, salienta que estando em causa a apreensão de todo o conteúdo de mensagens de correio eletrónico que têm como destinatário, remetente ou CC advogados internos e externos da Buscada e que estão abrangidas pelo sigilo profissional, sempre cumpriria ao Juiz decidir sobre a legitimidade da invocação do segredo profissional pela Buscada mediante requerimento de 10.05.2019 que apresentou junto da AdC, nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 182.º e 135.º do CPP aplicáveis *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO, o que, tanto quanto se sabe, não sucedeu.
58. Mais esclarece que, no dia 10.05.2019, aquando do início da diligência, a Buscada disponibilizou uma lista à AdC, aditada posteriormente em 14.05.2019 e 15.05.2019, identificando os seus advogados internos e externos, no sentido de assegurar que a AdC não examinasse, nem analisasse quaisquer mensagens de correio eletrónico em que os advogados da Buscada (internos e/ou externos) surgissem como remetentes, destinatários ou lhes tenham sido enviados para conhecimento.



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 159/19.3YUSTR-B

59. Contudo, a AdC não tomou as medidas necessárias a assegurar a proteção do sigilo profissional de advogado durante a diligência de busca e exame de mensagens de correio eletrónico, não tendo aplicado um filtro, conforme requerido pela Recorrente, que permitisse excluir mensagens de correio eletrónico enviadas e/ou recebidas por advogados internos e externos, em particular os constantes da lista de advogados expressamente fornecida para o efeito, do universo de pesquisas realizadas pela AdC.
60. Para além disso, no final da diligência a AdC introduziu o filtro e os seus funcionários asseguraram que nenhum email detetado pelo filtro havia sido apreendido.
61. Em face do exposto, a Recorrente que a apreensão pela AdC é ilegal porque foi realizada em violação do segredo profissional, mediante a apreensão de prova protegida por tal segredo, o que tem por consequência a nulidade da aludida apreensão e, consequentemente, de toda a prova recolhida, devendo a mesma ser desconsiderada e não podendo ser utilizada para qualquer efeito, nos termos do disposto nos artigos 20.º n.ºs 1 e 5 da LdC, 42.º n.º 1 do RGCO, do 135.º, 123.º e 182.º CPP, 92.º do EOA e 20.º, 32.º n.º 10, 34.º e 208.º da CRP, o que requer.
62. Mais defende que estando em causa a apreensão de todo o conteúdo de mensagens de correio eletrónico que têm como destinatário, remetente ou CC advogados internos e externos da Buscada e que estão abrangidas pelo sigilo profissional, sempre cumpriria ao Juiz decidir sobre a legitimidade da invocação do segredo profissional pela Buscada mediante requerimento de 10.05.2019 que apresentou junto da AdC, nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 182.º e 135.º do CPP aplicáveis *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO, o que, tanto quanto se sabe, não sucedeu.



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 159/19.3YUSTR-B

63. Por conseguinte, considera que deve ser declarada a nulidade da apreensão da correspondência realizada pela AdC e, consequentemente, a nulidade da prova e da recolha de elementos obtidos no decurso da diligência de busca, por força da violação do princípio da reserva de competência judicial para averiguar da legitimidade da recusa de entrega de documentos sujeitos ao sigilo profissional e dos direitos fundamentais de inviolabilidade do sigilo de correspondência, do desenvolvimento da personalidade, da garantia da liberdade individual e da auto determinação e da garantia da privacidade, devendo os funcionários da AdC que, indevidamente, tomaram conhecimento de factos abrangidos pelo sigilo profissional em causa ficar vinculados a guardar segredo quanto aos mesmos, sob pena de incorrerem na prática de crime.
64. **A AdC respondeu**, referindo que os emails identificados pela Arguida não constam no processo.
65. **Cumpre apreciar e decidir**.
66. Considerando que os emails identificados no artigo 93.º do recurso de impugnação já não constam no processo, este terceiro fundamento reconduz-se à questão de saber se foi praticado um vício decorrente da violação do princípio da reserva de juiz por não caber à AdC, mas ao juiz decidir sobre a legitimidade da invocação do segredo profissional pela Buscada mediante requerimento de 10.05.2019 que apresentou junto da AdC. Quanto a esta questão, entende a Recorrente que, face ao teor do seu requerimento e à entrega à AdC da lista de advogados internos e externos, a AdC estava absolutamente proibida de proceder à apreensão dos e-mails enviados ou recebidos pelos



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 159/19.3YUSTR-B

advogados, externos ou internos, ou com CC de advogados internos ou externos da Buscada pelos funcionários da AdC. Essa competência era do juiz.

67. Para resolver estas questões importa tecer algumas considerações gerais sobre o segredo profissional do advogado e o regime legalmente previsto para a sua proteção.
68. O segredo profissional do advogado é merecedor de proteção ao nível mais essencial dos direitos e garantias fundamentais, não em nome da salvaguarda da privacidade em si mesma, mas enquanto instrumento necessário para o exercício de direitos de defesa, em particular do direito de ser assistido por advogado e do direito à não autoincriminação¹³, que, por sua vez, são essenciais para assegurar o direito de acesso ao direito e uma tutela jurisdicional efetiva (cf. artigo 20.º da Constituição).
69. Por conseguinte, podemos afirmar, com JOÃO CONDE CORREIA, que o segredo profissional do advogado salvaguarda o “próprio interesse coletivo na existência de mecanismos minimamente eficazes de acesso ao direito”, consubstanciando como tal uma “conditio sine qua non da garantia de acesso ao direito (art. 20.º CRP)”, pois “sem essa garantia institucional mínima, o constituinte jamais poderá confiar, integralmente, no seu advogado, disponibilizando-lhe os dados necessários à preparação da defesa das suas pretensões jurídicas no quadro de um Estado de direito. Aquilo que ele lhe conta deve ficar secreto, não podendo jamais ser divulgado a terceiros. Só assim se poderá construir essa relação de confiança, essencial para o próprio, mas também para a construção e manutenção de um sistema de justiça capaz de

¹³ Neste sentido e para mais desenvolvimentos veja-se ERIC GIPPINI-FOURNIER, *Legal Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: beyond the Cursory Glance*, 28(4) Fordham J. Int'l L., (2005), disponível <https://ssrn.com/abstract=635963> (acedido no dia 03.10.2019). O autor chama a atenção para o facto desta conceção ir a encontro da própria jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e da jurisprudência europeia – cf. em particular pp. 24 e ss..



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 159/19.3YUSTR-B

assegurar a cada um a possibilidade de defender os seus direitos. Quebrar este segredo significa limitar as garantias individuais e, igualmente, o interesse coletivo na salvaguarda das condições ideais para o livre exercício daqueles”¹⁴.

70. Em geral, nos processos de contraordenação essa proteção especial é assegurada por via da proibição de utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional do advogado, consagrada no artigo 42.º, n.º 1, do RGCO. Quanto ao alcance exato desta proibição e, concomitantemente, do âmbito de proteção, torna-se necessário, previamente, determinar ou definir em que consiste o segredo profissional do advogado, ou seja, delimitar o seu perímetro de proteção.
71. A resposta a esta questão é diferente consoante se faça uma interpretação fechada ou restrita ao ordenamento jurídico nacional ou uma interpretação que leve em consideração os procedimentos adotados, nesta matéria, pelo direito europeu da concorrência. Vejamos porquê.
72. Começando pela primeira perspetiva (restrita ao ordenamento jurídico nacional), o RGCO não fornece elementos para a delimitação do âmbito de proteção do segredo profissional. A resposta deve ser encontrada, em primeiro lugar, no Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro, na medida em que contém normas de aplicação geral e, nessa medida, transversais a qualquer processo judicial. Adicionalmente, dever-se-á considerar o CPP, caso este diploma assegure uma proteção maior do que aquela que resulta do EOA, sob pena de uma antinomia insustentável.
73. Uma antinomia desta natureza, no que respeita ao tema em análise, verificar-se-ia se o regime do RGCO (por si só ou em conjugação com o EOA) fosse menos

¹⁴ *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, já citado, anotação ao artigo 180.º, p. 658, § 8.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

exigente ou mais permissivo no processo de contraordenação quanto à admissibilidade e execução de meios de prova mais lesivos de direitos fundamentais face àquilo que a lei consente no processo-crime. O que é aceitável, do ponto de vista da proporcionalidade, e se encontra refletido, em termos gerais, no artigo 42.º, do RGCO é justamente o contrário. Por conseguinte, a existência de uma aporia deste género poderia ser reveladora da existência de uma lacuna, no sentido de que o regime consagrado no RGCO é um regime geral e que o legislador não ponderou – de todo ou com razoabilidade – determinadas exceções ou especificidades, sendo nestas exceções que ocorre a antinomia e justificam o recurso subsidiário às normas aplicáveis ao processo criminal. Estas mesmas considerações valem para o NRJC e para efeitos de aplicação da remissão prevista no artigo 13.º, n.º 1, do diploma.

74. Com relevo para a determinação do âmbito do segredo profissional, revela-se, essencial, em primeiro lugar, o artigo 92.º, do EOA, no qual se explicita o âmbito objetivo do segredo profissional do advogado (cf. nºs 1 a 3) e o seu âmbito subjetivo, que inclui não só o advogado, mas também todas as pessoas que colaborem com o advogado no exercício da sua atividade profissional (n.º 7).
75. A localização sistemática da norma, no capítulo do EOA relativo aos princípios gerais da deontologia profissional, poderia sugerir que o seu âmbito de aplicação está limitado aos deveres de confidencialidade dos advogados, que é uma matéria distinta do segredo profissional do advogado. Efetivamente, os deveres de confidencialidade estão relacionados com a responsabilidade disciplinar e outras eventuais formas de responsabilidade do sujeito vinculado a esses deveres para com o cliente. O segredo profissional do advogado é um



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 159/19.3YUSTR-B

“privilégio” com implicações ao nível da admissibilidade e requisitos de admissibilidade de determinados meios de prova¹⁵.

76. Contudo, o aludido argumento da inserção sistemática não tem o alcance referido na medida em que o artigo 92.º, n.º 5, do EOA, faz com o que o artigo legal ultrapasse as fronteiras dos deveres de confidencialidade, conduzindo-o para o domínio do segredo profissional do advogado, ao estipular que *os atos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo*. Por conseguinte, os âmbitos objetivo e subjetivo definidos pelo artigo 92.º, do EOA, servem não só para delimitar os deveres de confidencialidade dos advogados, como também o âmbito de proteção de segredo profissional. Mas, note-se, não em relação a todo e qualquer meio de obtenção de prova ou meio de prova.
77. Efetivamente, no que respeita ao segredo profissional do advogado, o artigo 92.º, do EOA, por força do citado n.º 5, apenas se aplica aos meios de obtenção de prova e meios de prova cuja revelação da informação incluída no seu âmbito objetivo de proteção é transmitida pelo advogado ou pelas demais pessoas sujeitas ao segredo, ou seja, a aquisição da prova pressupõe uma participação ativa da parte dos sujeitos vinculados ao segredo. Seja uma participação espontânea ou não, pois o artigo 92.º, n.º 5, do EOA, não distingue.
78. Assim, como primeira conclusão intermédia de relevo para a decisão do caso importa notar e fixar o seguinte: do artigo 92.º, do EOA, não resulta que quaisquer mensagens de correio eletrónico em que aparecem os advogados da empresa visada (internos e/ou externos) – surjam como remetentes, destinatários ou em conhecimento – só por si estejam a coberto do segredo profissional do advogado. Tais elementos são insuficientes para reconduzir a

¹⁵ Veja-se sobre esta diferença ERIC GIPPINI-FOURNIER, ob. cit., pp. 7 e ss..



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 159/19.3YUSTR-B

mensagem ao perímetro de proteção do segredo profissional do advogado, desde logo, porque o âmbito objetivo, definido pelo artigo 92.º, n.º 1, do EOA, é mais restrito, não incluindo toda e qualquer mensagem trocada entre o advogado e o cliente, sendo necessário, pelo menos, uma conexão funcional com o exercício da sua atividade profissional (cf. corpo do n.º 1 do artigo 92.º do EA).

79. Não são necessárias grandes lucubrações para se perceber esta restrição, pois é bastante evidente que os fundamentos que sustentam este direito – recorde-se os direitos de defesa – nunca se conciliariam com mensagens sem uma qualquer conexão funcional com o exercício da atividade profissional do advogado, uma vez que não está em causa a proteção da privacidade em si mesma, ou seja, não se trata de proteger tudo aquilo que o cliente confessa ou expõe ao seu advogado. No que respeita à proteção específica concedida pelo segredo profissional, o advogado não é um depositário ou guardião da privacidade do cliente, mas apenas daquela que pode comprometer os referidos direitos de defesa.
80. Para além das restrições introduzidas pelo âmbito objetivo, o artigo 92.º do EOA introduz outros filtros adicionais. Assim, por via do n.º 5 da norma, o legislador aditou um filtro subjetivo, na medida em que limitou o âmbito de proteção ao advogado, extensivo, por via do n.º 7, às pessoas vinculadas ao segredo e, para além disso, introduziu um filtro probatório, relacionado com o meio de obtenção de prova ou com o meio de prova em causa, conforme referido.
81. Assim, a conjugação destas normas com o artigo 42.º, n.º 1, do RGCO, leva-nos a concluir, no que respeita a prova documental (entendida aqui em sentido lato), que não é permitido, em geral, no processo de contraordenação: (i) ordenar a um advogado ou outra pessoa sujeita ao segredo profissional 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 159/19.3YUSTR-B

junte um documento que se relacione direta ou indiretamente com os factos sujeitos a sigilo e que se recuse ou, não se recusando, não seja dispensado do segredo – cf. artigo 92.º, n.ºs 1, 3, 4 e 6 do EOA; (ii) e a junção por um advogado ou outra pessoa sujeita ao segredo profissional de um documento que se relacione direta ou indiretamente com os factos sujeitos a sigilo e que não esteja dispensado do segredo nos termos do artigo 92.º, n.º 4, do EOA.

82. Note-se que, neste ponto, o regime previsto no RGCO não entra em colisão com o CPP, pois este diploma é mais permissivo, na medida em que permite que, através de um incidente de quebra do segredo, o advogado e as demais pessoas vinculadas ao segredo possam ser obrigadas, mediante uma ordem da autoridade judiciária, a entregar o documento – cf. artigo 182.º, do CPP.
83. Numa subsunção intermédia do direito ao caso concreto impõe-se referir que a situação discutida nos autos não se reconduz a nenhuma das hipóteses indicadas. O que não torna as considerações expostas ociosas pois a Recorrente invoca a violação dos artigos 182.º, do CPP, e 92.º, do EOA. Neste momento, podemos já afastar a violação do artigo 182.º, do CPP, pois não está em causa nenhuma ordem de entrega dirigida a um advogado ou a uma das pessoas vinculadas ao segredo profissional de documentos ou quaisquer objetos que estejam na sua posse. Também não se coloca a violação do artigo 92.º do EOA, isoladamente considerado, por não estar em causa adicionalmente a entrega espontânea de documentos ou elementos por parte de um dos sujeitos referidos. A Recorrente invoca ainda o artigo 135.º, do CPP, mas também sem razão, pois a norma aplica-se a depoimentos de testemunhas, hipótese que não é a discutida nos autos.
84. Para além do artigo 92.º, do EOA, há que considerar adicionalmente o artigo 76.º, do EOA. O âmbito de aplicação desta norma é diferente. Assim, neste preceito estipula-se: que não pode ser apreendida a correspondência, seja qual



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 159/19.3YUSTR-B

for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão (n.º 1); que esta proibição é extensiva à correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado (n.º 2); que se compreendem na correspondência as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado (n.º 3); e que se excetua da proibição o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido (n.º 4).

