



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Processo: 71/18.3YUSTR-J.L1
Referência: 15089648



*

* *

Acórdão

Acordam os juizes que compõem a Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa

I-Relatório

Inconformada com o decidido pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 3 de Julho de 2019, proferida no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-J em em que foi mantida a decisão da AdC de 22 de Março de 2019, a qual indeferiu os requerimentos apresentados em 03.03.2017, em 07.04.2017, em 02.05.2017, em 16.05.2017 e em 30.05.2017, pelas ora Recorrentes, considerando que estes deveriam ter sido dirigidos ao órgão que praticou o ato que deu origem à diligência de busca, exame, recolha e apreensão, ou seja ao Ministério Público que autorizou e proferiu o despacho que fundamenta a referida diligência e o modo como ela foi executada bem como apreciou as invalidades invocadas pelas recorrentes não reconhecendo a existência das mesmas, vieram recorrer para este Tribunal da Relação, Modelo Continente Hipermercados, S.A. e Continente Hipermercados, S.A., concluindo, após motivações que:

“A) As visadas interpuseram recurso para o TCRS da decisão da AdC. com a Ref.ª S-AdC/2019/1084, que declarou integralmente improcedente o requerimento, de 3 de Março de 2017, em que as ora Recorrentes arguíram um conjunto de vícios processuais e probatórios que afectam irremediavelmente a prova obtida, directa ou indirectamente, através das diligências de busca e apreensão e das pesquisas informáticas realizadas pela AdC, entre os



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

dias 7 de Fevereiro e 3 de Março de 2017, e, bem assim, os mandados com base nos quais foram realizadas.

B) Com o recurso interposto para o TCRS, as visadas pretendiam que o Tribunal controlasse a legalidade da prova obtida, das próprias diligências probatórias e dos mandados que as suportaram, com base em três fundamentos:

a) Ausência de previsão legal que permita à AdC apreender mensagens de correio electrónico em processo contra-ordenacional, daí resultando invalidade da prova; e, autonomamente, invalidade dos mandados que autorizaram a sua recolha;

b) Proibição de valoração, enquanto conhecimentos fortuitos, das mensagens de correio electrónico obtidas pela AdC como resultado das pesquisas propositadamente realizadas em violação dos limites dos mandados, e, bem assim, de toda a informação obtida a partir dessas mensagens, ainda que posteriormente validada por novos mandados; e,

c) Invalidade dos mandados emitidos na sequência dos ditos conhecimentos fortuitos, bem como da prova através dos mesmos obtida, por excessiva amplitude e conseqüente indeterminabilidade do seu objecto.

C) O Tribunal julgou integralmente improcedente o recurso e recusou-se a decidir, por um lado, por se considerar incompetente para controlar o «mérito do objecto e execução do mandado e das decisões de autorização/validação emitidas pelo Ministério Público» - o que, em rigor, não esgota o objecto do recurso -, e, por outro, por entender que as questões suscitadas não podem ser conhecidas em recurso interlocutório, mas antes deverão ser decididas em sede de recurso de impugnação da decisão administrativa eventualmente condenatória a proferir.

D) Por fim, quanto à segunda questão acima elencada (valoração, enquanto conhecimentos fortuitos, das mensagens de correio electrónico obtidas pela AdC), o Tribunal aparentemente conheceu de mérito, declarando improcedente o pedido das Recorrentes com fundamento na ausência de lesão relevante aos seus direitos fundamentais e, bem assim, na inexistência de limites legais para a operacionalização destas diligências, em particular quando a prova obtida através das mesmas venha a ser validada por um mandado subsequente.

E) O Tribunal errou ao concluir liminarmente e de forma indistinta pela sua incompetência, global ou apenas em sede de recurso interlocutório, para conhecer de questões relativas à execução das buscas, à legalidade da prova e aos mandados e, quanto à segunda questão, errou quando configurou o mandado de busca e apreensão como uma porta de



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

entrada para toda a informação contida nos servidores da empresa, independentemente da sua correspondência com o objecto da investigação. Vejamos,

II

A omissão de pronúncia do Tribunal sobre a ilegalidade da apreensão de correio electrónico e dos vícios probatórios daí resultantes

F) A primeira questão suscitada pelas Recorrentes respeitava à ilegalidade, por ausência de norma habilitante, da apreensão de correio electrónico ao abrigo da Lei da Concorrência, e à conseqüente proibição de toda a prova obtida, directa ou indirectamente, através das apreensões feitas nas instalações da Requerente, nos termos do disposto nos artigos 126.º, n.º 3, do CPP, e 18.º, n.os 2 e 3, 34.º, n.º 4, 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8. da CRP ou - no mínimo - à sua irregularidade.

G) A segunda questão colocada perante a AdC e o Tribunal a quo foi a seguinte: ainda que se pudesse admitir como possível a apreensão de correio electrónico em processos de natureza contra-ordenacional, sempre se imporá concluir pela respectiva ilegalidade, por ausência de mandado judicial para o efeito, devendo, por isso, ser declarada a nulidade de toda a apreensão de correspondência electrónica efectuada sem mandado judicial, nos termos do disposto no artigo 179.º, n.º 1, do CPP, ou, no mínimo, ser declarada a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º do CPP.

H) O motivo do primeiro pedido prende-se com a circunstância de não existir previsão legal na Lei da Concorrência que permita à AdC, com ou sem mandado do Ministério Público, apreender correio electrónico, independentemente de as mensagens a apreender se encontrarem abertas/lidas ou fechadas/não lidas.

I) Com efeito, se é ao processo penal (pretérito) que a AdC e o Ministério Público foram procurar a distinção entre carta aberta e carta fechada, abstendo-se de apreender cartas fechadas por configurarem correspondência, também deve ser ao processo penal (actual) que estas entidades deverão procurar o conceito e as garantias aplicáveis ao correio electrónico e, bem assim, a inexistência de distinção entre os regimes aplicáveis às mensagens abertas e fechadas.

J) Por outro lado, quanto à segunda questão acima elencada, mesmo que se entendesse estar abrangida pelos poderes da AdC a possibilidade de apreensão de correspondência electrónica - o que se admite apenas para efeitos de exposição de raciocínio a verdade é que tal sempre implicaria que o intérprete fosse novamente ao processo penal buscar os critérios para a densificação do conceito de correio electrónico e do regime da sua apreensão.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

K) Aplicando-se ope legis o regime de apreensão de correspondência previsto no artigo 179.º do Código de Processo Penal, ainda que por remissão para o artigo 17.º da Lei do Cibercrime operada pelo artigo 41.º, n.º I. do RGCO. sempre seria necessário que tais apreensões fossem determinadas por despacho judicial, “sob pena de nulidade” (n.º I).

L) Com efeito, num domínio como o da apreensão de correspondência, a omissão de legislação habilitante implica que a sua execução seja ilegal, pelo que a apreensão de correspondência sem fundamento legal constitui uma ingerência na correspondência e nas telecomunicações não autorizada, cuja consequência é a nulidade (leia-se, a proibição) da prova prevista no artigo 126.º, n.º 3, do CPP, 18.º, 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 4, da CRP. bem como a de toda a prova obtida, directa ou indirectamente, através daquela.

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

N) Perante as questões concretamente colocadas ao Tribunal, impunha-se que este se pronunciasse, antes de mais, sobre a legalidade da apreensão de correio electrónico ao abrigo da Lei da Concorrência, tanto no que respeita à sua eventual subsunção a qualquer um dos meios de obtenção de prova previstos na Lei da Concorrência, como quanto à identificação da autoridade judiciária competente para ordená-la.