85. Quanto ao conceito de correspondência adotado pela norma, note-se, tal como esclarece JOÃO CONDE CORREIA, que, ao “contrário do art. 179.º [do CPP] que apenas proíbe a apreensão da correspondência do advogado que se encontrar em curso (...), o art. 76.º/1 do EOA proíbe a apreensão de qualquer correspondência, mesmo que o ato comunicacional ainda não tenha começado ou já tenha terminado e aquela já esteja aberta, merecendo a mesma tutela jurídica dos meros documentos. O que está em causa não é a proteção jurídico-constitucional de que beneficie a correspondência (art. 34.º/4, CRP), mas o sigilo profissional de que esses documentos (sejam eles ou não correspondência) gozam. Só não será assim, quando essa correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído como arguido (art. 76.º/4 EOA)”¹⁶.
86. Sobre os meios de obtenção de prova e os meios de prova objeto desta norma é necessário referir que a mesma: se segue ao artigo 75.º do EOA, que estipula procedimentos para a imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório ou sociedade de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a interceção e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrónico,

¹⁶Comentário Judiciário ..., ob. cit. anotação ao artigo 180.º, p. 662, § 13.



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 159/19.3YUSTR-B

utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados; e que precede o artigo 76.º, do EOA, que prevê o direito de reclamação, *no decurso das diligências previstas nos artigos anteriores*, destinado a garantir a preservação do segredo profissional, que pode ser apresentado pelo advogado interessado ou, na sua falta, qualquer dos seus familiares ou trabalhadores presentes, bem como o representante da Ordem dos Advogados (n.º 1).

87. Face ao âmbito do artigo 92.º, do EOA, nos termos indicados, e considerando o teor do artigo 75.º e do artigo 77.º, do EOA, e à circunstância do mesmo se aplicar no “*decorso das diligências previstas nos artigos anteriores*”, é de concluir que o artigo 76.º, do EOA, está circunscrito às hipóteses especiais consagradas no artigo 75.º, do diploma, ou seja, diligências de prova invasivas, que dispensam a participação ativa dos sujeitos obrigados ao segredo.
88. Foi este o entendimento adotado pelo Tribunal da Relação de Lisboa de 02.03.2011, processo n.º 463/07.3TAALM-A.L1-3, no qual se exarou o seguinte: “as regras relativas à proibição de apreensão de correspondência, mesmo aberta, entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato, constantes do art. 71º do EOA deriva da tutela do segredo profissional e só ocorre quando a apreensão tenha lugar no escritório de advogado ou em qualquer outro lugar onde este faça arquivo (art. 70º nº 3 do EOA), gozando assim da mesma protecção que a lei processual penal já confere a todos os “documentos abrangidos pelo segredo profissional” no art. 180º do Código de Processo Penal”. O artigo 71.º, do EOA, corresponde ao atual artigo 76.º do EOA em vigor.
89. Assim, no artigo 76.º, do EOA, o legislador também introduziu filtros adicionais, designadamente filtros que combinam: (i) um espaço, físico (escritório do advogado, sociedade de advogados ou local utilizado como



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 159/19.3YUSTR-B

arquivo) ou simbólico (conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados); (ii) uma restrição subjetiva ao advogado; (iii) e um filtro relacionado com os meios de obtenção de prova e meios de prova, limitado àqueles que dispensam uma participação ativa da parte do advogado ou das demais pessoas vinculadas ao segredo.

90. Note-se que a adoção deste tipo de filtros para definir o âmbito de proteção do segredo profissional do advogado não é exclusiva do nosso ordenamento jurídico. Por exemplo, na Alemanha os Tribunais tiveram alguma dificuldade na incorporação dos padrões definidos pela jurisprudência da União Europeia nesta matéria (e que iremos desenvolver *infra*) porque a confidencialidade das comunicações entre o advogado e o cliente protegia apenas documentos no escritório do advogado e, no que respeita a documentos nas instalações do cliente, apenas aqueles que haviam sido trocadas com o “acusado”, ou seja, comunicações posteriores à acusação¹⁷.
91. A razão de ser dos referidos filtros está sobretudo na circunstância do nosso ordenamento jurídico relacionar, de uma forma muito estreita, o âmbito de proteção do segredo profissional com os deveres de confidencialidade do advogado, de tal forma que, em regra, a proteção só é concedida quando o documento está na posse do advogado ou das demais pessoas sujeitas a esses deveres de confidencialidade. Só não é assim numa hipótese (similar à do ordenamento jurídico alemão), a da correspondência entre o arguido e o advogado, prevista no artigo 179.º, n.º 2, do CPP, e que iremos analisar *infra*.
92. Mas antes de analisarmos essa hipótese, por ora, pretendemos salientar sobretudo o seguinte: é essa conexão subjetiva que, depois, acaba por suportar

¹⁷ERIC GIPPINI-FOURNIER, ob. cit., p. 72.



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 159/19.3YUSTR-B

a restrição da proteção, no âmbito de diligências invasivas, aos espaços físicos ou simbólicos controlados pelo advogado e pelas demais pessoas sujeitas aos deveres de confidencialidade. Neste enquadramento, a razão surge com bastante clareza: “[e]xcentuando os casos em que é muito provável encontrar documentos ou objetos abrangidos por um dever de reserva (v. g. buscas ou apreensões em escritório de advogado, em consultório médico ou em redação de fornais), que justifiquem cautelas adicionais (arts. 177.º/5, 180.º), as instâncias formais de controlo podem nem sequer ter razões para suspeitar do carácter secreto daquilo que pretendem apreender. Compete pois ... àqueles a quem o segredo foi confiado zelar pela sua integral manutenção, criando as condições pessoais, organizacionais e físicas indispensáveis à sua conservação”¹⁸.

93. Assim, da aplicação do artigo 76.º, do EOA, resulta a proibição de apreensão de correspondência (aberta ou fechada, lida ou não lida), *seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão*, em imposição de selos, o arrolamento, buscas e diligências equivalentes no escritório ou sociedade de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como no âmbito da interceção e gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão.
94. Em face das asserções precedentes, como segunda conclusão intermédia de relevo para a decisão do caso importa notar e fixar o seguinte: do artigo 76.º, do EOA, também não resulta que quaisquer mensagens de correio eletrónico em que aparecem os advogados da empresa visada (internos e/ou externos) – surjam como remetentes, destinatários ou em conhecimento – só por si estejam a coberto do segredo profissional do advogado. Tais elementos são

¹⁸ JOÃO CONDE CORREIA, *Comentário Judiciário* ..., ob. cit., anotação ao artigo 182.º, p. 679, § 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 159/19.3YUSTR-B

insuficientes para reconduzir a mensagem ao perímetro de proteção do segredo profissional do advogado, desde logo, porque o âmbito objetivo, definido pelo artigo 76.º, do EOA, é mais restrito, não incluindo toda e qualquer mensagem trocada entre o advogado e o cliente, sendo necessário, pelo menos, uma conexão funcional com o exercício da sua atividade profissional, pois tem de respeitar ao exercício da profissão – n.º 1 da norma. As razões são as mesmas já referidas a propósito do artigo 92.º, do EOA.

95. Para além das restrições introduzidas pelo âmbito objetivo, o artigo 76.º do EOA introduz, conforme vimos, outros filtros adicionais, de natureza espacial, subjetiva e probatória.
96. Numa segunda subsunção intermédia do direito ao caso concreto impõe-se referir que não foi violado o artigo 76.º do EOA, porque não está preenchido o filtro espacial-subjetivo, pois as diligências de buscas e apreensão não foram efetuadas em escritório ou sociedade de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como os ficheiros eletrónicos não foram recolhidos de endereço eletrónico, utilizado pelo advogado no exercício da profissão.
97. A propósito do EOA, a Recorrente faz ainda referência ao artigo 72.º, do EOA. O n.º 2 do preceito não tem qualquer afinidade com o caso. Quanto ao n.º 1 estipula o seguinte: *os magistrados, agentes de autoridade e trabalhadores em funções públicas devem assegurar aos advogados, aquando do exercício da sua profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas para o cabal desempenho do mandato*. Conforme resulta do seu teor trata-se de uma norma de âmbito geral, que pode ser bastante útil para suprir falhas de previsão legal expressa acerca de determinados procedimentos. Contudo, desta norma não podem resultar postulados normativos que contrariem aquilo que o legislador consagrou em normas



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 159/19.3YUSTR-B

específicas. Por conseguinte, do artigo 72.º, do EOA, não se colhem soluções diversas daquelas que resultam dos artigos 76.º e 92.º, ambos do EOA.

98. Estas são as proibições que se extraem da conjugação do artigo 42.º, n.º 1, do RGCO, com o EOA, em matéria de segredo profissional do advogado, tendo-se concluído que nenhuma foi violada.
99. Contudo, não são as únicas a considerar, pois o CPP prevê proibições adicionais a levar em conta sob pena de antinomia insustentável. Assim, pese embora o CPP permita – conforme referido – que se ordene a junção de documentos abrangidos pelo segredo profissional face à recusa do titular do segredo, mediante um incidente de quebra de segredo (cf. artigo 182.º, do CPP), não consente a apreensão de quaisquer documentos (e não apenas da correspondência incluída no artigo 76.º, do EOA) em escritórios de advogados – cf. artigo 180.º, n.º 2, do CPP. Para além disso, também não permite a apreensão de correspondência entre o arguido e o defensor, independentemente do local onde se encontra, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objeto ou elemento de um crime, – cf. artigo 179.º, n.º 2, do CPP. Devido à remissão do artigo 17.º, da LC, para esta norma, também não é permitida a apreensão de mensagens de correio eletrónico e de registos de comunicações de natureza semelhante, onde quer que se encontrem, salvo na hipótese referida.
100. Passemos à análise destas normas. Quanto ao artigo 180.º, do CPP, o preceito não inclui quaisquer mensagens de correio eletrónico em que aparecem os advogados da empresa visada (internos e/ou externos) – surjam como remetentes, destinatários ou em conhecimento. Tais elementos são insuficientes para reconduzir a mensagem ao perímetro de proteção do segredo profissional do advogado concedido pelo artigo 180.º, do CPP, desde logo, porque a norma não define o segredo profissional, sendo necessário recorrer ao EOA.



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 159/19.3YUSTR-B

Recorrendo ao EOA somos remetidos para os artigos 76.º, n.º 1, e 92.º, n.ºs 1 a 3, do EOA, e, pelas razões já expostas a propósito da análise destas normas, não basta que esteja em causa uma mensagem com os elementos referidos.

101. Para além das restrições introduzidas pelos artigos 76.º, n.º 1, e 92.º, n.ºs 1 a 3, do EOA, e que incidem sobre o âmbito objetivo do segredo profissional, temos de considerar adicionalmente o filtro espacial-subjetivo e o filtro probatório exigidos pelo artigo 180.º, do CPP, ou seja, estão em causa apreensões em escritório de advogado. O que, no caso concreto, não se verifica. Por conseguinte, ao contrário daquilo que a Recorrente invoca não é aplicável ao caso concreto o artigo 180.º, n.º 2, do CPP.
102. Passemos à análise do artigo 179.º, n.º 2, do CPP. A Recorrente não invoca esta norma, mas o n.º 3. Contudo, a aplicação deste n.º 3 está dependente da verificação do n.º 2.
103. O artigo 179.º, n.º 2, do CPP, alude apenas a “correspondência entre o arguido e o seu defensor”. Aparentemente, a norma não contém nenhum filtro objetivo-funcional, ou seja, de conexão da correspondência com o exercício da atividade profissional. Contudo, tal interpretação é insustentável, pois não é justificada do ponto de vista dos direitos subjacentes à proteção do segredo profissional. Por conseguinte, dever-se-á ver na utilização dos conceitos que identificam cada um dos sujeitos envolvidos no contexto da atividade profissional do advogado – “arguido” e “defensor” – a assunção desse filtro objetivo-funcional.
104. Isto significa que o artigo 179.º, n.º 2 e consequentemente o n.º 3, do CPP, não se aplicam a quaisquer mensagens de correio eletrónico em que aparecem os advogados da empresa visada (internos e/ou externos) – surjam como remetentes, destinatários ou em conhecimento.



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 159/19.3YUSTR-B

105. Para além disso, o artigo 179.º, do CPP, aplica-se à correspondência. Face à introdução de normas processuais especiais relativas à recolha de prova em suporte eletrónico com um potencial de aplicação generalizado¹⁹, designadamente o artigo 17.º da Lei do Cibercrime (doravante “LC”), aprovada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, é de concluir que a norma do CPP está circunscrita à correspondência física. Em consequência, esta norma não é diretamente aplicável a ficheiros eletrónicos, que são aqueles que estão em causa nos autos.
106. Contudo, isto apenas nos permite afastar a aplicação direta deste normativo legal, pois será necessário tê-lo em conta por via indireta, especificamente devido à remissão do artigo 17.º da LC. Passemos, então, à análise desta norma.
107. O artigo 17.º da LC diz respeito a “*mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante*” e estabelece para as mesmas um regime de tutela acrescido face à apreensão de dados informáticos em geral, regulada pelo artigo 16.º, da LC, ao exigir que seja o juiz ao autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova e ao determinar a aplicação correspondente do regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal. É problemático o conteúdo desta norma, em especial quanto à questão de saber se se aplica a estas comunicações o critério da correspondência aberta/fechada ou lida/não lida, consolidado para traçar os limites do conceito de correspondência física garantido pela Constituição no

¹⁹ Este potencial de aplicação generalizado resulta do artigo 11.º, n.º 1, em particular, na nossa perspetiva, da alínea c), da LC. Veja-se neste sentido SÓNIA FIDALGO que criticamente conclui o seguinte: “*A Lei do Cibercrime compreende, assim, um regime geral sobre recolha de prova em suporte eletrónico, aplicável a processo por qualquer crime; não se trata de regras processuais específicas para o setor da cibercriminalidade ou que se estendam também apenas aos processos por crimes praticados por meio de sistemas informáticos. Não se compreende, por isso, por que razão estas regras não foram inseridas no Código de Processo Penal*” – “A recolha de prova em suporte eletrónico – em particular, a apreensão de correio eletrónico”, in *Revista Julgar* n.º 38, maio-agosto 2019, pp. 151-165, p. 152.



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 159/19.3YUSTR-B

artigo 34.º, e cuja proteção é assegurada, no plano da lei ordinária, entre o mais, através do artigo 179.º, do CPP.