O) A alegação das Recorrentes de que inexistente fundamento legal que permita à AdC apreender correio electrónico e, por isso, que o Ministério Público não tem fundamento legal ou, pelo menos, competência para ordenar a apreensão de mensagens abertas ou fechadas, responde o Tribunal que não pode decidir a questão por entender que «este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica própria, exclusiva e autónoma para sindicar as decisões das autoridades judiciárias competentes para as diligências previstas no art. 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC».

P) Por outras palavras, perante a alegação de que o Ministério Público ordenou uma diligência probatória não prevista na lei ou para a qual não tem competência, o Tribunal responde ser incompetente para sindicar decisões do Ministério Público que ordenem a realização de diligências previstas na lei e que sejam da competência deste.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Q) Nunca se pronunciou, porém, quanto à verdadeira questão, prévia mesmo à emissão dos mandados: saber se o quadro legal vigente permite a apreensão de correio electrónico e, em caso afirmativo, se permite que seja o Ministério Público a ordená-la.

R) Assim, a sentença recorrida enferma do vício de omissão de pronúncia, nos termos do disposto no artigo 379.º n.º 1, al. c), do CPP, o que desde já se invoca, devendo, em consequência, ser ordenada a descida dos autos à primeira instância para que o Tribunal profira nova decisão onde se pronuncie expressamente sobre as seguintes questões:

- a) Inexistência de base legal para a apreensão de correio electrónico ao abrigo da Lei da Concorrência; ou, assim não se entendendo.
- b) Incompetência do Ministério Público para ordenar ou autorizar a apreensão de correspondência electrónica; e, em qualquer caso,
- c) Consequências probatórias daí resultantes.

III.

A competência do Tribunal para conhecer das proibições de prova resultantes da execução de diligências de busca e apreensão pela AdC

S) O Tribunal recusou-se a conhecer todos os vícios de proibição de prova suscitados pelas Recorrentes com base em três fundamentos:

T) Em primeiro lugar, o Tribunal considerou-se incompetente para sindicar o juízo do Ministério Público que fundamentou a emissão do mandado que ordenou a apreensão de correio electrónico.

U) Contudo, ao Tribunal não se pedia - não em matéria de proibições de prova - que sindicasse o juízo do Ministério Público que fundamentou a emissão dos mandados. Pedia-se, sim, que se pronunciasse sobre a proibição de prova incidente sobre o correio electrónico apreendido.

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

W) Ora, sendo irrelevante a precedência daquelas diligências de mandado do Ministério Público, na medida em que esta autoridade judiciária não tem fundamento legal nem competência decisória para o efeito, resta concluir que a AdC não tinha competência nem poderes - próprios ou delegados - para apreender correio electrónico.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

X) Logo, tendo apreendido correio electrónico sem fundamento legal ou, no limite, fora dos limites da lei (que não se considera respeitada com um mandado do Ministério Público), a questão suscitada respeita à ilegalidade da busca e apreensão e, conseqüentemente, aos vícios de que enferma a prova por essa via obtida.

Y) Quanto ao segundo fundamento, o Tribunal concluiu, ao abrigo de um critério de competência - ao que se conhece, original e que cunhou sob a designação de argumento de funcionalidade normativa e processual do controlo jurisdicional - que não pode conhecer de vícios de proibição de prova suscitados em momento anterior à efectiva utilização da prova proibida.

Z) Este critério, para além de não ter fundamento legal, assenta numa errada compreensão da amplitude da competência jurisdicional do TCRS e, em particular, da ratio subjacente à criação do instituto das proibições de prova.

AA) Com efeito, o âmbito de competência jurisdicional do TCRS encontra-se definido nos artigos 84.º, n.os 1 e 3 e 85.º da Lei da Concorrência, bem como no artigo 112.º, n.º 1, alínea a), da LOSJ, de onde decorre, muito claramente, que os únicos limites que existem à apreciação de questões em sede de recurso de impugnação de uma decisão administrativa são os que decorrem da matéria apreciada na própria decisão recorrida/impugnada - e que, in casu, incluem a matéria das proibições de prova invocadas.

BB) Por outro lado, o interesse na declaração das proibições de prova e conseqüente expurgação processual da prova proibida não reveste carácter meramente processual, mas antes assume uma função primária de tutela de direitos constitucionalmente consagrados, a par de uma intenção clara de eficácia na repressão de condutas como as que tipicamente antecedem a sua obtenção.

CC) Acresce que a perpetuação das mensagens de correio electrónico nos autos até à sua utilização final permite retirar eficácia a uma eventual confirmação futura do seu carácter proibido, uma vez que, quando o mesmo venha finalmente a ser reconhecido, poderá já ser difícil identificar qual a prova mediatamente obtida através daquela, ou mesmo qual o nexos entre a prova proibida e a informação que a AdC venha eventualmente a utilizar para outros fins.

DD) Não faz sentido, por isso, invocar o critério da funcionalidade normativa e processual do controlo jurisdicional para evitar conhecer de uma questão que não é puramente intraprocçssual ou meramente adjectiva. mas antes assume como finalidades unanimemente reconhecidas a tutela de direitos fundamentais e a repressão de actuações ilegais por parte de quem detém o poder público.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

EE) O terceiro fundamento assenta no entendimento de que o vício de proibição de prova não consubstancia fundamento autónomo de impugnação judicial interlocutória.

FF) Ora, ao passo que no processo penal o juiz de instrução pode intervir, ainda na fase de inquérito, quando o Ministério Público exceda os limites dos seus poderes legais ou quando sejam violadas regras de proibições de prova, já no processo contra-ordenacional o juiz de instrução não desempenha semelhante função, pelo que se impõe, aí, uma outra via de tutela judicial de direitos fundamentais dos visados.

GG) Essa via não pode deixar de ser a alegação do vício perante a AdC e a impugnação dessa decisão para o TCRS. sob pena de ausência absoluta de tutela judicial efectiva para eventuais ilegalidades praticadas no decurso de diligências lesivas de direitos fundamentais.

HH) Assim, inexistindo qualquer limite legal ao conhecimento destas questões por parte do TCRS, estando as mesmas claramente abrangidas pela decisão administrativa recorrida, sendo um vício que impõe uma decisão célere para efectiva tutela dos interesses afectados, resta concluir que, também por esta via, improcede a argumentação do Tribunal a quo, devendo ser revogada a decisão recorrida e ordenada a descida dos autos à 1.ª instância para que conheça desta questão.

IV.

A inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos resultantes da execução da busca em violação do mandado

II) Após ter concluído que se absteria de «avançar sobre os demais fundamentos do requerimento interlocutório da visada, nomeadamente [...] inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos e efeito-à-distância», o Tribunal vem, não obstante, pronunciar-se sobre a questão, a título de obiter dictum, nos parágrafos 150. a 224. da decisão recorrida.

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

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

LL) Mo decurso da pesquisa informática realizada ao computador da Senhora Dra.

██████████████████████ Directora Comercial da



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

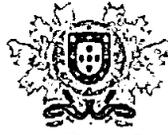
NN) A AdC utilizou este processo concreto e os mandados emitidos pelo Ministério Público para realizar uma investigação global à Recorrente MCH, sem qualquer arrimo no objecto deste processo. Tanto basta para considerar quaisquer elementos obtidos através de pesquisas estranhas ao objecto do processo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

OO) Após procurar informação estranha ao objecto do processo, a AdC recolheu informação que lhe permitiu formular uma nova notícia de infracção e submeteu-a ao Ministério Público para emissão de novos mandados.

PP) Por esse motivo, as visadas requereram ao Tribunal, no seu terceiro pedido, que fosse declarada a nulidade das apreensões de correio electrónico e outros documentos que extravasem o objecto dos primeiros mandados de busca e apreensão nos termos do disposto nos artigos 118.º e 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP (aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), e, bem assim, do artigo 18.º, n.º 2, da CRP. ou, no mínimo, ser declarada a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º do CPP.