108. A validade deste critério resulta da circunstância do mesmo traduzir ou refletir o âmbito de proteção dos bens jurídicos essenciais subjacentes à garantia constitucional da correspondência. Ou seja, o critério da correspondência aberta/fechada-lida/não lida, enquanto critério que serve para traçar a fronteira da garantia constitucional no que respeita à correspondência física e dos regimes da lei ordinária que a refletem, não é um critério arbitrário, mas é aquele que melhor transpõe ou traduz, no mundo da vida, os comandos normativos subjacentes, que se reconduzem a um espaço de proteção fundamental constitucionalmente protegido. Por conseguinte, para se perceber este critério e a sua adequação é necessário compreender estes níveis de profundidade que o suportam.
109. Assim, o espaço de proteção de que estamos a falar diz respeito à garantia de condições de privacidade. Explicitando melhor: sem prejuízo de poderem existir outras diferenciações relevantes, a proteção da privacidade pode ser assegurada, pelo menos, numa perspetiva material ou numa perspetiva formal²⁰. Na primeira perspetiva (designada por *privacidade em sentido material ou temática*), protegem-se temas que se incluem na reserva da vida privada, onde quer que eles ocorram ou quaisquer que sejam as suas formas ou meios de manifestação. Na segunda perspetiva (designada por *privacidade em sentido formal ou espacial*), protegem-se espaços (estáticos ou dinâmicos, ou seja, locais ou processos/meios) que, em virtude de uma barreira física ou simbólica, que torna esses perímetros menos vulneráveis a violações ou interferências de terceiros, permitem que as pessoas se expressem livremente, nomeadamente

²⁰ Para mais e melhores desenvolvimentos sobre esta distinção veja-se COSTA ANDRADE, anotação ao artigo 192.º, *Comentário Conimbricense*, Tomo I, 2ª edição, pp. 1043-1045, § 8 a 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 159/19.3YUSTR-B

através de manifestações da vida privada. Estes espaços são protegidos, independentemente de incluírem ou não segmentos ou temas da vida privada, consubstanciando uma espécie de tutela avançada ou instrumental da privacidade. É a privacidade em sentido formal aquela que é protegida através da inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e dos demais meios de comunicação, consagrada no artigo 34.º, da Constituição²¹ e enquanto espaço dinâmico ou processo/meio de comunicação. Ou seja, o alvo de proteção fundamental não é o objeto da comunicação (o conteúdo da correspondência ou mensagem) “dotado de existência autónoma e independentemente do ato comunicativo”²², mas o “*ato comunicativo*” em si.

110. Como na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação intervêm, em regra, terceiros, subjacente à garantia constitucional prevista no artigo 34.º, da Constituição, está também a proteção, “de forma reflexa e derivada”, da «“confiança da comunidade na integridade” dos serviços postais e das telecomunicações»²³.
111. Em síntese: porque a correspondência é um espaço (processo dinâmico) privilegiado para manifestações da vida privada é necessário garantir a sua inviolabilidade face a todos os terceiros que não os sujeitos envolvidos na comunicação e a proteção da confiança na integridade dos serviços.
112. O critério da correspondência aberta/fechada é o mais adequado para assegurar e refletir esta lógica de proteção, quer como critério positivo ou de inclusão, quer como critério negativo ou de exclusão, ou seja, como princípio e fim do ato comunicativo, que corporiza o espaço dinâmico de proteção. Como critério

²¹ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Comentário Judiciário* ..., obra citada, p. 640, § 3.

²² JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO DURO, *Lei da Concorrência Comentário Conimbricense*, Almedina, 1.ª edição, anotação ao artigo 18.º do NRJC, p. 210, § 7.

²³ COSTA ANDRADE, anotação ao artigo 194.º, *Comentário Conimbricense*, Tomo I, 1ª edição, p. 754, § 5.



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 159/19.3YUSTR-B

positivo ou de inclusão (ou princípio do ato comunicativo) significa que só a correspondência que o remetente tenha fechado é que merece proteção. A razão é simples e evidente: “é ao fechar a carta que se dá expressão visível ao desejo de confidencialidade”²⁴. Como critério negativo ou de exclusão (ou fim do ato comunicativo) significa que a correspondência aberta pelo destinatário deixa de ter proteção, porque “a vulnerabilidade da correspondência já não é tão grande”²⁵, pois o “risco que a transmissão em princípio consubstancia desaparece, ficando a proteção dos dados privados ou secretos que ela eventualmente encerra na livre disponibilidade do recetor. Ele é que deve tomar as cautelas necessárias para os manter fora do alcance da curiosidade ou da inscrição de terceiros, em particular das instâncias formais de controlo”²⁶.

113. Em consequência, a correspondência que o remetente não fechou e a correspondência que o destinatário abriu não têm ou deixam de ter proteção respetivamente, consubstanciando meros documentos e, estando nessa medida, sujeitos ao regime da prova documental ou a qualquer outro regime de proteção especial que tutele o conteúdo da mensagem em função (agora) do tema.
114. Estes parâmetros, cuja aplicação à correspondência física alcançou alguma consolidação, têm gerado discussão e divergência em relação às *mensagens de correio eletrónico*, sob a forma de mensagens lidas e não lidas. Encontramos várias posições na doutrina que se pronunciam contra a utilização deste critério.
115. Assim, DAVID RAMALHO que, em tese geral, chama a atenção para o facto de nem sempre ser possível a analogia, no plano ontológico, com o mundo físico para construir soluções adequadas ao ambiente virtual²⁷, rejeita o referido

²⁴ BGH alemão, *apud* COSTA ANDRADE, obra citada, Anotação ao artigo 194.º, p. 758, § 16.

²⁵ JOÃO CONDE CORREIA, *Comentário Judiciário* ..., ob. cit., p. 642, § 6.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Métodos Ocultos de Investigação em Ambiente Digital*, Almedina, 2017, p. 354.



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 159/19.3YUSTR-B

critério com base, no essencial, nos seguintes argumentos: o silêncio do legislador, ao não efetuar qualquer diferenciação face a um tema tão discutido, é revelador de uma opção consciente de afastamento deste critério²⁸; “o próprio facto de o legislador se referir a *registos* de comunicações de natureza semelhante e não a comunicações, ... indicia que a tutela é conferida mesmo após a comunicação ter terminado e permanecer apenas o ficheiro recebido e aberto”²⁹; mais chama a atenção para o “anacronismo e inadequação da variação de regimes em função de um *clique* - frequentemente desprovido de qualquer apreensão do conteúdo da mensagem – bem como da noção de que uma mensagem de correio electrónico pode ter informações que extravasam o seu conteúdo legível (como metadados e [outros] dados de tráfego)”³⁰. Impõe-se ainda acrescentar que, na perspetiva deste autor, o regime especial previsto no artigo 17.º, da LC, destina-se a garantir não só a proteção da privacidade, como também do direito à autodeterminação informativa³¹.

116. Também RUI CARDOSO se pronuncia contra a utilização do critério aberto ou não aberto ou lido ou não lido em relação às mensagens de correio eletrónico, por considerar que não existem “reais bases para fundamentar nessa ilusão do *lido/não lido* diferentes níveis de tutela jurídica das mensagens de correio eletrónico ou semelhantes”³². Essas bases reais não existem, na perspetiva do autor, na medida em que o lido ou não lido “não é uma qualquer forma de proteção do conteúdo da mensagem, contrariamente ao que sucede com os envelopes no correio eletrónico”³³, pois não estão em causa “envelopes ou invólucros das mensagens, mas simples filtros que o utilizador pode definir (de

²⁸ *Idem*, p. 278.

²⁹ *Idem*, p. 278

³⁰ *Idem*, pp. 278-279.

³¹ *Idem*, p. 279.

³² Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 153, janeiro-março 2018, pp. 167-241, p. 186.

³³ *Idem*, p. 186.



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 159/19.3YUSTR-B

acordo com as suas preferências ou critérios) para mais facilmente gerir o volume de mensagens de correio eletrónico recebidas”³⁴ e que “podem ser facilmente alteráveis (e infinitamente) pelo utilizador, com um clique”. Mais chama a atenção para o facto desses filtros não existirem em todas as plataformas (por exemplo telefones móveis) e que os utilizadores podem receber o correio eletrónico em diferentes plataformas, sendo essa a regra, podendo constar numas como lidas e noutras como não lidas, dependendo das definições de sincronização possíveis e utilizadas³⁵.

117. SÓNIA FIDALGO segue esta posição, no essencial pelos mesmos argumentos invocados por RUI CARDOSO, concluindo que a “fronteira entre correio eletrónico lido e não lido é, assim, difícil de estabelecer”, sendo anacrónica e inadequada e, por essas razões, não adotada pelo legislador³⁶.
118. No contexto específico da aplicação da norma aos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, JOSÉ LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, após fazerem alusão ao enquadramento histórico decorrente das alterações introduzidas no artigo 190.º, do CPP, pela revisão do CPP de 1998, e no artigo 189.º do CPP em 2007, e por considerarem que o artigo 17.º da LC equipara as mensagens de correio eletrónico (ou registos análogos) armazenados em sistemas eletrónicos a correspondência, concluem pela inadmissibilidade de apreensão destes meios de prova nos processos de contraordenação³⁷.

³⁴ *Idem*, pp. 186-187.

³⁵ *Idem*, p. 187.

³⁶ Estudo citado, pp. 159-160.

³⁷ *Lei da Concorrência*, ob. citada, anotação ao artigo 18.º, § 210-213, § 7.



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 159/19.3YUSTR-B

119. Há jurisprudência de suporte a esta tese, designadamente o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.12.2017, processo n.º 184/12.5TELSB-B.L1-3³⁸, que indica mais jurisprudência relevante e em cujo sumário se sintetizou o seguinte: “Da redacção do artº 17º da Lei do Cibercrime resulta de forma clara que não esteve no espírito do legislador transpor para o correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante a distinção, por referência ao correio tradicional, de correio aberto ou fechado, o que desde logo se colhe do elemento literal previsto neste preceito legal com a expressão “armazenados” o que pressupõe que a comunicação já foi recebida/lida e, consequentemente, armazenada, além de não existirem razões para considerar diminuídas as exigências garantísticas do correio electrónico quando aberto/lido relativamente ao correio electrónico fechado, atenta a natureza própria destas comunicações”.
120. Contudo, esta posição não é unânime. Assim, em sentido contrário pronuncia-se SANTOS CABRAL, defendendo que a “mensagem de correio eletrónica mantida em suporte digital depois de recebida, e lida, terá a mesma proteção da carta em papel que tenha sido recebida pelo correio e que foi aberta e guardada em arquivo pessoal”, ou seja, “são um mero documento escrito pelo que tais mensagens não gozam de aplicação de regime de proteção da reserva da correspondência e das comunicações”³⁹.
121. Por sua vez, TIAGO MILHEIRO parte da premissa de que um “documento em si mesmo, por ser eletrónico, ou se encontrar em ambiente digital, não pode, só por esse motivo, beneficiar de uma tutela acrescida”, pelo que para não se “criar diferenciações irrazoáveis entre os documentos físicos e digitais” propõe que se utilize “um raciocínio hipotético sobre qual seria a disciplina processual

³⁸ In www.dgsi.pt.

³⁹ *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2016, 2ª edição revista e atualizada, p. 707, § 8.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

se o documento fosse em suporte físico”⁴⁰. Aplicando este critério distingue, a propósito do correio eletrónico, três situações: “a) se estiverem em trânsito aplica-se as regras das interceções telefónicas, devendo ser validadas e autorizadas por um juiz; b) se recebidas e não abertas são aplicadas as normas de apreensão de correspondência; c) se abertas trata-se de prova documental, não competindo ao juiz validá-las, mas sim ao MP”⁴¹, pois “a partir do momento em que [as comunicações são recebidas] e ficam registadas não existe motivo para conferir uma tutela acrescida e diferenciada em relação às comunicações por sistemas informáticos em confronto com outras formas de comunicação⁴².

122. JOÃO CONDE CORREIA, pese embora considere que a tese da irrelevância do critério lido/não lido seja aquela que corresponde a uma interpretação literal, face à ausência de qualquer distinção legal, entende que uma “leitura integrada e coerente, que acentue as inevitáveis semelhanças com os escritos tradicionais e as suas necessidades de tutela” tenderá a excluir o correio eletrónico aberto do âmbito de aplicação do artigo 17.º, da LC⁴³.
123. Crê-se que DUARTE NUNES vai um pouco mais longe, pelo menos, no plano do direito a constituir, por considerar que no correio eletrónico entregue não lido não há intervenção das comunicações e, em consequência, não há violação do direito à inviolabilidade da correspondência subjacente ao regime especial previsto no CPP para a correspondência física, não sendo diferente de outros dados informáticos e não se justificando, por conseguinte, um regime de tutela

⁴⁰ *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, já citado, anotação ao artigo 164.º, p. 510, § 15.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*, anotação ao artigo 189.º, p. 846, § 73.

⁴³ “Prova digital: enquadramento legal” (pp. 15-29), in *Cibercriminalidade e Prova Digital*, julho 2018, e-book do Centro de Estudos Judiciários, pp. 20-21, disponível em file:///C:/Users/MJ02554/Downloads/eb_Ciber_PDigital2018.pdf (visualizado em 03.10.2019).



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 159/19.3YUSTR-B

acrescido⁴⁴. Para além disso, invoca um conjunto de óbices de natureza operacional à aplicação do regime plasmado no artigo 179.º, do CPP (por remissão do artigo 17.º, da LC), a este tipo de documentos, na medida em que “podendo os e-mails ser em grande número e apenas alguns terem relevância para a investigação, a sua prévia abertura, leitura e posterior seleção para ser virem como prova por parte do juiz tenderá a ser uma tarefa verdadeiramente titânica e, no caso de tal suceder na fase de inquérito, os investigadores (policías) terão um muito melhor conhecimento da investigação (o que muito auxiliará na hora de selecionar quais os e-mails cujo conteúdo é relevante para a investigação) do que o JIC, que apenas intervém pontualmente”⁴⁵. No plano do direito constituído, o autor segue a tese do lido/não lido, limitando a aplicação do artigo 17.º, da LC, às mensagens de correio eletrónico não lidas, como forma de “*minimizar o desacerto e os efeitos nefastos da opção legislativa*”⁴⁶.

124. Adotam ainda tese da relevância do lido/não lido PAULO DÁ MESQUITA⁴⁷, RITA CARVALHO⁴⁸ e PEDRO VERDELHO^{49 50} É esta a posição que, muito respeito pelo entendimento contrário, se acolhe, pelas razões que se passam a expor.

125. Concorde-se com DAVID RAMALHO no sentido de que não nos devemos apoiar num critério de analogia ontológica, pois o mundo físico e o mundo digital

⁴⁴ *Os Meios de Obtenção de Prova previstos na Lei do Cibercrime*, Gestlegal, 2018, pp. 141-143.

⁴⁵ *Idem*, p. 143.

⁴⁶ *Idem*, p. 145.

⁴⁷ “Prolegómenos sobre prova eletrónica e interceção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime”, in *Processo Penal, Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime*, in *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, 2010, p. 118, apud Sónia Fidalgo, ob. cit., p. 159, nota 26.

⁴⁸ *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal. Natureza e respetivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra Editora, 2011, pp. 189-190.

⁴⁹ “Apreensão de correio eletrónico em Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, ano 25, outubro/dezembro de 2004, n.º 100, pp. 153-164, pp. 158-159.

⁵⁰ Para mais elementos sobre a questão veja-se Lei da Concorrência Anotada, anotação ao artigo 18.º, pp. 194-196, § 7.



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 159/19.3YUSTR-B

podem não partilhar, no plano ontológico, a identidade substantiva pressuposta pela analogia. Admite-se também que no plano axiológico-constitucional a prova digital possa suscitar dimensões de proteção novas ou diferentes. Contudo, o que já não é aceitável é que, conforme salienta TIAGO CAIADO MILHEIRO, existam “diferenciações irrazoáveis”, ou seja, diferenciações sem diferenças de suporte que verdadeiramente as justifiquem.

126. Esclarecida esta primeira premissa entende-se que não existem razões para que as coordenadas axiológico-constitucionais que estão subjacentes ao artigo 17.º, da LC, sejam diferentes daquelas que suportam o artigo 179.º, do CPP, e para as quais o legislador remete por via do segmento final do artigo 17.º.
127. É certo que, tal como DAVID RAMALHO chama a atenção, a mensagem de correio eletrónico pode ter “informações que extravasam o seu conteúdo legível (como metadados e [outros] dados de tráfego)”. Contudo, serão dados de tráfego relacionados apenas com o envio e receção da mensagem em questão e um envelope em papel também pode conter o registo de envio da correspondência física com indicação da data e pode igualmente revelar o local de envio.
128. O mesmo autor faz ainda referência ao direito à autodeterminação informativa como sendo um dos direitos tutelados através do artigo 17.º da LC, para além da privacidade. Contudo, a Constituição também protege este direito no domínio dos ficheiros manuais (cf. artigo 35.º, n.º 7, da Constituição), pelo que não há aqui um direito ou uma dimensão diferente de proteção exclusiva do mundo digital. Noutra perspetiva, é verdade que o direito à autodeterminação informativa tem o seu principal campo de aplicação no domínio informático, não só porque a sua emergência histórica está relacionada com os computadores e as bases de dados informáticas, como também porque o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

potencial de lesão por esta via é maior, face à quantidade de dados que podem ser armazenados e tratados. No entanto, este potencial de lesão acrescido não é exclusivo das mensagens de correio eletrónico, mas de qualquer dado informático ou ficheiro informático, sendo certo que a apreensão de dados informáticos em geral não está sujeita a um regime de tutela tão reforçado como aquele que está previsto no artigo 17.º da LC – cf. artigo 16.º da LC.

129. Ainda neste plano – o da identidade axiológico-constitucional entre as duas normas – refere-se no acórdão do TRL *supra* citado, com relevo para esta discussão, o seguinte: “a lei parece não ignorar que cada vez mais os cidadãos guardam nos seus computadores em ambiente laboral documentos escritos, fotografias da família ou gravações sonoras, que são susceptíveis de revelar segredos da vida íntima, a impor um reforço de tutela de proteção relativamente às comunicações electrónicas”. Resulta das considerações tecidas a propósito do artigo 179.º, do CPP, que o espaço de proteção fundamental subjacente à norma incide sobre a inviolabilidade da correspondência, enquanto privacidade em sentido formal, no sentido de um espaço dinâmico de proteção, que, nessa medida, não incide sobre o objeto de comunicação em si mesmo, autónomo e independente do ato comunicativo, mas sobre o processo comunicação. Isto significa que, no domínio do espaço de proteção subjacente ao artigo 179.º, do CPP, e que é o do artigo 34.º, da Constituição, não há um espaço estático de proteção em relação ao destinatário da mensagem ou comunicação. Ou seja, a inviolabilidade da correspondência não se destina a traçar um perímetro de resguardo em torno do destinatário.
130. Dir-se-á: não existe esta dimensão de proteção porque não existe, no mundo físico, um local ou um espaço onde, em regra, as pessoas guardam toda a correspondência recebida e aberta, uma espécie de depositário, cofre ou caixa postal de correspondência aberta e lida. Contudo, ainda assim considera-se,



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 159/19.3YUSTR-B

com muito respeito por entendimento contrário, que, mesmo no mundo virtual, ainda não há razões para se considerar que a caixa postal eletrónica cumpre essa função adicional de espaço estático de proteção da privacidade (perspetiva para a qual nos remetem as palavras *supra* reproduzidas escritas no acórdão do TRL), que mereça aqui uma tutela fundamental acrescida ou diferenciada face à correspondência física. Desde logo, porque não há razões para distinguir a caixa postal eletrónica do próprio computador pessoal, que pode conter inúmeros dados e ficheiros pessoalíssimos, sendo certo que a apreensão de dados informáticos em geral não está sujeita à tutela acrescida concedida à apreensão das mensagens de correio eletrónico.

131. Por conseguinte, não se encontram razões para afastar aquela primeira premissa, no sentido de que as coordenadas axiológico-constitucionais que estão subjacentes aos artigos 17.º da LC e 179.º do CPP são as mesmas. Ora, são estas coordenadas que dominam a teleologia da norma, pelo que uma interpretação orientada pela *ratio legis* deverá tê-las em consideração.
132. Há uma segunda premissa a considerar e para a qual somos conduzidos pela primeira premissa identificada. Conforme se referiu, subjacente ao artigo 179.º, do CPP e, agora, também ao artigo 17.º, da LC, está a privacidade em sentido formal ou espacial. Esta modalidade de privacidade pressupõe a definição de uma barreira física ou simbólica que define o perímetro de proteção. Por conseguinte, é inerente ao próprio conceito de mensagem de correio eletrónico a necessidade de definir essa barreira.
133. Para o efeito, não se encontra nem naquilo que o legislador disse, nem naquilo que omitiu, critérios decisivos. Assim, a utilização do termo “armazenados” é precedida do conceito “encontrados”, não sendo inequívoco que as duas palavras tenham sido utilizadas em sentido cumulativo ou alternativo. Quanto



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 159/19.3YUSTR-B

ao termo “registos” que precede as “comunicações de natureza semelhante” o resultado da aplicação do filtro “lido/não lido”, por via da sinalização da mensagem como lida, pode ser considerado um registo. No que diz respeito ao silêncio do legislador, num contexto de discussão e polémica acerca da adequação do critério, precedido pelas alterações dos artigos 190.º e depois 189.º ambos do CPP⁵¹, para além de apenas ser potencialmente decisivo se se aceitar uma interpretação subjetiva, que procura a vontade do legislador histórico, e que não é a mais correta, não se encontra nenhuma razão suficientemente forte para, mesmo nesse plano, atribuir ao silêncio do legislador apenas esse sentido.

134. Considera-se adicionalmente que também não é aplicável o critério no sentido de que onde o legislador não distingue não deve o intérprete distinguir, pois o conceito de mensagem de correio eletrónico pressupõe, por definição, que se trace a referida barreira física ou simbólica, pelo que não se trata de distinguir, excluindo aquilo que está potencialmente incluído num sentido pré-dado, mas de definir esse sentido *ab initio*.
135. Excluídos os elementos indicados entende-se que releva como critério decisivo o elemento teleológico, que nos remete para as referidas coordenadas axiológico-constitucionais. Assim, a barreira física ou simbólica deve ser aquela que garante a inviolabilidade da mensagem, enquanto espaço ou processo dinâmico de proteção, que incide sobre o ato comunicativo. Ora, o critério lido/não lido mostra-se ajustado para garantir este espaço de proteção. Mostra-se ajustado, por defeito, para determinar o princípio e é igualmente adequado para definir o fim do ato comunicativo, porque o filtro “lido”

⁵¹ Sobre estas alterações veja-se JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO DURO, obra já citada.



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 159/19.3YUSTR-B

significa que a mensagem já não é tão vulnerável, pois está na livre disponibilidade do recetor removê-la, destruí-la, guardá-la noutra local.

136. A circunstância do filtro “lido” não significar que se leu efetivamente o conteúdo da mensagem é irrelevante, pois o que importa é que o mesmo revela a referida disponibilidade. O facto desse filtro ser muito facilmente manipulável também não afasta a sua adequação. Assim, do ponto de vista da sua manipulação pelo destinatário, a única hipótese que se concebe será aquela em que o destinatário lê a mensagem e após a leitura assinala-a como não lida. Contudo, esta hipótese só seria relevante se se pretendesse excluir do conceito de mensagens de correio eletrónico mensagens que se encontram numa etapa do processo anterior à sua abertura. Se o objetivo é o contrário – designadamente afastar o critério para se ser mais restritivo – então não há razões para que, pelo menos, as mensagens identificadas como lidas não sejam excluídas do âmbito de proteção. Do ponto de vista de terceiros, tal manipulação significaria uma intromissão ilegítima na correspondência que também pode ocorrer, no mundo físico, através da abertura do envelope.
137. A circunstância de existirem plataformas que não têm estes filtros, ou seja, que não permitem saber se a mensagem foi aberta ou “lida” também não é relevante, pois significa apenas que, nesses casos, não há elementos suficientemente seguros para se assumir que a mensagem ultrapassou aquele limiar de vulnerabilidade que já não justifica mais a proteção acrescida. Quanto ao facto da mesma mensagem poder aparecer como “lida” numa plataforma e como “não lida” noutra ou sem qualquer sinalização também não compromete o critério, pois o que releva é a informação que se pode colher da plataforma onde é apreendida a mensagem, enquanto demonstrativa de que a mesma ultrapassou ou não o referido limiar de vulnerabilidade.



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 159/19.3YUSTR-B

138. Em face das asserções precedentes, a conclusão a que se chega é que o artigo 17.º, da LC, não se aplica às mensagens de correio eletrónico identificadas como “abertas” ou “lidas”. E alcançou-se esta conclusão não por via de uma analogia, no plano ontológico, entre o mundo físico e o mundo virtual, mas através de um percurso que partiu da identidade axiológico-constitucional entre os espaços de proteção fundamental das duas normas.
139. Note-se que, por via das asserções precedentes, centradas no âmbito de proteção constitucional do direito à inviolabilidade da correspondência, consagrado no artigo 34.º, da Constituição, estamos também a admitir que as mensagens de correio eletrónica lidas/abertas estão excluídas da tutela constitucional. Por conseguinte, mesmo numa interpretação estrita do segmento “processo criminal” previsto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, no sentido de não incluir o direito das contraordenações, as mensagens com as referidas características podem ser apreendidas num processo por práticas restritivas da concorrência.
140. O que do ponto de vista dos interesses juridicamente protegidos em confronto é totalmente justificado, pois, numa lógica de ponderação, mediada pelo princípio da proporcionalidade (cf. artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), entre, por um lado, os direitos fundamentais das empresas visadas e, por outro lado, a defesa da concorrência por via da punição de práticas restritivas da concorrência não temos a menor dúvida em concluir que é adequado, necessário e equilibrado utilizar estes meios de prova. Até porquê não poder utilizar estes meios de prova é que seria suscetível de fragilizar de forma grave e séria a defesa da concorrência por via da punição das práticas restritivas da concorrência. É esta, aliás, a perspetiva do legislador da União Europeia, que, nos processos que envolvem a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), admite inclusive a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

admissibilidade de todo o tipo de mensagens de correio eletrónico, *independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas* – cf. considerando 32, 35 e 73 e artigo 32.º 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

141. Assim, em relação a mensagens de correio eletrónico a não aplicação do artigo 17.º, da LC, conduz à não aplicação do artigo 179.º, n.ºs 2 e 3, do CPP, na medida em que o único fundamento legal suscetível de conduzir ao artigo 179.º do CPP seria por via da remissão plasmada no artigo 17.º, da LC.
142. É certo que há entendimentos que podem levar a um resultado diferente. Assim, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02.03.2011, processo n.º 463/07.3TAALM-A.L1-3, foi lavrado voto de vencido pelo Exmo. Senhor Desembargador Sérgio Bruno Póvoas Corvacho, no sentido de considerar que, não obstante “os n.ºs 1 e 3 do art. 179º do CPP não se aplicam às cartas e outros objectos equiparáveis, que tenham sido recebidos e abertos pelo seu destinatário, estando a apreensão destes sujeita às regras que regulam a apreensão de quaisquer documentos”, o referido critério aberto/fechado não vale para o n.º 2, pois esta norma visa “tutelar, mais do que o sigilo da correspondência ou das telecomunicações, as próprias garantias de defesa do arguido e, em especial, o direito que a este assiste, a fim de poder defender-se eficazmente, de organizar a sua defesa em privado com o seu defensor, fora das vistas do MP, dos OPC, do assistente e, em última análise do próprio Tribunal”. Em consequência, “a apreensão de uma carta ou outro instrumento de comunicação escrita entre o arguido e o seu defensor é susceptível de lesar o direito do arguido à privacidade da sua estratégia de defesa, tanto antes como



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 159/19.3YUSTR-B

depois da sua recepção e tomada de conhecimento pelo destinatário, pelo que deve entender-se que a proibição estabelecida pelo nº 2 do art. 179º vigora para além destas”.

143. Esta interpretação extensiva do artigo 179.º, n.º 2, do CPP, poderia ser estendida ao artigo 17.º, da LC, em virtude da remissão. Contudo, com muito respeito pelo entendimento vertido no parágrafo precedente, não se acompanha o mesmo, pois estar-se-ia a atribuir, dentro da mesma norma (artigo 179.º, do CPP), sentidos diferentes ao mesmo conceito. Esta possibilidade só seria de admitir se esse alargamento do conceito fosse a única via para justificar a autonomização do n.º 2, mas não é. Efetivamente, a diferença está na tutela acrescida do artigo 179.º, n.º 2, do CPP, por via da proibição absoluta.
144. Subsumindo o direito ao caso concreto, conclui-se que o artigo 179.º, n.ºs 2 e 3, do CPP, *ex vi* artigo 17.º, da LC, não é aplicável ao caso, pois a Recorrente não refere, nem demonstra, que as mensagens de correio eletrónica apreendidas não estivessem identificadas como “abertas” ou “lidas”.
145. O regime descrito vale integralmente para os processos de contraordenação sujeitos ao RGCO e subsidiariamente para os processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência – cf. artigo 13.º, n.º 1, do NRJC – desde que exista, conforme referido, uma lacuna. E, quanto a esta matéria, a mesma dever ser afirmada, pelas razões que se passam a expor.
146. Assim, o NRJC contém algumas normas legais com referência expressa ao segredo profissional do advogado, designadamente o artigo 19.º, n.º 7, e o artigo 20.º, n.ºs 4 e 5, do NRJC. O artigo 19.º, n.º 7, impõe que a busca em escritório de advogado seja 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



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 159/19.3YUSTR-B

delegado, possa estar presente. Por sua vez, o artigo 20.º, n.º 4, do NRJC, diz respeito, à apreensão de documentos operada em escritório de advogado e remete, entre o mais, para o artigo 19.º, n.º 7. Por fim, o artigo 20.º, n.º 5, do NRJC, estipula que, nos casos de apreensões em escritório de advogados, não é permitida, sob pena de nulidade, a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional, salvo se eles mesmos constituírem objeto ou elemento da infração.