QQ) Assim, e apesar de o objecto do recurso interposto para o TCRS ser, de facto, a decisão da AdC de 22.03.2019, o que as visadas requeriam era a revogação da decisão de mérito formulada pela AdC nessa data e a sua substituição por uma, de cariz judicial, que, em primeira linha (sem prejuízo dos pedidos subsidiários), declarasse a nulidade das apreensões de correio electrónico efectuadas em violação dos termos do mandado e daí extraísse as devidas consequências.

RR) O Tribunal declarou improcedente a pretensão das Recorrentes com base em cinco razões, todas elas desprovidas de mérito.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

SS) A primeira razão assenta na alegação, por parte do Tribunal, de que a pesquisa e apreensão de correio electrónico em violação dos primeiros mandados não representa uma lesão imediata e atendível de direitos e interesses das visadas, uma vez que os direitos afectados sempre seriam postos em crise com qualquer diligência de busca e apreensão coactivamente efectuada em ambiente digital.

TT) Ora, as visadas não ignoram que as diligências de busca e apreensão implicam tipicamente uma lesão dos seus direitos fundamentais. Novamente, não era essa a questão.

UU) O que as visadas contestam é que essa lesão de direitos fundamentais possa ocorrer em termos que excedem a autorização legal para o efeito.

VV) Com efeito, se a realização de diligências de busca e apreensão pressupõe uma delimitação temática vertida na descrição do objecto do mandado, então é na estrita medida dessa delimitação que a lesão de direitos fundamentais se encontra legitimada.

WW) Quando, porém, o mandado é abusivamente utilizado como mera formalidade legitimadora da realização de pesquisas e apreensões arbitrárias e desligadas dos factos sob investigação, então existe uma ofensa desses direitos merecedora de tutela antecipada, directa e imediata.

XX) Os princípios a respeitar pela Comissão Europeia na aplicação do artigo 101.º do TFUE, nos termos da jurisprudência dos tribunais europeus, são plenamente aplicáveis à AdC quando esta age em aplicação do direito da União, como acontece no presente processo, e dos mesmos decorre a obrigatoriedade de a AdC limitar as suas pesquisas ao objecto do mandado, sob pena de os elementos assim descobertos serem inutilizáveis.

YY) A segunda razão assenta no entendimento de que as medidas de pesquisa, exame e visualização não extravasam o objecto do mandado, porquanto essas medidas são realizadas em execução de um mandado expresso quanto à amplitude de recolha da prova.

ZZ) Portanto, à alegação de que as diligências de pesquisa e apreensão excedem os limites do mandado, responde o Tribunal que as diligências se encontram autorizadas por um mandado judiciário e que a via de reacção deveria ser dirigida ao próprio mandado e não à respectiva execução.

AAA) Salvo o devido respeito, o argumento é absurdo. As visadas não questionam o objecto dos primeiros mandados, já que ele se encontrava bem definido. Questionam, sim, que a AdC tenha actuado dentro dos limites desse mandado quando pesquisou e subsequentemente apreendeu prova.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

BBB) A terceira razão parte do entendimento de que a AdC deve ter total liberdade para definir os termos de execução dos mandados, o que deve fazer, única e exclusivamente, de acordo com os seus conhecimentos e discricionariedade técnica.

CCC) Este entendimento permite concluir que, uma vez obtido um mandado de busca e apreensão, a AdC pode pesquisar e analisar, durante dias a fio, tudo o que exista numa empresa e aproveitar toda e qualquer informação assim descoberta para os fins que bem entender, seja promovendo o alargamento da investigação, seja promovendo o início de novas diligências.

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

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

FFF) A necessidade da realização destas diligências probatórias tem por referência a necessidade de obtenção de prova para as concretas infracções que constituem a delimitação temática do processo, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), in fine, da Lei da Concorrência, e não, em geral, para quaisquer infracções potencialmente existentes, ainda que da mesma nem sequer existam suspeitas.

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

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

IIIJ) A quarta razão parte do entendimento que a sindicância do efectivo carácter fortuito das descobertas de outros ilícitos se encontra prevista na lei portuguesa no artigo 20.º, n.º 3, da Lei da Concorrência, pelo que um eventual deferimento da pretensão das Recorrentes implicaria contrariar o despacho de validação emitido pelo MP e que determinou o alargamento do objecto dos mandados de 10 de Fevereiro de 2017.

IIIK) Contudo, o que se requeria ao Tribunal era que se pronunciasse quanto à nulidade das apreensões por força da execução das diligências em violação dos mandados, não que se pronunciasse sobre a validade dessas apreensões ao abrigo dos pressupostos previstos no artigo 20.º, n.º 3, da Lei da Concorrência.

III L) Por outro lado, esta validação - que deve ser lida em termos compatíveis com os princípios gerais do direito da União, tal como são interpretados pelos tribunais europeus, nos processos em que a Autoridade pretenda aplicar o artigo 101.º do TFUE - encontra-se legalmente dependente de as apreensões terem resultado do decurso de diligências total e funcionalmente orientadas à obtenção de prova das infracções que efectivamente as determinaram (cf. artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência), ou seja, o regime do artigo 20.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Concorrência apenas poderá ser aplicado nos casos em que, nas palavras do Tribunal de Justiça, a AdC tenha tomado conhecimento dos indícios de prova de outras infracções que não se integram no objecto dos mandados de forma verdadeiramente casual. O que manifestamente não sucedeu.

III M) Por outro lado, não é verdade, como afirma o Tribunal, que os termos de pesquisa utilizados não tenham sido excessivamente amplos.

III N) A circunstância de a AdC não se encontrar obrigada a utilizar termos que encontrem «respaldo semântico no objeto do mandado e no seu conteúdo literal» (79), não significa que possa utilizar termos absolutamente desligados do objecto do mandado, cuja amplitude é especialmente propícia a produzir resultados não contemplados no objecto do mandado.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

OOO) Precisamente por utilizar programas de e-discovery, poderia a AdC associar os termos amplos utilizados, como cartel, alinhamento ou PVP (para citar apenas os referidos pelo Tribunal), desde que os associasse a outros termos de pesquisa que de algum modo a ligassem ao objecto do mandado, designadamente com os termos UNICER ou com associação a produtos fornecidos por esta entidade.

PPP) Desde logo porque a AdC não tinha permissão para investigar quaisquer práticas ilícitas que não as que se reportassem ao «alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela UNICER a cadeias de distribuição alimentar; hipermercados, supermercados e lojas de discount».

QQQ) Como é natural, a amplitude dos termos de pesquisa utilizados num repositório especialmente amplo de informação (repositório esse que não estava de qualquer modo limitado às relações com a UNICER, a concorrentes desta, aos respectivos produtos ou à sua área de negócio) leva, necessariamente, a que o sistema devolva uma quantidade elevada de resultados potencialmente alheios ao thema probandum, o que, aliás, se veio a verificar em toda a linha.

RRR) Especialmente quando os termos de pesquisa, em grande medida, nem sequer têm aptidão para revelar qualquer informação relevante para investigação das infracções que determinaram a busca e apreensão, mas apenas de outras eventuais infracções com objecto distinto.

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

TTT) Além do mais, constata-se, da mera leitura dos assuntos (dos subjects dos e-mails) das comunicações cuja validação foi requerida, que as mesmas eram absolutamente irrelevantes para a investigação então em curso e evidentemente não relacionadas com o seu objecto.

UUU) Assim, não é possível sustentar que a AdC - nas buscas realizadas nos dias 7 e 8 no Porto - "tomou casualmente conhecimento" dos indícios que lhe permitiram solicitar, e obter, os segundos mandados.