147. Resulta destes preceitos que o NRJC apenas contém normas sobre a apreensão de documentos em escritórios de advogados. Contudo, fora deste contexto não se pode ver no silêncio do legislador um “silêncio eloquente” ou um modo de regular o problema, no sentido de tudo ser admitido e de qualquer forma, entre outras razões, porque esta solução é, em parte, antinómica com o regime previsto no processo criminal (e, consequentemente, também no artigo 42.º, n.º 1, do RGCO), designadamente no que respeita à apreensão da correspondência e comunicações abrangidas pelos artigos 179.º, n.º 2, do CPP, e 17.º, da LC.
148. Assim, dever-se-á assumir a existência de uma lacuna, a ser suprida por via do artigo 42.º, n.º 1, do RGCO. O que significa que nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência aplica-se o mesmo regime que resulta desta norma, *supra* descrito, e que em nada é derogado pelas normas especiais do NRJC sobre esta matéria e *supra* indicadas.
149. Analisado o regime que resulta exclusivamente de uma leitura (fechada ou restrita) ao nosso ordenamento jurídico conclui-se que, pese embora o âmbito objetivo de proteção concedido ao segredo profissional decorrente do artigo 92.º, n.º 1, do EOA, seja bastante lato, a verdade é que, mercê da introdução de filtros adicionais, subjetivos, espaciais e probatórios, chega-se à conclusão final de que, no contexto de uma busca e apreensão fora do escritório de um advogado, sociedade de advogados ou espaço utilizado para arquivo, ou 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 159/19.3YUSTR-B

não envolva o endereço eletrónico, utilizado pelo advogado no exercício da profissão, constante do registo da Ordem dos Advogados, não há proteção do segredo profissional do advogado.

150. As consequências da conclusão exposta para o caso concreto consistem em responder às duas questões identificadas de forma negativa, ou seja, os ficheiros eletrónicos identificados pela Recorrente no artigo 109.º, do recurso de impugnação, não violam o segredo profissional e a apreensão efetuada pela AdC não padece de qualquer vício por violação do princípio de reserva de juiz.
151. Sem prejuízo de, no final, a decisão ser a mesma, a verdade é que, no plano da fundamentação, não nos podemos ficar por aqui, não sendo possível dispensar um olhar sobre os procedimentos que são adotados no direito europeu da concorrência. Veja-se que a própria AdC, no final da diligência, correu um filtro com o nome dos advogados da empresa visada. Não tendo a diligência sido efetuada em escritório de advogado parece que a AdC não tinha de se preocupar com o segredo profissional do advogado. Contudo, não é exatamente assim. Vejamos porquê.
152. Tem-se plena noção de que, em matéria de segredo profissional do advogado, vale, mesmo em processos sancionatórios por violação dos artigos 101.º e 102.º, ambos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o princípio da autonomia processual⁵². Contudo, este princípio tem limites, designadamente quando estão em causa direitos fundamentais reconhecidos pelo direito europeu. Sejam direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), sejam direitos

⁵² Os casos são caso 45/76, *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, [1976] ECR 2043 (CJ), e caso 33/76, *Rewe-Zentralfinanz and Another v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, [1976] ECR 1989 (CJ), *apud* ERIC GIPPINI-FOURNIER, p.73, nota 190.



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 159/19.3YUSTR-B

fundamentais que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) fez derivar das tradições fundamentais dos Estados-Membros.

153. No caso da Carta, as suas disposições são vinculativas para os Estados-membros quando aplicam o direito da União, por força do artigo 51.º, n.º 1, da Carta. Também o TJ tem afirmado que segundo “jurisprudência constante ... os direitos fundamentais garantidos pela Carta são aplicáveis em todas as situações reguladas pelo direito da União e devem, por conseguinte, ser respeitados quando uma legislação nacional se enquadra no âmbito de aplicação desse direito”⁵³ (Acórdão de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 62 e jurisprudência referida).
154. Quanto aos direitos que resultam das tradições fundamentais dos Estados-Membros estipula o artigo 6.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE), que “[d]o direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”. Refira-se ainda que, nos termos do artigo 53.º, da Carta, nenhuma disposição deste diploma deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, entre o mais, pelas Constituições dos Estados-Membros. Adicionalmente, “segundo uma jurisprudência constante [do Tribunal de Justiça] (v., nomeadamente, acórdãos Wachauf, já referido, n.º 19, e de 24 de Março de 1994, Bostock, C-2/92, Colect., p. I-955, n.º 16), as exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária vinculam também os Estados-Membros quando adoptam regulamentações comunitárias

⁵³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 08 de maio de 2019, processo C-230/18, PI v. Landespolizeidirektion Tirol, § 63 e acórdão de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 62 e jurisprudência referida.



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 159/19.3YUSTR-B

e, por conseguinte, estes são obrigados, em toda a medida do possível, a aplicar essas regulamentações respeitando as referidas exigências”⁵⁴.

155. Em face destes parâmetros, considera-se correto afirmar, tal como se exarou no considerando 14 da Diretiva ECN+, que o exercício dos poderes de investigação das autoridades nacionais da concorrência quando aplicam os artigos 101.º e 102.º do TFUE “deverá ser objeto de garantias adequadas que cumpram, no mínimo, as normas dos princípios gerais do direito da União e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, em especial no contexto de processos suscetíveis de dar origem à aplicação de sanções”, ou seja, os procedimentos definidos pelo direito europeu da concorrência devem ser considerados como definidores do padrão mínimo de proteção⁵⁵ e, em consequência, as autoridades nacionais da concorrência quando aplicam normas do direito europeu da concorrência devem ajustar os seus procedimentos de forma a que os direitos fundamentais sejam protegidos com o mesmo nível de proteção que teriam tais procedimentos perante a Comissão⁵⁶.
156. No que diz respeito ao segredo profissional do advogado, o regime aplicável que resulta, no essencial, da jurisprudência do TJUE e da *soft law* desenvolvida pela Comissão Europeia, resume-se a três vetores essenciais.
157. O primeiro vetor consiste no reconhecimento do segredo profissional do advogado. O privilégio foi reconhecido pelo TJ, pela primeira vez, numa decisão proferida em 04 de fevereiro de 1981, no caso AM&S, processo 155/79. Resulta desta decisão que o TJ fez derivar o direito dos princípios e

⁵⁴ Casos apensados C-20/00 e C-64/00, Booker Aquaculture e Outros v The Scottish Ministers, [2003] ECR I-7411, § 88.

⁵⁵ Veja-se neste sentido MACIEJ BERNATT, MARCO BOTTA and ALEXANDR SVETLICINII, “*The Right of Defense in the Decentralized System of EU Competition Law Enforcement. The Call for Harmonization from Central and Eastern Europe*”, published in *World Competition*, Vol. 41, Issue 3 (2018), p. 33.

⁵⁶ ERIC GIPPINI-FOURNIER, ob. cit., p. 74.



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 159/19.3YUSTR-B

conceitos comuns dos Estados-Membros – cf. § 18. Quanto ao seu fundamento retira-se deste aresto e da jurisprudência subsequente, que o privilégio decorre de dois suportes: por um lado, de uma “*concepção do papel de advogado, considerado um colaborador da justiça, chamado a prestar, com toda a independência e no interesse superior da mesma, a assistência legal de que o cliente necessita. Esta proteção tem como contrapartida a disciplina profissional imposta e controlada no interesse geral*” (acórdão do TJ de 14.09.2010, caso Azko Nobel e Outros v. Comissão, processo C—550/07 P § 42, e decisão AM&S, § 20); por outro lado, enquanto “*complemento necessário ao pleno exercício dos direitos de defesa*” (acórdão do Tribunal de Primeira Instância (TPI) de 17 de setembro de 2007, Azko Nobel e Outros v. Comissão, nos processos apensados T-125/03 e T-253/03, § 77, e decisão AM&S, § 20). Este segundo fundamento está particularmente presente no despacho do Presidente do TJ de 27 de setembro de 2004, caso Comissão v. Azko Nobel e Outros, no processo C-7/04⁵⁷, podendo-se afirmar que o principal suporte do segredo profissional do advogado, no direito europeu da concorrência, é também os direitos de defesa.

158. O segundo vetor reconduz-se ao âmbito de proteção do segredo profissional, que inclui todas as comunicações escritas entre o advogado e o cliente desde que cumpra duas condições: (i) tenham sido feitas com o propósito e no interesse dos direitos de defesa; (ii) e emanem de advogados independentes, ou seja, advogados que não estão vinculados ao cliente por uma relação de trabalho – cf. decisão AM&S, § 21 e decisão do TJ Azko Nobel, § 41.
159. No que respeita à primeira condição, o TJ esclareceu adicionalmente que tal proteção inclui todas as comunicações escritas trocadas após o início do procedimento administrativo para efeitos de aplicação das sanções, sendo

⁵⁷ Veja-se neste sentido e para mais desenvolvimentos ERIC GIPPINI-FOURNIER, ob. cit., pp. 54 a 57.



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 159/19.3YUSTR-B

possível torná-lo extensivo a comunicações anteriores que tenham uma relação com a matéria sujeita a tal procedimento – decisão AM&S, § 23. Para além disso, também se entendeu que a proteção se estende às notas internas difundidas dentro da empresa que se limitam a reproduzir o texto ou conteúdo das comunicações com advogados independentes que contenham pareceres jurídicos – decisão do TPI Azko Nobel, § 117.

160. Por fim, quanto ao terceiro vetor, o Tribunal definiu um procedimento para resolver o problema do “dilema da prova”⁵⁸, ou seja, para evitar que o reconhecimento do privilégio não implicasse, ele próprio, a sua violação por via do conhecimento do segredo.
161. Este dilema necessita de explicitações complementares: assim, para que o reconhecimento do privilégio implique, ele próprio, a sua violação por via do conhecimento do segredo tem de se admitir que a proteção garantida por via do segredo profissional não se reconduz apenas e só a uma regra de admissibilidade probatória, pois, nesta hipótese, a tutela seria garantida apenas por via da inadmissibilidade da informação como meio de prova. Ou seja, não sendo admitida a informação coberta pelo segredo profissional do advogado não haveria violação deste segredo.
162. Para que a visualização da informação e o conhecimento do segredo representem uma outra forma de violação do segredo é necessário que haja no mesmo uma qualquer dimensão de proteção nesse sentido. Ora, neste plano, importa recordar aqueles que são os fundamentos que sustentam o segredo profissional do advogado. Conforme se disse, o segredo profissional do advogado não protege a privacidade em si mesma, mas os direitos de defesa. Em consequência, o conhecimento da informação só é suscetível de dar origem

⁵⁸ Expressão adotada por ERIC GIPPINI-FOURNIER e para mais desenvolvimentos veja-se o texto citado deste autor, pp. 53 e ss..



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 159/19.3YUSTR-B

a uma forma de proteção específica e adicional face à aludida regra de admissibilidade da prova, não porque esse conhecimento exponha o cliente, do ponto de vista da sua privacidade, mas porque é suscetível de afetar os referidos direitos de defesa⁵⁹.

163. Então, a questão que se coloca é: como é que o conhecimento do segredo pode afetar os referidos direitos de defesa, só por si, ou seja, mesmo quando a informação não é admissível como meio de prova? Na decisão do TPI Azko Nobel, § 87, responde-se a esta questão nos seguintes termos: a “informação protegida pela confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes poderia ser utilizada pela Comissão direta ou indiretamente, para a obtenção de informações novas ou de meios de prova novos, sem que a empresa em causa seja sempre capaz de os identificar e de evitar que sejam utilizados contra si” – decisão do TPI Azko Nobel, § 87.
164. Concorde-se com esta perspetiva, mas com uma ressalva: essas informações ou meios de prova novos que justificam a referida dimensão de proteção não são informações ou meios de prova não relacionados com a investigação em curso. Porquê esta ressalva? Porque este mesmo exato perigo existe quando são apreendidos meios de prova não compreendidos nos limites definidos pela decisão de autorização da diligência de busca, exame, recolha e apreensão ou não necessários, em concreto, para a prova da infração. Contudo, esse perigo não pode impedir a entidade que executa a decisão de visualizar os meios de prova para poder formular esse juízo. E, no entanto, nesse percurso investigatório pode deparar-se fortuitamente com informações ou meios de prova novos relativos a matérias distintas. Assim, a dinâmica própria deste tipo de diligências – de busca, de procura dentro de um certo perímetro – necessária

⁵⁹ Cf. sobre esta questão e para mais desenvolvimentos, ERIC GIPPINI-FOURNIER, ob. cit., p. 53 e ss..



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 159/19.3YUSTR-B

para as tornar praticáveis e eficazes, implica algum risco quanto à possibilidade de obtenção de informações novas, distintas da matéria investigada.

165. Por conseguinte, aquilo que o segredo profissional do advogado traz de específico é apenas a circunstância da AdC poder, a partir de uma informação coberta pelo segredo e que não pode utilizar como meio de prova, alcançar outros meios de prova admissíveis relativos ou relacionados com a matéria em investigação e aos quais não teria chegado se não fosse aquela informação protegida pelo segredo profissional. Assim, é por esta específica razão e para evitar este perigo que se coloca o “dilema da prova”.
166. O procedimento existente no direito europeu da concorrência destinado a solucionar o “dilema da prova” consiste no seguinte: aquele que reclama o privilégio deve fornecer à Comissão elementos relevantes de molde a demonstrar que as comunicações em causa preenchem as condições para serem incluídas no segredo profissional do advogado, sem estar obrigado a revelar o conteúdo do documento – decisão AM&S, § 29.
167. Face a tal alegação, a Comissão pode proceder a um exame sumário, realizado pelos seus agentes, “da apresentação geral do cabeçalho, do título ou de outras características superficiais do documento” – decisão do TPI Azko Nobel § 81 – e, com base nesse exame, excluir o documento por estar compreendido no privilégio.
168. Contudo, pode suceder que um exame sumário não permita uma decisão concludente sobre a inclusão do documento no segredo profissional ou nem sequer é possível empreender um exame sumário sem tomar conhecimento das informações cobertas pela confidencialidade – decisão do TPI Azko Nobel § 81 e 82. Conforme esclarece o TPI, “[i]sto poderia acontecer, em particular, se a apresentação formal do documento em causa não evidenciar claramente o seu



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 159/19.3YUSTR-B

caráter confidencial” – decisão Azko Nobel, § 81. Nestes casos, “os agentes da Comissão podem colocar uma cópia do documento ou dos documentos em causa num envelope selado e levá-lo depois consigo com vista a uma resolução posterior do diferendo” – decisão do TPI Azko Nobel, § 83.

169. Por fim, na “hipótese de a Comissão não ficar satisfeita com os elementos e as explicações fornecidos pelos representantes da empresa controlada para efeitos de provar que o documento em causa está protegido pela confidencialidade, a Comissão não tem o direito de tomar conhecimento do conteúdo do documento antes de adotar uma decisão que permita à empresa em causa recorrer utilmente ao Tribunal de Primeira Instância e, eventualmente, ao juiz de medidas provisórias” – decisão do TPI Azko Nobel, § 85. O juiz de medidas provisórias destinar-se a obter a suspensão da decisão da Comissão.
170. O que se extrai deste procedimento é que a decisão de exclusão ou não documento do âmbito de proteção do segredo profissional do advogado pertence, em regra, à Comissão. Aliás, o TJ começou por afirmar, na decisão AM&S, que, em princípio, compete à Comissão e não à empresa visada ou a uma terceira parte, seja perito ou árbitro, decidir se um documento lhe deve ser apresentado - § 17. O que está em causa é fundamentalmente a quantidade de informação a que a Comissão pode aceder para tomar a decisão e se o procedimento for integralmente respeitado pode acontecer que, na sequência de um recurso da decisão da Comissão de recusa do privilégio, o conteúdo do documento apenas venha a ser visualizado pelo Tribunal a fim de decidir o recurso. Foi isto que sucedeu no caso AM&S, tendo os documentos em causa sido visualizados apenas pelo Juiz Relator e pelo Advogado-Geral e objeto de um relatório que foi disponibilizado às partes.
171. Outra nota crucial sobre o procedimento descrito é que o mesmo não define os procedimentos que, em geral, devem ser adotados pela Comissão no exercício



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 159/19.3YUSTR-B

dos seus poderes de investigação, designadamente em matéria de inspeções (cf artigo 20.º, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado), a fim de garantir a proteção do segredo profissional do advogado. Do que se trata é da definição do procedimento a adotar no contexto de uma disputa, incidente ou litígio acerca da aplicação do segredo profissional do advogado a um documento concreto. Ou seja, na origem de todo este procedimento está uma alegação por parte daquele que reclama o privilégio e que, conforme referido, deve fornecer à Comissão elementos relevantes de molde a demonstrar que as comunicações em causa preenchem as condições para serem incluídas no segredo profissional do advogado, sem estar obrigado a revelar o conteúdo do documento.