VVV) Resulta pois do acima exposto que, ao proceder como procedeu, a AdC violou os termos dos primeiros mandados e consequentemente violou também o princípio da protecção



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

dos direitos de defesa e os direitos à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e à reserva da intimidade da vida privada, ao mesmo tempo cânones fundamentais da Constituição Portuguesa (com consagração expressa nos artigos 32.º, n.º 10, 34.º, n.º 4, 26.º e 11.º, n.º 2, da Constituição) e princípios gerais do direito da União Europeia.

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

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

YYY) A quinta razão assenta na alegação de que as visadas dispõem de meios idóneos, próprios e autónomos para sindicar a validade, legalidade e regularidade do mandado da autoridade judiciária competente, para sindicar a sequente decisão da apreensão da AdC como acto decisório ou para arguir nulidades de execução do mandado perante a autoridade competente.

ZZZ) Quanto a este ponto, que mais não é do que uma desnecessária repetição do que o Tribunal referiu anteriormente, as visadas têm apenas a reiterar o que anteriormente disseram: está em causa um vício decorrente da execução de diligências de busca e apreensão em violação dos termos do mandado que as autorizava, o qual, sendo declarado procedente, impõe a necessária declaração de nulidade das apreensões e, conseqüentemente, de todos os actos processuais dela dependentes, nos termos do artigo 122.º, n.º 1, do CPP, logo, não havendo motivo que obste ao conhecimento desta questão pelo Tribunal, deverá o mesmo conhecer definitivamente da mesma, nos termos referidos no recurso.

AAAA) Por tudo quanto se referiu, resulta que o Tribunal a quo aparentemente decidiu, também nesta matéria, de forma ostensivamente errada e, por essa via, criou um novo precedente perigoso que despoja as Recorrentes de defesa contra as habituais fishing expeditions da AdC. Impõe-se, por esse motivo, reverter a decisão recorrida e substituí-la por outra que declare a ilegalidade das apreensões das seis mensagens de correio electrónico acima referidas, com as legais conseqüências.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

DDDD) Assim, a consequência do que acima se referiu é a nulidade das apreensões dos documentos acima identificados - e de outros eventualmente apreendidos em moldes semelhantes nos termos do disposto nos artigos 118.º e 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP (aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência).

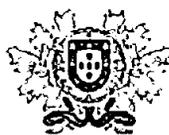
EEEE) Ademais, a apreensão de documentos que extravasem o objecto do processo, com base em pesquisas realizadas com recurso a termos propositadamente amplos, é violadora do princípio da proporcionalidade, em particular no subprincípio do carácter restritivo das restrições, pelo que, também por essa via,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

FFFF) A nulidade decorre aqui também directamente do preceito do artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

GGGG) Pelo exposto, e sem necessidade de explicações adicionais — tal a gravidade e a evidência do que aqui está em causa as apreensões realizadas nos termos acima descritos são insanavelmente nulas, tendo como consequência a invalidade dos actos que dele dependerem (cf. artigo 122.º, n.º 1, do CPP).

HHHH) Ao abster-se de conhecer e, subsequentemente, conhecer em sentido desfavorável à pretensão das Recorrentes, o Tribunal incorreu em erro de direito, impondo-se, nesta matéria, a reversão da decisão e o consequente decretamento da nulidade das apreensões das seis mensagens de correio electrónico obtidas em violação dos primeiros mandados, com as legais consequências.

V.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

A competência do Tribunal para conhecer da invalidade dos mandados

III) O Tribunal recusou-se a conhecer dos pedidos d), e) e j) formulados pelas Recorrentes no seu recurso interlocutório para o TCRS, por se considerar genericamente incompetente para conhecer dos vícios dos mandados.

JJJJ) Contudo, o Tribunal absteve-se de atender à especificidade de cada um dos pedidos e, por isso, tratou como iguais questões absolutamente distintas, acabando por errar na decisão proferida quanto a todas.

KKKK) No que respeita aos vícios dos mandados, as Recorrentes começaram por requerer que fosse declarada a inexistência dos mandados do Ministério Público por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto nos artigos 18.º, n.os 2 e 3, 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 4, da CRP, ou, assim não se entendendo, a respectiva nulidade, com fundamento na ausência de fundamento legal para a apreensão de correio electrónico na Lei da Concorrência e, subsidiariamente, na incompetência do Ministério Público para ordenar esta apreensão, por a mesma sempre ter de ser da competência do juiz de instrução.

LLLL) Ora, a doutrina e a jurisprudência vêm aceitando que, na fase de inquérito do processo penal, o papel do juiz de instrução extravasa o que se encontra previsto nos artigos 268.º e 269.º do CPP, mas antes inclui a prática e a sindicância de todos os actos que contêm com direitos, liberdades e garantias individuais, onde se inclui o conhecimento das nulidades processuais e proibições de prova.

MMMM) Aliás, diríamos mesmo que a nulidade - qualquer nulidade - tem forçosamente de ser conhecida pelo juiz e não pelo Ministério Público, não só pela sua incidência sobre direitos fundamentais, mas também para que seja plenamente assegurado o direito ao recurso e, bem assim, por força da própria redacção do artigo 122.º, n.º 3, no qual se diz que «[a] declarar uma nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela».

NNNN) É assim no processo penal, em que o Ministério Público é o dominus do inquérito, e é assim no processo de contra-ordenação, em que o Ministério Público intervém a título meramente incidental.

OOOO) Perante uma intervenção muito mais circunscrita do juiz de instrução na Lei da Concorrência — o que é evidenciado pelas sucessivas recusas de juizes de instrução em conhecerem de matérias relativas a vícios invocados em processos de Direito da Concorrência - a função de tutela de direitos fundamentais há-de encontrar-se reservada ao Tribunal que tem competência para conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

decisões, despachos e demais medidas em processo de contra-ordenação legalmente susceptíveis de impugnação da AdC.

PPPP) In casu, tendo sido a AdC quem se muniu do mandado para executar a busca e a entidade que conheceu da questão em primeira instância, deverá ser o TCRS a entidade a conhecer da ilegalidade dos mandados que a suportaram e, bem assim, das consequências daí decorrentes - sob pena de absoluta desprotecção das visadas perante actos ilegais do Ministério Público ou da própria AdC.

QQQQ) As Recorrentes requereram ainda que fosse:

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

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

RRRR) O fundamento para o primeiro pedido prendia-se com o efeito-à-distância das nulidades, mais concretamente com a necessária invalidação do mandado de 10 de Fevereiro de 2017, por o mesmo ter sido emitido como causa directa da apreensão ilegal de 6 (seis) mensagens de correio electrónico em violação dos limites estabelecidos no mandado que as suportava.

SSSS) A competência para o Tribunal conhecer deste vício resulta, como é evidente, da sua competência para conhecer do vício das apreensões de correio electrónico referidas no capítulo anterior.

TTTT) Com efeito, perante a declaração de nulidade daquelas apreensões, impõe-se ope legis que seja igualmente declarada a nulidade dos actos que daquelas dependerem ou que aquelas puderem afectar, nos termos do disposto no artigo 122.º, n.º 1, do CPP.

UUUU) Por fim, o último dos vícios referidos tem como fundamento a nulidade dos segundos mandados por indeterminação do seu objecto.

VVVV) Como resulta evidente, tais mandados não limitam as buscas da Autoridade a certas empresas fornecedoras das Requerentes que poderão estar envolvidas em tais práticas;



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

ou a certos produtos adquiridos pelas Requerentes, ou a certos mercados que agrupem alguns desses produtos; ou sequer a certos sectores da actividade económica.

WWWVV) É manifesto que os mandados emitidos a 10.02.2017 não satisfazem os requisitos fixados pela jurisprudência dos tribunais europeus para serem compatíveis com o direito da União, pois não indicam qualquer possível mercado, ou sequer qualquer sector da actividade económica, relativamente aos quais a AdC dispunha, a 10.02.2017, de indícios suficientemente sérios de possíveis infracções para fundamentar diligências de busca e apreensão.