172. Impõem-se ainda duas notas finais sobre este procedimento. Em primeiro lugar, para afastar o argumento de que este tipo de procedimento daria azo a abusos, com propósitos dilatórios, o TPI esclareceu que o mesmo não era procedente na medida em que “a Comissão dispõe de instrumentos para, se necessário, desincentivar e punir essas práticas. Com efeito, esses comportamentos podiam ser punidos ao abrigo do artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 (e, anteriormente, do artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17) ou ser tomados em consideração a título de circunstâncias agravantes para o cálculo de uma eventual coima aplicada no âmbito de uma decisão de punição de uma violação das regras da concorrência” – decisão Azko Nobel, § 89.
173. A segunda nota consiste no facto do procedimento ter sido vertido pela Comissão Europeia na sua Comunicação sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.o e 102.o do TFUE, no ponto 2.7., com alguns elementos adicionais em relação à jurisprudência europeia, estar previsto para o exercício dos poderes que lhe são atribuídos pelos artigos 18.º,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

20.º ou 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, incluindo inspeções, e prever a possibilidade de resolução do diferendo pelo auditor.

174. A comparação entre o regime que resulta da interpretação (fechada) do nosso ordenamento jurídico e dos procedimentos adotados pelo direito europeu da concorrência permite concluir, em primeiro lugar, que não existem diferenças relevantes em relação ao primeiro vetor. O nosso sistema jurídico também reconhece o privilégio, como direito fundamental e os fundamentos de suporte, reconduzidos sobretudo aos direitos de defesa, são os mesmos. Portanto, a este nível não há necessidade de introduzir ajustamentos.
175. No que respeita ao segundo vetor, a conclusão é diferente, na medida em que, na interpretação efetuada à luz do ordenamento jurídico nacional, o âmbito de proteção do segredo profissional é distinto por via da introdução dos referidos filtros espaciais, subjetivos e probatórios. No direito europeu da concorrência só há dois filtros, um filtro objetivo-funcional (comunicações com o propósito e no interesse dos direitos de defesa) e um subjetivo (advogado externo). Em virtude do primeiro filtro, também para o direito europeu da concorrência não basta que uma mensagem de correio eletrónico tenha como destinatário, remetente ou CC, advogados internos ou externos da empresa visada para merecer proteção. Contudo, para além desta limitação e da restrição aos advogados externos, o privilégio é concedido nos mesmos termos quer se trate de um pedido de informações ou de uma inspeção e independentemente de estar na posse do cliente (a empresa visada pela diligência de investigação) ou fora do escritório do advogado, sociedades de advogados ou espaço utilizado para arquivo.
176. Assim, quanto a este vetor e face à necessidade de conciliação com o direito europeu da concorrência, o conceito de segredo profissional do advogado assumido pelo NRJC deve ser alargado no sentido de incluir todas as



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 159/19.3YUSTR-B

comunicações entre o advogado e o cliente/empresa visada que tenham sido feitas com o propósito e no interesse dos direitos de defesa, quer tais comunicações se encontrem na posse do advogado ou na posse do cliente ou no escritório do primeiro ou nas instalações do segundo e independentemente de estar em causa um pedido de informações ao abrigo do artigo 15.º, do NRJC, ou uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão prevista no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC.

177. Quanto à limitação do segredo aos advogados externos, afastando-se os advogados *in-house*, é uma questão que, não sendo necessária para a decisão do recurso e considerando a sua complexidade, não se irá apreciar.
178. Por fim, no que respeita ao último vetor, a nossa lei prevê alguns mecanismos destinados a solucionar o “dilema da prova” ou relacionados com esta matéria. É o caso da intervenção do juiz de instrução (cf. artigos 19.º, n.º 7 e 20.º, n.º 4, ambos do NRJC, e 177.º, n.º 5, 179.º, n.º 3 e 180.º, n.ºs 1 e 3, todos do CPP), do incidente de quebra do segredo (cf. artigo 182.º, n.º 2, do CPP) e da reclamação para o Presidente do Tribunal da Relação (cf. artigo 77.º, do EOA). Contudo, o “dilema da prova” apenas surge quando há proteção do segredo profissional. Ora, como a nossa lei não protege o segredo profissional no contexto de uma busca e apreensão fora do escritório do advogado, sociedade de advogados ou local utilizado para arquivo ou num endereço eletrónico diferente do referido no artigo 75.º, n.º 1, do EOA, nenhuma destas soluções referidas se aplica a uma busca, exame, recolha e apreensão nas instalações da empresa visada e em relação a correspondência (física ou eletrónica) não fechada ou não lida.
179. Por conseguinte, quanto a este vetor e face à necessidade de conciliação com o direito europeu da concorrência, admite-se que a AdC tenha de adotar um procedimento similar àquele que foi definido pela jurisprudência do TJUE. Contudo, há duas notas relevantes a salientar.



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 159/19.3YUSTR-B

180. Em primeiro lugar, a adoção de tais procedimentos não significa retirar à AdC competência para decidir, no âmbito das diligências de busca, exame, recolha e apreensão cuja execução é da sua competência, se se aplica ou não o privilégio concedido pelo segredo profissional, conforme referido. É à AdC que cabe tomar essa decisão. O que pode acontecer é a decisão de exclusão vir a ser tomada pelo Tribunal, não no âmbito de uma competência primária, mas no âmbito de um reexame da decisão da AdC por via de recurso de impugnação, que, mercê da adoção dos procedimentos descritos relacionados com o “dilema da prova”, pode também implicar que a visualização do conteúdo do documento apenas venha a ser efetuada pelo Tribunal.
181. Para que esta hipótese se verifique, importa sublinhar – e esta é a segunda nota – que só é admissível desencadear o procedimento referido, impedindo que a AdC tome conhecimento do conteúdo do documento, perante uma alegação consiste e viável, ou seja, uma alegação séria no sentido de que o mesmo está a coberto do segredo profissional do advogado, que, conforme resulta da jurisprudência da União Europeia, forneça elementos relevantes de molde a demonstrar que as comunicações em causa preenchem as condições para serem incluídas no segredo profissional do advogado. Tem de ser uma alegação em relação à qual a possibilidade de sancionamento por via das contraordenações previstas no artigo 68.º, n.º 1, alíneas h) a j), do NRJC (equiparáveis ao artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, invocado pelo TPI na decisão Azko Nobel, § 89) seja suscetível de evitar, de forma efetiva, procedimentos abusivos, com propósitos manifestamente dilatórios. E tal só é possível se a alegação não for genérica, vaga ou insuficiente, sustentada em elementos que, só por si, não revelam a suscetibilidade dos documentos estarem abrangidos pelo segredo 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 159/19.3YUSTR-B

182. Admitir-se que uma alegação desta natureza fosse suficiente seria permitir procedimentos abusivos, com propósitos manifestamente dilatórios, insuscetíveis de serem controlados por via da aplicação do artigo 68.º, n.º 1, alíneas h) a j), do NRJC, porque é fácil o teor de alegações desta natureza corresponderem, em termos factuais, à verdade. E permitiria, conforme salienta a AdC, que “no limite, bastaria por defeito, que um advogado fosse sempre copiado em todos os e-mails da empresa ou que a última mensagem de uma cadeia de e-mails trocada entre departamentos comerciais fosse reencaminhada ao advogado da empresa, para que a AdC (ou outra entidade que promovesse diligências de busca) ficasse impedida de analisar as mensagens em causa”, sem existir nenhum fundamento sério para tal.
183. Dir-se-á: não é possível numa diligência de busca e apreensão apresentar uma alegação com os requisitos referidos de consistência, viabilidade e seriedade. Este argumento não colhe por várias razões. Em primeiro lugar, não se considera inequívoco que uma alegação destas não possa ser efetuada no contexto de uma diligência do tipo indicado, desde logo porque antes da visualização dos ficheiros há todo um conjunto de atos materiais de preparação que necessariamente demoram o seu tempo desde a chegada, a entrega dos computadores, a instalação de equipamentos, a colocação das palavras-chave, a exportação de ficheiros para pesquisa, etc. Veja-se que a diligência em causa prolongou-se desde 10.05.2019 até 22.05.2019. Para além disso, não está em causa a identificação de documentos que não são do pré-conhecimento da empresa visada e que a mesma, por via dos seus advogados, representantes ou colaboradores, apenas pode identificar no momento, em simultâneo, com a visualização dos mesmos pelos técnicos da AdC. Adicionalmente, não se trata de todos e quaisquer documentos, mas de documentos específicos.



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 159/19.3YUSTR-B

184. Em segundo lugar, uma diligência de busca e apreensão é um meio de obtenção da prova que, em si mesmo, ultrapassa ou destina-se a ultrapassar a barreira da vontade do visado. Neste tipo de diligências nem sequer há “recusa” da parte do visado. Nessa medida, é diferente de um pedido de informações que, ainda que sujeito a sanções, defronta-se com a barreira resultante da vontade do visado, que pode expressar através da recusa de entrega. Aquilo que isto significa é que a partir do momento em que se admitem diligências como buscas e apreensões está-se a admitir a necessidade de meios de prova que não possam ser paralisados ou obstaculizados pela vontade do visado. Em consequência, a possibilidade de tal acontecer deve ser fortemente limitada, sob pena de prejudicar a eficácia e eficiência da diligência.
185. Em terceiro lugar, é inerente à dinâmica própria das buscas não se saber de antemão e com certeza os meios de prova que vão ser encontrados e evitar que, nesse processo de procura em que se traduz a busca, não se tropeça em outras informações e elementos novos. Já se referiu isto. Sendo este um risco inerente a qualquer busca, a intervenção de um juiz nestas diligências, no sentido mais exigente de ser o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo de certos documentos, tem de estar – e está – reservada a casos muito especiais, sob pena de criar entraves desproporcionais à eficiência e eficácia da diligência. Ora, a possibilidade de surgirem documentos a coberto de segredo profissional do advogado fora das hipóteses previstas nos artigos 75.º, n.º 1, do EO e 180.º, do CPP, é evidentemente menor, o que diminui o risco e a necessidade de proteção. Adicionalmente, a circunstância de estarem em causa mensagens abertas ou não lidas, que podiam ter sido eliminadas e guardadas pelo destinatário em locais mais seguros ou até destruídas, também reduz a necessidade de tutela. Fazendo o balanço entre, por um lado, o menor risco e a menor necessidade de proteção nestas situações e, por outro lado, o impacto que teria na eficácia e eficiência das buscas e apreensões incidentes suscetíveis



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 159/19.3YUSTR-B

de paralisar a diligência pela vontade do visado, o saldo é a favor da eficácia e eficiência as buscas.

186. Por conseguinte, o que se pretende, no que respeita ao segredo profissional, é que, qualquer eventual entorse no decurso da diligência, obstando a que a AdC possa visualizar o conteúdo dos documentos apreendidos, seja motivada por razões sérias, sólidas, consistentes e viáveis.
187. Com exceção dos ajustamentos referidos, tudo o mais que se concluiu a propósito do ordenamento jurídico interno mantém-se.
188. Esclarecidos os ajustamentos que uma conciliação com o direito europeu da concorrência impõe nesta matéria, é necessário acrescentar que a necessidade de que tais parâmetros sejam respeitados nos processos que envolvem a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE obriga a que, numa fase em que ainda não é possível excluir a aplicação destas normas, sejam aplicados em todos os processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência, sob pena de inviabilizar a proteção concedida pelo segredo profissional que inclui não só a vertente da inadmissibilidade do meio de prova, como também a dimensão tutelada por via do aludido “dilema da prova”.
189. Subsumindo o direito ao caso concreto conclui-se, no que respeita à segunda questão identificada, que a Recorrente não apresentou, durante as diligências de busca e apreensão, nenhuma alegação consistente, viável e séria relacionada com a violação do segredo profissional. Juntou requerimentos, é certo (cf. factos provados que remetem para as folhas do processo onde se encontram as cópias respetivas), mas com considerações jurídicas e com alegações genéricas ou insuficientes, pois não basta, conforme resulta das asserções precedentes, que estejam em causa “mensagens de correio eletrónico em que os advogados constantes da lista anexa [lista entregue no início da diligência] surjam como



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 159/19.3YUSTR-B

remetentes, destinatários ou lhes tenham sido enviados para conhecimento”. Também não basta identificar o assunto do email, a não ser que o próprio assunto consubstancie uma informação a coberto do segredo profissional (o que não é o caso), porque a circunstância do email ter um determinado assunto não significa que o seu conteúdo corresponda ao mesmo e/ou que contenha uma informação a coberto do referido segredo.

190. Em consequência, a AdC tinha plena competência para proceder ao exame, visualização e apreensão das mensagens informática que tinham como destinatário, remetente ou CC advogados internos/externos da Buscada que apreendeu, incluindo as mensagens identificadas pela Recorrente no recurso de impugnação e decidir da sua inclusão ou não no âmbito de proteção do segredo profissional, não se verificando qualquer violação do princípio da reserva de competência judicial invocado pela Recorrente, pelo que este fundamento de recurso é improcedente.
191. Mesmo que se assim não entenda, há uma razão adicional para a improcedência deste fundamento do recurso. Assim, se bem se compreende o recurso de impugnação, a Recorrente pretende a nulidade da apreensão de toda a correspondência realizada pela AdC, ou seja, não só das mensagens que tinham como destinatário, remetente ou CC advogados internos/externos da Buscada, incluindo as mensagens identificadas pela Recorrente no recurso de impugnação, mas de todas.
192. Mesmo que a alegação da Recorrente fosse procedente, no sentido de que o procedimento adotado pela AdC foi violador do princípio referido, em relação a mensagens que tinham como destinatário, remetente ou CC advogados internos/externos da Buscada, tal não conduziria à invalidade das buscas e da apreensão dos documentos sem essas características, na medida em que não há qualquer evidência de um nexo de conexão relevante, nos termos e para os



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 159/19.3YUSTR-B

efeitos do artigo 122.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, n.º 1, do NRJC, entre o ato alegadamente viciado (visualização das mensagens que tinham como destinatário, remetente ou CC advogados internos/externos da Buscada) e a apreensão de documentos sem essas características. Ou seja, não há nenhum elemento que torne minimamente consistente a suspeita de que a AdC só apreendeu os documentos sem as referidas características porque viu o conteúdo dos documentos com as ditas características.

193. Note-se que estão em causa pesquisas em ficheiros informáticos, decorrentes da colocação de palavras-chave, sendo da colocação dessas palavras-chave que derivam os resultados que – face à não introdução inicial do filtro com a lista dos advogados – irão incluir documentos com e sem as aludidas características. Ou seja, a AdC chega aos documentos sem as referidas características não através dos documentos com as ditas características, mas por via da mesma fonte ou do mesmo ponto de partida que, em sentidos paralelos, conduz a uns e outros. Por conseguinte, a exclusão dos documentos sem as características que tinham como destinatário, remetente ou CC advogados internos/externos da Buscada dos efeitos de uma eventual invalidade que pudesse ter ocorrido, relacionada com a proteção do segredo profissional do advogado, não se deve sequer a qualquer limite introduzido na chamada teoria do “efeito à distância” ou da “da árvore envenenada”. Aqui, cada mensagem de correio eletrónico resultante de uma determinada palavra-chave é uma “árvore” independente.
194. Só não seria assim, evidentemente, se tivesse ocorrido uma alteração da palavra-chave no decurso da pesquisa em virtude daquilo que a AdC viu num documento que tinha como destinatário, remetente ou CC advogados internos/externos da Buscada. Contudo, nada disto foi alegado ou evidenciado.

*



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 159/19.3YUSTR-B

195. **Terceiro fundamento - a ilegalidade da decisão de apreensão de elementos fora do escopo temporal dos factos que justificaram a autorização do Ministério Público para as buscas e apreensão:**
196. Por fim, **alega a Recorrente que** dos despachos proferidos pelo Ministério Público resulta que se encontra em investigação, nestes autos, uma suposta concertação entre concorrentes em contestação à “*regra das regularizações*”, introduzidas por despacho do Diretor-Geral da ADSE de 29 de agosto de 2014, bem como suspeitas de *replicação* dessa prática restritiva relativamente a outras convenções ou seguradoras.
197. Mais sustenta que se é certo que entre 29 de agosto de 2014 e a presente data, o Ministério Público não especifica em que momento considera que a suposta infração teria ocorrido, certo é também que não existem quaisquer factos descritos, nem se refere a existência de quaisquer indícios de prática restritiva anteriores a 29 de agosto de 2014. Nem poderia, porquanto a suposta prática ilícita teria sido alegadamente adotada em reação/contestação ao despacho nessa data aprovado. Já o despacho do Ministério Público de 03.05.2019 remete para as suspeitas de *replicação* de práticas restritivas da concorrência descritas no Despacho do Ministério Público de 29.03.2019, pelo que tais supostas práticas ilícitas *replicadas* serão, sempre, necessariamente posteriores à infração em investigação, descrita no Despacho de 29.03.2019.
198. Em consequência, salienta a Recorrente que, ainda que se refira no Despacho do Ministério Público de 29.03.2019 que a diligência de busca visa, igualmente, “*confirmar o âmbito temporal da infração*”, terá de entender-se que tal respeita à sua duração, mas sempre necessariamente após 29 de agosto de 2014, sendo esse o limite temporal relevante dos Despachos do Ministério



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

Público. Sucede, porém, que a AdC apreendeu mensagens de correio eletrónico recebidas e enviadas antes dessa data.

199. Mais sustenta que tal apreensão foi consciente, desde logo, porquanto, aquando do exame das mesmas, o extravasamento do mandado foi oportunamente salientado pelos mandatários, tendo sido objeto de requerimento de arguição de nulidade do referido exame apresentado no final dessas diligências e junto ao respetivo Auto de Suspensão, no dia 15.05.2019, 16.05.2019 e 20.05.2019.
200. Sublinha a Recorrente que o mandado de busca e apreensão e respetivo despacho não são um “cheque em branco” que habilitam a AdC a inspecionar livremente toda e qualquer instalação, os computadores e a rede informática da Buscada, com o objetivo de encontrar, examinar, tirar notas e apreender qualquer tipo de informação, sem nenhuma ponderação da pertinência ou não da mesma para a investigação em curso. A tal se opõe os artigos 178.º, do CPP, 17.º, da LC. Destas regras pode inferir-se, efetivamente, que os objetos ou mensagens de correio eletrónico apreendidos devem ter um mínimo de conexão ou utilidade para o processo, não sendo possível: (i) utilizar a diligência para recolher elementos que visam outros fins que não os da investigação que determinou a sua realização, nem (ii) apreender objetos ou dados que em nada relevarão para o mesmo.
201. Acrescenta que a exigência, como regra, de uma prévia autorização ou ordem para que se possa proceder a exames e apreensões é, também, abonatória de tal solução, mormente quando o exame e as apreensões se devam realizar no âmbito de uma busca, que depende de mandado e despacho fundamentado. Conclui que é, pois, essencial e exigível que o despacho, cuja cópia é entregue ao visado com o mandado, indique, por referência ao objeto da investigação, 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 159/19.3YUSTR-B

período temporal em que se terão verificado os factos suspeitos e os critérios de relevância dos elementos para a descoberta da verdade e para a prova, bem como, ainda que genericamente, o escopo material da infração (que, em direito da concorrência, terá certamente um referencial no mercado em que os agentes alegadamente teriam praticado o ilícito) e que, retirando as devidas consequências dessa especificação, a AdC considere e observe tal período temporal e o escopo material, sob pena de a ação de busca e de a apreensão atingirem níveis intoleráveis de compressão da privacidade dos cidadãos e empresas e de as exigências legais quanto ao conteúdo a verter no mandado não terem qualquer utilidade.

202. Em consequência, entende a Recorrente que a norma resultante do artigo 18.º n.º 1 alíneas c) e 20.º n.º 1 da LdC, no sentido de ser permitido à AdC a apreensão de elementos (incluindo mensagens de correio eletrónico) sem atentar nos limites temporais e/ou materiais do despacho e do mandado de busca e apreensão, sem ponderação da sua pertinência face ao objeto dos autos é inconstitucional, por violação do artigo 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 8, 34.º, n.º 4 e 35.º, n.º 2 da Constituição. Mais tendo em consideração o exposto e (i) resultando dos Despachos que o momento temporal mais antigo dos factos em investigação se reportava a agosto de 2014 e que (ii) a AdC apreendeu mensagens de correio eletrónico anteriores a essa data, e, como tal, fora do limite temporal da autorização concedida pelo Ministério Público para recolha de prova, tal apreensão é nula, por violação do disposto nos artigos 18.º n.º 1 alíneas c) e 20.º n.º 1 da LdC, 178.º do CPP, 17.º da Lei do Cibercrime, acarretando a nulidade da prova, por constituir prova recolhida em violação das regras atinentes aos meios de obtenção de prova, nos termos do disposto no artigo 32.º, n.ºs 8 e 10 e nos artigos 122.º e 126.º, n.º 3 do CPP (*ex vi* do artigo 13.º, n.º 1 da LdC e do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO), o que requer que se



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 159/19.3YUSTR-B

declare, ordenando ainda à AdC que se abstenha de visualizar e examinar a correspondência eletrónica apreendida.

203. **A AdC respondeu**, defendendo que, de acordo com o despacho de fundamentação do Ministério Público, a apreensão de prova por parte da AdC não ficava condicionada ao âmbito temporal constante dos indícios que fundamentaram a emissão do mandado, ou seja a partir de 2014. Pelo contrário: se atentar ao despacho de fundamentação do Ministério Público, resulta claro que *“O comportamento desenvolvido pelas empresas visadas traduz-se numa restrição da concorrência, consubstanciada num acordo para condicionar a definição e aplicação da tabela de preços e regras da ADSE de 2014 [...] no entanto, para cabal esclarecimento destes factos, importa ainda recolher outros elementos de prova que alicercem as suspeitas existentes e que permitam perceber a sua real dimensão, confirmar o âmbito temporal da infração [...]”*. Ou seja, do referido despacho resulta expressamente que pode ser visualizada e apreendida prova relativamente ao acordo em investigação, existente, pelo menos, desde 2014, mas não excluindo datas anteriores.
204. Mais acrescenta que as razões e fundamentos da busca que devem constar dos respetivos mandados não têm de identificar os indícios concretos que fundamentam a realização da referida busca, designadamente o período temporal concreto a que tais indícios se reportam, nem sequer os efetivos meios de prova em que esses indícios assentam, sob pena de inviabilização da investigação por eventual manipulação de elementos de prova⁶⁰. Com efeito, para além da existência da infração, a duração da infração é um dos elementos que se pretende apurar com a realização da diligência de busca e apreensão (conforme estipulado no despacho de fundamentação do mandado de busca e

⁶⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de maio de 2016, Proc. n.º 54/2006-9 disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/afd0a192ce53ad48802571a000507e79?OpenDocument&Highlight=0,busca,mandado,ind%C3%ADcios>



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 159/19.3YUSTR-B

apreensão em causa), pelo que uma referência ao âmbito temporal da infração ou a circunscrição da diligência a um período temporal específico seria manifestamente contraditório com a finalidade pretendida com a diligência em causa.

205. Sublinha que a decisão de apreensão por parte da AdC foi assim balizada pelo âmbito (material e temporal) do mandado e pela relevância probatória para a investigação em curso, inexistindo qualquer tipo de vício suscetível de por em causa a validade da apreensão em causa.
206. Mais salienta que, de acordo com o n.º 2 do artigo 174.º do CPP, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO, a AdC está habilitada a apreender toda a documentação que constitua prova da infração previamente identificada na fundamentação do mandado, pelo que, não havendo por parte do mandado restrição em função do âmbito do período temporal, é imperativo concluir pela efetiva validade da apreensão realizada.
207. Defenda ainda que sem prejuízo de os indícios de que a AdC dispõe numa fase anterior a realização da diligência de buscas terem por referenda o ano de 2014, a AdC tinha toda a legitimidade para, no cumprimento do mandado, procurar determinar se em período anterior poderiam ter já existido contactos entre as partes ou existir outra informação (inculpatória ou exculpatória) com relevo para a investigação (contextualização, motivação, etc.). Conclui pela inexistência de qualquer invalidade.
208. **Cumpre apreciar e decidir.**
209. Nos processos de contraordenação relativos a práticas restritivas da concorrência, a AdC pode, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC e tal como já referido, proceder a diligências de busca, exame, recolha e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

apreensão de extratos da escrita e demais documentação nas instalações de empresas. Contudo, não pode empreender estas diligências de forma livre, arbitrária, ilimitada ou insuscetível de controlo, pois a tal se opõe a “exigência de protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da actividade privada de qualquer pessoa, singular ou colectiva”⁶¹.

210. No nosso ordenamento jurídico, esta exigência tem fundamento ao mais alto nível, designadamente no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e reflete a tradição jurídica de vários outros sistemas jurídicos, designadamente dos Estados-membros da União Europeia, sendo, por isso, inclusive reconhecida pelo Tribunal de Justiça como um princípio geral do Direito da União Europeia⁶². Compreende-se evidentemente que assim seja, pois corporiza um dos corolários mais imediatos e lineares do princípio do Estado de direito (cf. artigo 2.º da Constituição), que é o pilar fundamental de qualquer Estado que se dirige por vetores de racionalidade.
211. A referida exigência de protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da actividade privada de qualquer pessoa, singular ou coletiva, é garantida e concretiza-se, no domínio em que nos encontramos – o das diligências de prova previstas no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC – através de um conjunto de requisitos respeitantes quer ao momento (primeiro) da decisão de autorização da diligência, quer ao momento (segundo) da execução da decisão.

⁶¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2002, no processo C-94/00, caso *Roquette Frères SA*, § 27, in <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>.

⁶² *Idem*.



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 159/19.3YUSTR-B

212. No que diz respeito ao momento da decisão de autorização da diligência, há quatro requisitos relevantes: (i) um de competência; (ii) dois de natureza material; (iii) e um formal.
213. O primeiro consiste na atribuição de competência para a decisão ao Ministério Público – cf. artigos 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 21.º, todos do NRJC, e 267.º do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, n.º 1, do NRJC.
214. Os dois requisitos materiais dizem respeito aos parâmetros substantivos de admissibilidade das diligências, dos quais está dependente a decisão de autorização da decisão do Ministério Público, que, em consequência, não é uma decisão totalmente livre.
215. Assim, o primeiro parâmetro consiste na circunstância destas diligências apenas poderem ser realizadas dentro de um processo de contraordenação. Este fator é limitador na medida em que os processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência pressupõem a notícia de uma infração e compreendem, na fase de inquérito (designação adotada pelo NRJC para identificar a fase prévia ao exercício do direito de defesa), as diligências de investigação necessárias à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova – cf. artigos 17.º, n.ºs 1 e 2, do NRJC, e 241.º, do CPP, *ex vi* artigos 13.º, do NRJC, e 41.º, n.º 1, do RGCO.
216. Em consequência, as diligências de prova referidas não se destinam a encontrar ou procurar a “notícia da infração”, perscrutando todos os extratos da escrita e demais documentação existentes nas instalações de empresas de modo a verificar a existência de uma qualquer infração de entre todas as possíveis. Tais diligências dirigem-se à investigação de uma prática restritiva da concorrência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

identificada, ainda que sem contornos definitivos ou totalmente precisos. Por conseguinte, a decisão de autorização do Ministério Público tem de incidir sobre diligências destinadas a investigar uma determinada prática restritiva da concorrência.

217. O segundo parâmetro consiste na exigência de que as diligências de busca, exame, recolha e apreensão sejam *necessárias à obtenção de prova*. Este requisito, previsto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, deve ser considerado também naquele primeiro momento em que se decide da realização da diligência, pois não há razões para o limitar ao momento da execução. Por conseguinte, o Ministério Público apenas pode autorizar diligências que preencham este requisito de necessidade.
218. Para que estes parâmetros sejam respeitados pelo Ministério Público quando decide, enquanto fatores de autocontrolo decorrentes do dever de fundamentação das suas decisões (cf. artigo 97.º, n.ºs 3 e 5, do CPP), para que sejam igualmente respeitados pela AdC no momento em que executa a decisão e para que a empresa visada, no exercício do seu direito de defesa, possa controlar a sua verificação quer num momento, quer no outro, a decisão de autorização do Ministério Público tem de respeitar um último requisito de natureza formal.
219. Este requisito consiste numa exigência que a jurisprudência do direito europeu da concorrência já identificou para as decisões da Comissão Europeia relativamente a diligências da mesma natureza, adotadas em processos destinados à investigação de práticas restritivas da concorrência com finalidades sancionatórias. Tal exigência consiste na necessidade da decisão, que determina a realização da diligência, indicar, “com tanta precisão quanto possível, o objetivo prosseguido e os elementos sobre os quais a instrução deve



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 159/19.3YUSTR-B

incidir”⁶³. Conforme esclarece o Tribunal de Justiça este requisito “constitui uma exigência fundamental não apenas para evidenciar o carácter justificado da intervenção prevista no interior das empresas em causa, mas também para que estas fiquem em condições de compreender o alcance do seu dever de colaboração, preservando ao mesmo tempo os seus direitos de defesa”⁶⁴.

220. Contudo, importa notar que o preenchimento deste requisito não pressupõe necessariamente a indicação de limites temporais estanques e precisos. Desde logo porque podem não existir elementos seguros para fixar a data da alegada infração e as diligências levadas a cabo justificarem-se também para o apuramento e fixação das balizas temporais, conforme alega a AdC. Depois porque pode haver atos prévios indiciadores da conduta. Adicionalmente, a não indicação de limites temporais não impede que, por via de outros elementos, não seja possível delimitar o objeto e a finalidade da diligência de modo a evitar atuações arbitrárias, ilimitadas, abusivas, violadoras do direito de defesa e insuscetíveis de controlo por parte da AdC. Em sentido próximo, já se pronunciou o Tribunal de Justiça, a propósito das diligências levadas a cabo pela Comissão Europeia, esclarecendo que a indicação do período durante o qual a infração teria sido cometida não é indispensável⁶⁵.