XXXX) Ora, a competência do Tribunal para conhecer deste vício dos mandados resulta precisamente da circunstância de a indeterminação do objecto dos mandados representar uma ingerência excessiva, desnecessária e arbitrária em direitos fundamentais das visadas.

YYYY) Resulta, porém, de tudo quanto se referiu que, também nesta sede, o Tribunal errou quando se declarou incompetente para conhecer dos vícios suscitados, devendo, em consequência, ser ordenada a descida dos autos à 1ª instância para que o Tribunal decida as questões colocadas.

Nestes termos e nos demais de direito aplicável deve o presente recurso ser julgado inteiramente procedente e, em consequência, ser:

a) Declarada a nulidade da decisão recorrida por omissão de pronúncia, nos termos do disposto no artigo 379.º, n.º 1, al. c), do CPP. devendo, em consequência, ser ordenada a descida dos autos à primeira instância para que o Tribunal profira nova decisão onde se pronuncie expressamente sobre

(i) a inexistência de base legal para a apreensão de correio electrónico ao abrigo da Lei da Concorrência; ou, assim não se entendendo,

(ii) a incompetência do Ministério Público para ordenar ou autorizar a apreensão de correspondência electrónica; e, em qualquer caso, (iii) quais as consequências probatórias daí resultantes;

b) Revogada a decisão recorrida na parte em que o Tribunal se considerou incompetente para conhecer das proibições de prova resultantes da execução de diligências de busca e apreensão da AdC, ordenando-se, em consequência, a descida dos autos à 1.ª instância para que o Tribunal conheça dos pedidos a) e b) do recurso interlocutório apresentado pelas Recorrentes junto do TCRS;



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

c) Revogada a decisão recorrida na parte em que declarou improcedente a arguição de nulidade das apreensões de correio electrónico e outros documentos que extravasem o objecto dos primeiros mandados de busca e apreensão e substituída por outra que as declare nulas, nos termos do disposto nos artigos 118.º e 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP (aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), e, bem assim, do artigo 18.º, n.º 2, da CRP. ou, no mínimo, que declare a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º do CPP. com as legais consequências;

d) Revogada a decisão recorrida na parte em que o Tribunal se considerou incompetente para conhecer dos vícios dos mandados do Ministério Público, ordenando-se, em consequência, a descida dos autos à 1ª instância para que o Tribunal conheça dos pedidos d), e) e f) do recurso interlocutório apresentado pelas Recorrentes junto do TCRS.

Admitido o recurso, veio responder ao mesmo apenas o MP o qual sustentou que “deverá ser declarada nula a dita sentença recorrida, determinando-se a prolação de nova sentença que se pronuncie sobre as questões que foram suscitadas pelas visadas”.

Respondeu a AdC concluindo que:

A. O presente recurso tem por objeto a sentença proferida pelo Tribunal a quo em 3 de julho de 2019, invocando as Recorrentes, em síntese, os seguintes fundamentos: (i) erro ao concluir liminarmente e de forma indistinta pela sua incompetência, global ou apenas em sede de recurso interlocutório, para conhecer de questões relativas à execução das buscas, à legalidade da prova e aos mandados; (ii) erro quando configurou o mandado de busca e apreensão como uma porta de entrada para toda a informação contida nos servidores da empresa, independentemente da sua correspondência com o objeto da investigação.

B. As Recorrentes reconduzem, ainda, a decisão recorrida à violação de normas e princípios constitucionais, o que traduz bem a intenção litigante das mesmas: evitar a qualquer custo que a AdC as investigue, que prossiga com a investigação em curso e que conclua por uma eventual infração às regras da concorrência.

C. Com efeito, as Recorrentes recorrem a todo o tipo de argumentação (por um lado, a AdC não pode apreender correio eletrónico; por outro lado, viola o âmbito material do mandado; acresce que o Ministério Público também não podia, com base nos indícios em causa, emitir mandados de busca ou consequentes mandados de alargamento do objeto; este órgão também não podia validar apreensões seladas; todo e qualquer ato da AdC determina a invalidade de toda a apreensão; o Tribunal a quo incorre em erro ou demite-se de se



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

pronunciar sobre as questões pretendidas pelas Recorrentes, etc.) para impedir a AdC de a investigar, sendo pertinente questionar: afinal de que modo pode a AdC investigar práticas restritivas da concorrência?

D. AdC, Ministério Público e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, insistem numa atuação manifestamente persecutória das Recorrentes?

E. A sentença recorrida não se encontra ferida de qualquer vício susceptível de determinar a sua revogação, inexistindo qualquer omissão de pronúncia ou erro na aplicação do direito por parte do Tribunal a quo, pelo que a confirmação da validade da decisão da AdC de 22 de março de 2019 deverá ser integralmente mantida.

F. As questões colocadas pelas Recorrentes respeitavam, primeiramente, à ilegalidade por ausência de norma habilitante da apreensão de correio eletrónico ao abrigo da Lei da Concorrência; e ainda que se pudesse admitir como possível a apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional, sempre se concluiria pela respetiva ilegalidade, por ausência de mandado judicial para o efeito.

G. A verdade é que o Tribunal a quo pronunciou-se vastamente sobre a segunda questão, não existindo qualquer dúvida de que a autoridade judiciária competente para autorização das diligências de busca e apreensão é o Ministério Público.

H. Ora, decorre dos n.º 2 e n.º 3 do artigo 18.º da Lei da Concorrência que as diligências previstas na alínea c) do n.º 1 daquele artigo dependem de decisão da autoridade judiciária competente. In casu, foi o Ministério Público quem proferiu o despacho que autorizou e ordenou a realização das buscas e emitiu o respetivo mandado de busca e apreensão (cfr. artigo 21da Lei da Concorrência).

I. Importa notar que as Recorrentes alegam que os mandados e respetivos despachos de fundamentação consubstanciam uma ilegalidade, uma vez que para apreender correio eletrónico deveria ser o Juiz de instrução a autorizar sob pena de nulidade (cf. Ponto 15 das alegações de recurso)

J. Não se pode concordar com o alegado pelas Recorrentes, uma vez que é a própria lei especial (da concorrência) que refere em que situações específicas o Juiz de instrução deve dar autorização para realizar a diligência (n.ºs 6 e 7 do artigo 19.º e n.º 6 do artigo 20.º da Lei da Concorrência). Ora, fora destes casos específicos, cabe expressamente ao Ministério Público proferir o mandado e respetivo despacho de fundamentação para busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

K. é partindo desta premissa, de que o Ministério Público é a autoridade judiciária competente para autorizar as diligências de busca e apreensão que o Tribunal *a quo* conclui que não é materialmente competente para aferir da legalidade ou ilegalidade desse ato decisório, e é por essa mesma razão que não se pronuncia sobre a legalidade ou ilegalidade da apreensão de correio eletrónico uma vez que se traduz num acto decisório do Ministério Público.

L. Na realidade, da leitura das alegações das Recorrente é possível apreender a sua discordância relativamente ao regime legal atualmente consagrado. No entanto, toda argumentação apresentada parece reconduzir-se a uma perspectiva de *iure condendo*, fazendo-se - salvo o devido respeito por se recorrer a um tom coloquial - "tábua rasa" da letra da lei, dos anos de vigência da Lei da Concorrência (já seis), da jurisprudência já produzida sobre estas matérias por parte do Tribunal do Comércio de Lisboa, por parte do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

M. Neste sentido, a AdC não pode deixar de acompanhar igualmente o entendimento do Tribunal *a quo* relativamente à proposta de enquadramento processual defendida pelas Recorrentes: a mesma "incorre numa grosseira ab-rogação do regime processual cujas consequências significariam a subversão total do regime de aquisição probatória transversal ao Direito Público Sancionatório." - cfr. parágrafo 62 - página 31 da sentença recorrida.