221. A execução da decisão de autorização do Ministério Público por parte da AdC está também sujeita a requisitos, destinados a garantir a exigência referida. Em primeiro lugar, tem de respeitar os limites definidos pelo Ministério Público, sob pena de sair fora do seu âmbito de competência. Em segundo lugar, tem de aferir, em concreto, a verificação do requisito de necessidade plasmado no

⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1989, nos processos apensos 97, 98 e 99/87, no caso *Dow Chemical Ibérica, SA, e Outros v. Comissão*, § 26, in <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2002, no processo C-94/00, caso *Roquette Frères SA*, § 47, já citado.



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 159/19.3YUSTR-B

artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, dentro dos limites da decisão de autorização.

222. Quer a realização das diligências previstas no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC sem qualquer autorização pelo Ministério Público, quer a sua efetivação fora dos limites definidos pelo Ministério Público, geram, pelo menos, uma nulidade insanável por violação das regras da competência material, aplicando-se com as devidas adaptações o artigo 119.º, alínea e), do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, do NRJC, invalidando irremediavelmente os meios de prova apreendidos. Efetivamente, quer numa hipótese, quer na outra, estaremos perante situações nas quais a AdC assumiu uma intervenção que, na lógica de repartição de competências materiais legalmente previstas, não lhe pertencia.
223. Estas considerações gerais não se destinam apenas a contextualizar o tema debatido pela Recorrente neste fundamento do recurso, mas justificam-se por uma razão mais concreta, relacionada com os argumentos utilizados pela Recorrente, para concluir que da decisão de autorização do Ministério Público resultava um limite temporal, que foi violado pela AdC.
224. Assim, a Recorrente alega ser *essencial e exigível* que o despacho, cuja cópia é entregue ao visado com o mandado, indique, por referência ao objeto da investigação, o período temporal em que se terão verificado os factos suspeitos e os critérios de relevância dos elementos para a descoberta da verdade e para a prova, bem como, ainda que genericamente, o escopo material da infração (que, em direito da concorrência, terá certamente um referencial no mercado em que os agentes alegadamente teriam praticado o ilícito). E relaciona esta exigência para controlar a regularidade, a necessidade e a proporcionalidade da diligência.



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 159/19.3YUSTR-B

225. Conforme resulta dos parâmetros precedentes, para obstar a uma atuação ilimitada por parte da AdC não é imperioso que a decisão de autorização do Ministério Público fixe limites temporais, conforme resulta da análise precedente. Por conseguinte, o argumento no sentido de que da decisão de autorização do Ministério Público, no caso concreto, resulta necessariamente um limite temporal, porque, caso contrário, permitiria uma atuação ilimitada pela AdC, insuscetível de controlo e desproporcional, não é um argumento válido.
226. Pese embora as razões precedentes sejam suficientes para afastar o argumento da Recorrente acrescenta-se ainda outro fundamento que invalida a tese desta e que se resume ao seguinte: mesmo que a decisão de autorização do Ministério Público tivesse que fixar limites temporais, por imperativo normativo, ou seja, no plano do dever-ser, podia acontecer que, no plano do ser, isso não tivesse sido respeitado. Ora, não faz parte do âmbito do presente recurso aferir o cumprimento do referido requisito formal da decisão de autorização emitida pelo Ministério Público, desde logo porque o Tribunal não pode neste momento sindicar os atos praticados pelo Ministério Público, conforme referido, mas também porque – mesmo que pudesse – a Recorrente não arguiu esse vício.
227. Esclarecido este ponto, o que se impõe, por fim, decidir é se a AdC violou efetivamente o limite temporal definido pelo Ministério Público na decisão de autorização. A resposta a esta questão está dependente das seguintes subquestões: a primeira consiste em saber se a decisão de autorização fixou algum limite temporal; a segunda, que surge se a resposta à primeira for negativa, consiste em saber se, não obstante a decisão de autorização não ter fixado nenhum limite temporal, a AdC ainda assim ultrapassou os seus limites, na medida em que a aferição, em concreto, do critério de necessidade para a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

prova exigido pelo artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, dentro dos demais limites traçados pelo Ministério Público, conduziria à irrelevância das mensagens e ficheiros anteriores a 29 de agosto de 2014. Antes de responder, é necessário advertir que a análise levará em conta apenas e só as datas das mensagens de correio eletrónico, pois a Recorrente sustenta este fundamento de defesa unicamente nesse elemento, não chamando à colação o conteúdo das mensagens.

228. A resposta à primeira subquestão é negativa. Efetivamente, analisada a decisão e o mandado emitidos pelo Ministério Público constata-se que não existe qualquer limitação temporal expressa. Efetivamente, não se encontra em tais atos nenhum segmento que corporize uma vontade específica no sentido de que as diligências de busca, exame, recolha e apreensão autorizadas apenas podiam incidir sobre elementos posteriores a 29 de agosto de 2014. O Ministério Público não afirma isto em nenhum momento da sua decisão ou do mandado.
229. É verdade que a alegação da Recorrente também não vai neste sentido. Contudo, a referência à inexistência de uma vontade expressa serve para esclarecer, como ponto prévio, que a existir algum limite temporal na decisão e no mandado emitidos pelo Ministério Público esse limite não foi assumido expressamente pelo autor de tais atos. O que coloca a questão de saber quais os critérios ou parâmetros jurídico-normativos que podemos convocar para – na ausência de uma vontade expressa – concluir que a decisão e o mandados emitidos pelo Ministério Público fixaram, enquanto manifestação da vontade do decisor, um limite temporal.
230. A Recorrente nada esclarece sobre este ponto. Apenas indica os fatores últimos com base nos quais conclui pela existência de um limite temporal, designadamente: (i) a circunstância do mandado do Ministério Público ter



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 159/19.3YUSTR-B

especificado a data do facto que alegadamente desencadeou a infração; (ii) e as asserções gerais no sentido de que o mandado não é “um cheque em branco” para a AdC e que é exigível, conforme já referido, que tenha um limite temporal.

231. Para se concluir que estes fatores podem ser utilizados e são suficientes para sustentar a conclusão que a Recorrente pretende extrair dos atos praticados pelo Ministério Público é necessário previamente resolver a questão estritamente jurídica *supra* enunciada, que consiste em saber quais as modalidades de expressão juridicamente admissíveis da vontade do Ministério Público quando profere uma decisão de autorização.
232. Sem necessidade de melhor ponderação, por desnecessidade, vamos assumir a tese mais favorável à Recorrente, designadamente que a resposta está na norma geral consagrada no artigo 217.º, do Código Civil (CC), *ex vi* artigo 295.º, do mesmo diploma legal, e que consubstancia um entendimento possível considerando que não há normas específicas sobre o tema nos diplomas mais diretamente aplicáveis e as decisões proferidas pelo Ministério Público são atos jurídicos (cf. artigo 295.º, do CC). Em consequência, aceita-se, nos termos referidos, que é legalmente admissível extrair da decisão de autorização e do mandado em causa nos autos um limite temporal se se puder concluir que corresponde à vontade tácita do Ministério Público, vertida no despacho de autorização da busca.
233. O apuramento da referida vontade tácita pressupõe factos que, com toda a probabilidade, a revelem, ou seja, elementos concretos relativos ou relacionados com o ato, sendo aceitável para sustentar o referido juízo de probabilidade o recurso às regras de interpretação plasmadas no artigo 236.º e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

ss., do CC, *ex vi* artigo 295.º, do mesmo diploma legal, pelas mesmas razões nos conduziram ao artigo 217.º, do CC.

234. Sendo este o enquadramento jurídico-normativo a atender, conclui-se que nenhum dos fatores que a Recorrente invoca permite concluir que o Ministério Público, quando proferiu a decisão de autorização e emitiu o mandado de busca, pretendia com toda a probabilidade que as diligências de busca, exame, recolha e apreensão não incidissem sobre elementos anteriores a 29.08.2014.
235. Assim, debruçando-nos sobre a alegação da Recorrente, o primeiro fator por si apresentado para considerar que as diligências de busca estavam limitadas temporalmente tendo por referência o dia 29.08.2014, consiste na circunstância do mandado fazer referência ao Despacho do Diretor-Geral da ADSE de 29 de agosto de 2014 e ter sido este o ato a desencadear a alegada infração, de acordo com o próprio enquadramento efetuado pelo Ministério Público. Ou seja, para a Recorrente, a origem da alegada infração – aquilo que a despoletou no mundo da vida – foi o referido Despacho, pelo que não podem existir elementos probatórios demonstrativos da mesma anteriores a essa data.
236. Vejamos. Não há qualquer dúvida que o referido Despacho assume uma importância essencial na configuração da alegada infração, na medida em que a suposta concertação ocorreu dentro de um enquadramento específico e esse enquadramento específico foi gerado pela alteração das regras e procedimentos aprovada no aludido Despacho. Em consequência, esta alteração, da qual decorre o referido enquadramento, fornecerá elementos típicos para a própria configuração da infração, reconduzida a um suposto processo de regularização das faturas de 2015 e 2016, possibilitado pela aludida alteração.



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 159/19.3YUSTR-B

237. Contudo, isso não significa que, antes dessa data, não poderão ter existido atos ou ter ocorrido factos que, podendo não ser elementos típicos ou essenciais da alegada infração, são, pelo menos, indiciadores da mesma, designadamente, tal como refere a AdC, elementos relacionados com o contexto e com a motivação. Por exemplo: nada permite que se conclua antecipadamente e sem elementos adicionais que as partes envolvidas não sabiam ou não tinham já colocado a possibilidade de alteração das regras; ou nada permite concluir que não seja possível encontrar, antes da data do despacho, elementos indiciadores relevantes para o tipo de relacionamento entre as partes envolvidas.
238. É claro que a possibilidade de existirem elementos relativos ao ano de 2010 (elementos mais antigos recolhidos pela AdC no caso concreto) com relevância probatória indiciária para a demonstração da alegada concertação que incidiu sobre o processo de regularização das faturas de 2015 e 2016, executado num enquadramento específico originado em 2014, é muito reduzida. Mas, a verdade, é que, só com base nestes fatores (recorde-se que o conteúdo das mensagens não é convocado) e considerando a pluriformidade da vida real, tal possibilidade não se pode ter por excluída.
239. Dir-se-á: mas, então, onde está o limite temporal que permite afastar a referida possibilidade? 2009, 2008, 2007 ...? Este argumento não é procedente. Assim, há muitos contextos da vida, que são relevantes, enquanto referências empíricas de suporte, para a aplicação de critérios normativos e formulação de juízos jurídicos, que não permitem traçar limites fáceis, fronteiras claras e indubitáveis. Por vezes, pode ser necessário um ato de vontade, que, dentro de uma determinada margem, opta por uma fronteira, quando podia ser outra. O que nos parece crucial é que o limite não seja manifestamente desadequado, desnecessário ou excessivo. No caso concreto, o ano de 2011, pelas razões referidas, não excede esta proporção.



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 159/19.3YUSTR-B

240. Quanto aos demais argumentos invocados pela Recorrente, remete-se para aquilo que já se referiu e esclareceu no sentido de que a decisão de autorização do Ministério Público não tem de fixar necessariamente um limite temporal para evitar atuações arbitrárias, ilimitadas e não passíveis de controlo da AdC.
241. Assim, em síntese da análise desenvolvida e em resposta à primeira subquestão conclui-se o seguinte: (i) o Ministério Público não fixou, de forma expressa, qualquer limite temporal para as diligências de busca, exame, recolha e apreensão; (ii) e não há factos que permitam concluir que, com toda a probabilidade, o Ministério Público pretendeu limitar as diligências de busca, exame, recolha e apreensão à data de 29.08.2014.
242. Passemos à análise da segunda subquestão, que – recorde-se – consiste em saber se, não obstante a decisão de autorização não ter fixado nenhum limite temporal, a AdC ainda assim ultrapassou os seus limites, na medida em que a aferição, em concreto, do critério de necessidade para a prova exigido pelo artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, dentro dos demais limites traçados pelo Ministério Público, conduziria à irrelevância das mensagens e ficheiros anteriores a 29 de agosto de 2014.
243. A resposta é negativa, pelas mesmas razões que nos levaram a concluir que não se pode excluir a possibilidade de existirem elementos, anteriores a 29 de agosto de 2014 e que vão até ao ano de 2010, que, pelo menos pela sua natureza indiciária, possam ser necessários para a prova da alegada infração, levando em conta apenas as datas. Assim, considerando apenas as datas das mensagens de correio eletrónico, não é possível concluir que a AdC tenha procedido à execução do mandado em moldes não conformes com a decisão de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 159/19.3YUSTR-B

autorização do Ministério Público, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC.

244. Todo o exposto permite-nos concluir o seguinte: a questão colocada pela Recorrente tem a sua pertinência, por ser, à partida, pouco provável, dada a configuração da alegada infração vertida na decisão de autorização e no mandado do Ministério Público, que elementos anteriores a 29.08.2014 sejam necessários para a prova da alegada infração; contudo, esta hipótese não se pode ter por excluída e, nesta medida, não se encontra na atuação da AdC, no que respeita a este primeiro fundamento do recurso, sinais claros e inequívocos de uma atuação abusiva, arbitrária ou insuscetível de controlo. Em consequência, este primeiro fundamento é improcedente, não existindo qualquer violação das normas indicadas pela Recorrente.
245. Quanto à questão de inconstitucionalidade material invocada pela Recorrente, a mesma é improcedente porque não se adotou a interpretação sancionada, antes pelo contrário.
246. Conclui-se, assim, pela improcedência do recurso.

DISPOSITIVO:

247. **Em face de todo o exposto, julgo o recurso totalmente improcedente, mantendo-se as decisões recorridas.**

CUSTAS:

248. A Recorrente deve ser condenada em custas, que inclui a taxa de justiça – cf. artigos 93.º, n.º 3 e 94.º, n.º 3, ambos do RCP.



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 159/19.3YUSTR-B

249. No que respeita ao valor da taxa de justiça, verifica-se que a Recorrente já procedeu à liquidação, cada uma, de uma unidade de conta a título de taxa de justiça, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais (RCP). Importa proceder, nos termos do mesmo preceito legal, à correção da taxa de justiça, de acordo com os limites previstos na tabela III anexa ao diploma, designadamente 1 a 5 unidades de conta.
250. Neste âmbito, entende-se que a fixação da taxa de justiça em quatro unidades de conta é adequada, face à complexidade da matéria, sendo certo que, tratando-se de uma atividade de correção da taxa de justiça, este valor final inclui a unidade de conta já liquidada. Quer isto dizer que a Recorrente apenas terá de pagar o remanescente.
251. **Em face do exposto, condena-se a Recorrente em custas, fixando-se a taxa de justiça em quatro unidades de conta, que inclui a unidade de conta já liquidada pela Arguida ao abrigo do disposto no artigo 8.º, n.º 7, do RCP, faltando pagar o remanescente.**

Deposite.

Considerando que o processo de contraordenação está em segredo de justiça, por ora a presente decisão não pode ser remetida para publicação. Oportunamente, se determinará o seu envio.

D.s.