N. Face a todo o exposto, nada há a corrigir, revogar ou anular na sentença recorrida que deverá ser mantida na íntegra porquanto ainda que as Recorrentes invocassem (a jusante), a nulidade da diligência de busca executada pela AdC, bem como a nulidade da prova apreendida, a verdade é que tais nulidades decorrem (a montante) de uma pretensa nulidade do mandado emitido pelo Ministério Público, a qual é expressamente identificada pelas Recorrentes.

O. No mesmo sentido, vejam-se igualmente o sentido decisório constante das sentenças proferidas no âmbito dos processos n.º 71/18.3YUSTR-E, 71/18.3YUSTR-G, 71/18.3YUSTR-I, 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR.

P. Assim, e seguindo a jurisprudência unânime e recente do TCRS, este, cuja competência está adstrita à apreciação de actos decisórios da AdC, não é competente para sindicar os atos praticados pelo Ministério Público integrado no DIAP de Lisboa.

Q. Daqui decorre que para conhecer da validade da prova apreendida *in casu*, o TCRS necessitaria então de aferir e decidir da validade do mandado e respetivo despacho de fundamentação proferido pelo Ministério Público junto do DIAP, o que, reitera-se, não se enquadra no âmbito da competência material do TCRS; ou, por mera hipótese de raciocínio,



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

para o TCRS poder destacar (daquela invalidade primária) a sua apreciação sobre as pretensas invalidades invocadas quanto ao correio eletrónico teria de admitir a validade do mandado e validade da apreensão (em si mesma).

R. Com efeito, ao contrário do alegado pelas Recorrentes, não está em causa uma omissão de pronúncia, mas sim uma não pronúncia intencional por parte do Tribunal a quo decorrente do entendimento de que não tem competência para apreciar atos praticados pelo Ministério Público (do DIAP de Lisboa).

S. Do exposto resulta claro que o Tribunal a quo não é competente para conhecer das nulidades invocadas pelas Recorrentes e que deram origem ao presente recurso, ao qual, pelas razões expostas, não deverá ser dado provimento.

T. As Recorrentes alegam que o Tribunal a quo recusou-se a conhecer todos os vícios de proibição de prova por si suscitados com base em três fundamentos: (i) incompetência do TCRS para sindicar o juízo do Ministério Público que ordenou a apreensão de correio eletrónico; (ii) necessidade de efetiva utilização da prova cuja proibição se invoca antes de o Tribunal poder pronunciar-se quanto à proibição; (iii) insusceptibilidade de o vício de proibição de prova consubstanciar fundamento autónomo de impugnação judicial interlocutória. Concluem que nenhum destes argumentos pode proceder.

U. Relativamente ao primeiro fundamento, as Recorrentes pretendem que lhes seja respondida a questão colocada na introdução do recurso que deu origem à decisão recorrida: pode a AdC apreender mensagens de correio eletrónico?

V. Sucede que esta questão foi suscitada pela AdC diretamente junto do Ministério Público, enquanto entidade judiciária competente para emitir os mandados de busca e apreensão. Nesse sentido, a resposta foi dada pelo próprio Ministério Público que expressamente autoriza a AdC apreender mensagens de correio eletrónico.

W. Se o Ministério Público autorizou e ordenou a AdC (através de mandado e com fundamento legal na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência) a examinar e apreender mensagens de correio eletrónico abertas/lidas, parece evidente que a AdC pode efetivamente apreender mensagens de correio eletrónico.

X. Andou bem o Tribunal a quo em não sindicar a validade do ato autorizado pelo Ministério Público, uma vez que a AdC limitou-se a requerer as diligências de prova e a executar o respetivo mandado, nos termos determinados pelos despachos e mandados do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, sem que tenha existido, nos termos aqui propostos, qualquer utilização processual própria, autónoma e funcionalizada que possa



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

integrar o controlo jurisdicional deste Tribunal nos termos do regime e das noemas de competência previstas no NRJC."

Y. Relativamente ao segundo fundamento, o Tribunal a quo não se demite, de modo algum, de apreciar a questão relativamente ao vício de proibição de prova.

Z. Muito pelo contrário. É o Tribunal *a quo* que afirma ter competência de plena jurisdição para conhecer dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada uma coima ou sanção pecuniária compulsória pela AdC, pelo que nunca poderá estar afastada a possibilidade de aferir do regime processual de utilização de métodos proibidos de prova.

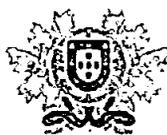
AA. Simplesmente, ressalva que "o exercício desse controlo de plena jurisdição depende da utilização pela AdC dessas provas supostamente obtidas de modo ilegal, que terá necessariamente de consubstanciar uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC no âmbito do processo contraordenacional e de acordo com a tramitação prevista no NRJC."

BB. Quanto ao terceiro fundamento, importa notar que o ponto nevrálgico da pretensão das Recorrentes neste recurso e dos vícios alegados por aquelas se reporta à possibilidade de apreensão de correio eletrónico por parte da AdC, quando, na realidade, essa prerrogativa é expressamente conferida pelo Ministério Público, não sendo possível, por essa razão, destacar o ato de apreensão da AdC, do poder expressamente conferido por aquela autoridade judiciária.

CC. Por outras palavras, e explicitando o entendimento do Tribunal a quo, o que as Recorrentes pretendem é nada mais, nada menos, do que a apreciação sobre a legalidade da apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional jusconcorrencial. Ora, para tanto, o Tribunal a quo teria de sindicar a validade de um acto do Ministério Público que autorizou a apreensão de correio eletrónico, não sendo tal sindicância admissível à luz das regras processuais, pelo que não será autonomizável o vício de método proibido de prova (apreensão de correio eletrónico) de vício do mandado que permite tal apreensão.

DD. Concluindo-se, deste modo, pela incompetência do Tribunal a quo para sindicar nesta fase processual do processo contraordenacional a validade da prova obtida por autorização do Ministério Público.

EE. Nos exercício dos seus poderes sancionatórios, a lei, no seu artigo 18.º possibilita a AdC realizar buscas e apreensões, solicitando previamente autorização da autoridade judiciária competente que, in casu, é ao Ministério Público (cfr. artigo 21.º da Lei da Concorrência).



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

FF. Deste modo, desde que munidos do mandado e respectivo despacho de fundamentação do Ministério Público e das credenciais emitidas pelo Conselho de Administração, cabe aos funcionários da AdC organizar e definir a busca e, mais concretamente a pesquisa, respeitando o objecto do mandado.

GG. Seguindo o entendimento da AdC, o Tribunal *a quo* valida o modo de execução do mandado ao afirmar que “[...] a AdC deve executar a diligência em causa de forma a dar pleno cumprimento ao mandado nos termos da lei, mas tendo total liberdade para definir os termos dessa execução, sendo que o recurso a critérios de pesquisa informática como keywords ou outros parâmetros (v.g., períodos temporais, domínios de e-mail, nomes de pessoas ou empresas) visam exclusivamente facilitar a execução da diligência pela AdC, tendo esta Autoridade, no entanto, total liberdade para nem sequer usar keywords e analisar e-mail a e-mail constante de uma caixa de correio do alvo em causa.’

HH. De todos os termos elencados pelas Recorrentes no seu recurso não se vislumbra qualquer violação do mandado, pois todas as palavras-chave utilizadas relacionam-se com a possível infração de alinhamento de preços de venda ao público dos produtos fornecidos pela Unicer a cadeias de distribuição alimentar, hipermercados, supermercados e lojas discount; ou com a possível infração consubstanciada num acordo entre concorrentes das Recorrentes e entre estes e o respetivo fornecedor para fixação de preços de venda ao público.

II. Neste sentido, o Tribunal *a quo* alerta que ‘se tornaria flagrantemente temerário afirmar que a AdC, a fim de evitar as fishing expeditions na execução do mandado de 02.02.2017, estaria impossibilitada de pesquisar por cartel, por alinhamento, por PVP ou por empresas de distribuição alimentar, devendo-se limitar aos termos que, no entender das viadas, apresentassem alguma relação direta ou indireta, com a Unicer ou com os produtos ou área de atividade desta empresa.’

JJ. Importa, deste modo esclarecer, que para além de o mandado permitir aceder a documentação referente à empresa Unicer, também permite aceder a informação relativamente aos concorrentes da Sonae, como sejam todas as cadeias de distribuição alimentar, bem como aceder a informação que permita perceber a real dimensão das suspeitas da infração, “o modo como são concretizadas e implementadas, os seus efeitos, designadamente em termos de produtos implicados, compensações acordadas e de definição concreta do universo de empresas envolvidas’.

KK. Conclui o Tribunal *a quo* que “não resulta dos termos de pesquisa apresentados que a apreensão dos e-mails descritos no ponto S) dos factos provados resultassem de uma pesquisa informática genérica, e sem relação com o objeto do processo em causa.’



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

LL. Ora, foi precisamente no âmbito desta pesquisa que a AdC teve acesso a 6 emails, cujo conteúdo não estava compreendido no mandado de 2 de fevereiro de 2017, tendo sido apreendidos selados e subsequentemente validados pelo Ministério Público ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 20.º da Lei da Concorrência.

MM. Aliás, conforme salienta o Tribunal a quo, “são as próprias visadas que reconhecem que aquelas 6 (seis) mensagens de correio eletrónico foram apreendidas ao abrigo de um dos dois casos legalmente previstos em que podem ser apreendidos documentos sem autorização ou ordem prévia do Ministério Público.”

NN. O Tribunal *a quo*, num claro esforço de concretização ao caso em litígio e que nos merece total concordância, considera que “as operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante não podem dispensar, evitar ou excluir a possibilidade de visionamento liminar de comunicações eletrónicas to ou from para e- mail de algum colaborador da visada, identificado como relevante, atendendo a que o regime jurídico da concorrência não interdita esse visionamento liminar nem o submete a validação judiciária.” - cf. Parágrafo 191 da sentença recorrida.

OO. E concretizando, refere que “se as funções pela Diretora Comercial da MCH a circunscreviam como colaboradora relevante para as diligências de busca e apreensão, então qualquer visionamento liminar importará necessariamente o risco de obtenção de conhecimentos acidentais ou fortuitos sobre outras infrações, dependendo a apreensão desses elementos da decisão de validação.” - cf. Parágrafo 192 da sentença recorrida

PP. Concluindo pela total legalidade do procedimento seguido pela AdC explicitando que “corresponde a um ato procedimental da diligência de busca e apreensão, adequado, proporcionai e necessário para a execução das operações de pesquisa, exame e seleção de informação potencialmente relevante, portanto legítimo, lícito e permitido pelo mandado.” - cf. Parágrafo 193 da sentença recorrida.

QQ. Assim, tendo tais emails sido validados pelo Ministério Público, cabe naturalmente a este órgão a apreciação da invocação da nulidade respeitante a esta matéria, considerando-se a AdC incompetente para o efeito, entendimento estendido à competência do TCRS.

RR. Reiterando o entendimento da AdC, estando em causa um ato decisório do Ministério Público, não pode o Tribunal de concorrência, regulação e supervisão conhecer da sua legalidade ou ilegalidade sob pena de violação de separação de poderes.

SS. As Recorrentes afirmam nas suas alegações de recurso que “ao abster-se de tratar separadamente as questões distintas colocadas em cada um dos pedidos, o Tribunal entrou



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

em contradição consigo próprio, deixando de tratar questões que, em processo criminal, não deixariam de ser conhecidas pelo juiz de instrução.’

TT. Ora, na verdade o juiz do tribunal a quo, não é um juiz de instrução, mas sim um juiz de julgamento que apenas deve sindicar as decisões da AdC (cf. Parágrafo 89 da sentença recorrida), no caso em concreto, e não de um órgão com competência para autorizar as diligências de busca e apreensão efetuadas pela AdC.

UU. Reitere-se que existem meios adequados para as Recorrentes garantirem a sua tutela jurisdicional efetiva através da reclamação hierárquica, requerimento ou impugnação judicial, dirigidas às autoridades judiciárias competentes em matéria criminal.

VV. Neste sentido, nada há a apontar à sentença recorrida e, consequentemente, à atuação da AdC.

Nestes termos e nos demais de Direito, não deverá ser dado provimento ao presente recurso de decisão interlocutória, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida e, em consequência, inalterada a Decisão da AdC datada de 22 de março de 2018.”

Já neste Tribunal os autos foram com vista ao Sr^o Procurador Geral Adjunto o qual secundou a posição do magistrado de 1^a instância.

Não houve necessidade de dar cumprimento ao disposto no art^o 417^o n^o 2 do C.P.P. por o Mp nesta instância nada ter acrescentado (em substância) ao alegado anteriormente mas apenas haver reforçado o que já da resposta constava.

Os autos foram a vistos e à conferência.

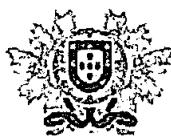
*

II – Fundamentos do recurso e fundamentação de facto

Como é pacificamente aceite são as conclusões do recurso que delimitam o poder de análise deste Tribunal sendo irrelevantes quaisquer considerações feitas na motivação que não se mostrem espelhadas nas conclusões.

Ante tal e analisada a peça recursal as duas questões a decidir são:

- a correcção da posição do Tribunal A quo em se julgar incompetente para controlar o «mérito do objeto e execução do mandado e das decisões de autorização/validação emitidas pelo Ministério Público» ;



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

- a correcção da posição do Tribunal em considerar que as questões suscitadas não podem ser conhecidas em recurso interlocutório, mas antes deverão ser decididas em sede de recurso de impugnação da decisão administrativa eventualmente condenatória a proferir.

- a validade da declaração de incompetência do TCRS para sindicar as decisões das autoridades judiciais mencionadas pela LC e a conseqüente omissão de pronúncia sobre os vícios por si suscitados;

- a validade da decisão sobre o valor probatório dos conhecimentos fortuitos julgando-os válidos com fundamento na ausência de lesão relevante aos seus direitos fundamentais e, bem assim, na inexistência de limites legais para a operacionalização destas diligências, em particular quando a prova obtida através das mesmas venha a ser validada por um mandado subsequente.

Dito isto vejamos, então, o teor da decisão recorrida (dispensando o relatório):

A. A AdC instaurou processo de contraordenação, sob a referência interna PRC/2016/04 por práticas restritivas da concorrência, em que são visadas as sociedades Modelo Continente Hipermercados, S.A. e Continente Hipermercados, S.A., tendo sido, posteriormente, extraída certidão do referido processo e determinada a abertura de inquérito de outros quatro processos contraordenacionais onde são visadas as empresas Recorrentes: PRC/2017/4, PRC/2017/5, PRC/2017/7 e PRC/2017/13.

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

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

D. O mandado emitido pela Exma.; Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de 02.02.2017: “Manda que (...) seja passada BUSCA (...) PARA EFECTIVA APREENSÃO de cópias ou extractos de escrita e



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico já abertas (...) apreensão de computadores quer se encontrem em local acessível ao público ou reservado”.

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

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

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

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

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

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

K. Durante e após o termo das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, as visadas apresentaram, em 08.02.2017 (entregue com o respetivo auto de suspensão), em 10.02.2017 (entregue com o respetivo auto de suspensão), em 03.03.2017 (entregue com o respetivo auto de apreensão), em 07.04.2017, em 02.05.2017, em 16.05.2017 e em 30.0.2017, nos termos dos quais vieram invocar um conjunto de nulidades respeitantes a: (i) ilegalidade de



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

apreensão de correio eletrónico ao abrigo da Lei da Concorrência; (ii) inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos e do efeito-à-distância; (iii) ilegalidade dos segundos mandados por indeterminação do objeto; (iv) violação do direito de defesa.

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

M. A AdC, por decisão de 22 de março de 2019, com a referência S-AdC/2019/1084 indeferiu os requerimentos apresentados em 08.02.2017, em 10.02.2017, em 03.03.2017, em 07.04.2017, em 02.05.2017, em 16.05.2017 e em 30.0.2017, com o fundamento de que deveriam ter sido dirigidos ao órgão que praticou o acto, conhecendo, subsidiariamente, das nulidades invocadas, indeferindo-as.

N. No decurso das diligências de exame e recolha, os funcionários da AdC devidamente credenciados procederam à execução do mandado no local, realizando nomeadamente ações de pesquisa e análise de documentos potencialmente relevantes para a investigação, contidos nas cópias obtidas dos discos rígidos dos computadores dos colaboradores das visadas considerados relevantes, mediante a utilização de um programa informático e através de elementos de pesquisa temporais, temáticos e nominais dos colaboradores da visada, que não excluíram mensagens de correio eletrónico aberto e/ou lido.

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

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

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

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

S. No decurso da pesquisa informática realizada ao computador da Senhora Dra. [REDACTED], Diretora Comercial da MCH, foi



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

ordenada a apreensão de 6 (seis) mensagens de correio eletrónico (E-mail de 15.10.2014, com o assunto «RE: Jumbo Cascais — levantamento de gama e shopping», com 2 páginas; E-mail de 25.07.2015, com o assunto «FW: Vinhos Norte I Incremento da atividade comercial com o Modelo Continente Hipermercados, S.A.», com 4 páginas; E-mail de 17.12.2015, com o assunto «FW: Reunião SCC @ Sonae», com 6 páginas; E-mail de 01.12.2014, com o assunto «FW: Nieceport 1 PVPs Cave — feedback urgente», com 3 páginas; E-mail de 5.01.2016, com o assunto «Re: Pedido validação alteração pvp — folheto S02»; E-mail de 26.06.2015, com o assunto «FW: Folheto Pingo Doce 25 a 29 de Junho.), por alegadamente constituírem indícios de outra infração às regras da concorrência», tendo sido determinada a selagem das referidas cópias para posterior validação pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

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

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

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

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

- A decisão de 22 de março de 2019, que indeferiu os requerimentos apresentados pelas visadas a 03.03.2017, 07.04.2017, 02.05.2017, 16.05.2017 e a 30.05.2017 é legal e conforme aos limites de pronúncia sobre a legalidade, validade ou regularidade da diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa?

15. Prima facie, como passada de chamada para a argumentação relevante, cumpre recordar que o que está em causa com este recurso de medidas de autoridade administrativa ou recurso de medidas interlocutórias é a validade da decisão interlocutória da AdC de 24.03.2019 e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

16. Ainda assim, como temos vindo a reiterar constantemente nos despachos de admissibilidade deste tipo de recursos interlocutórios “o novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO” - MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, Lei Da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822.

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

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

19. Por consequência, a visadas/recorrentes, ao pretender recorrer, parcialmente, com fundamento na invalidade, ilegalidade e irregularidade dos atos preparatórios e de execução antecedentes de uma decisão de apreensão – pretende fazer retroagir, contra legem, a tutela recursiva interlocutória, defraudando o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC e no sentido em que o objeto da sua impugnação são aqueles atos executórios do mandado de busca e apreensão.

20. Ainda assim, uma vez que a medida ou despacho interlocutório cuja impugnação foi admitida é a decisão referida que indeferiu os requerimentos apresentados pelas visadas no decurso e após as diligências de busca e apreensão, e não as próprias diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da visada, em execução do mandado de autoridade judiciária, nunca se estaria perante qualquer incompetência material do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão para conhecer do presente recurso, visto que a aplicação da norma de competência do art.º 112.º, n.º 2 al. b) da LOSJ, aprovada pela Lei n.º 62/2013, com referência ao art.º 85.º do NRJC, se dirige a um acto decisório procedimental da autoridade administrativa, sequente das diligências probatórias, mas que com elas não se confundem.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

21. Neste sentido e sem maiores delongas, desmerecemos qualquer abordagem que incida sobre a violação de foro jurisdicional quando está em causa é a decisão da AdC de 22.03.2019, proferida na sequência das diligências de busca e apreensão efetuadas entre os dias 7.03.2017 e 3.03.2017 em cumprimento de mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

* * Da legalidade, validade ou regularidade da apreensão de documentos no âmbito de diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada entre os dias 28 de novembro e 21 de dezembro de 2018 em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

22. Este Tribunal e signatário têm sido recentemente chamados a conhecer da legalidade, validade ou regularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

23. Resultado desta sindicância interlocutória são as pronúncias deste Tribunal e deste signatário, constantes da sentença de 03-05-2018, proferida no âmbito do processo n.º 83/18.7YUSTR, da sentença de 17-05-2018, proferida no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR, autos principais e apenso A - tendo tais decisões transitado em julgado sem qualquer interposição de recurso; e das sentenças de 19-11-2018, proferidas no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR, apenso D e E, e da sentença de 24-01-2019, proferida no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR, apenso I - tendo tais decisões sido objeto de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, com trânsito em julgado quanto à decisão do apenso E do processo n.º 71/18.3YUSTR por via do Acórdão proferido a 13-02-2019 (que confirmou a decisão recorrida), e do apenso D do processo n.º 71/18.3YUSTR, por via do Acórdão proferido a 08-05-2019 (que revogou a decisão recorrida).

24. Estes elementos de contexto judicial não refletem, como nos parece evidente mas convém sublinhar, qualquer enunciação de precedente vinculativo nem procuram qualquer remissão argumentativa por identidade casuística - tratam-se de processos diferentes com diferentes visadas. Outrossim, queremos expressar que questões idênticas, na falta de revidação, exigiram deste Tribunal uma resposta coerente, uniforme e constante, desiderato que reiteramos neste processo e que se impõe na intenção da melhor administração da justiça pelos Tribunais.

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

26. Efetivamente, a visadas/recorrentes não suscitou perante a AdC qualquer invalidade do mandado ou da apreensão provocando a emissão de uma decisão interlocutória, mas recorreu antes da própria decisão procedimental, no final da diligência, de apreender os documentos tidos como relevantes para a investigação das práticas restritivas da concorrência.

27. Efetivamente, a visadas/recorrentes suscitou perante a AdC a invalidade do mandado e da apreensão, provocando a emissão de uma decisão interlocutória, logo após a própria decisão procedimental, no final da diligência, de apreensão dos documentos tidos como relevantes para a investigação das práticas restritivas da concorrência. 28. Neste conspecto, a recente pronúncia da Relação de Lisboa do Ac. 13-02-2019 proferida no apenso E do processo n.º 71/18.3YUSTR, adverte que "(...) o que temos de concluir é que o juiz do Tribunal a quo é competente para se pronunciar sobre a forma da execução do mandado (e esta forma de execução é sindicável no âmbito da decisão intercalar) mas, pelas razões aduzidas no despacho recorrido que aqui damos por reproduzidas é incompetente para se pronunciar sobre a validade substancial do mandado a coberto da qual a busca é feita (sem prejuízo da questão poder ser alvo da discussão na fase jurisdicional do processo se a tal se chegar)".

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

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

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

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

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

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

38. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da impugnação da decisão interlocutória de 22.03.2019, prende-se com o entendimento das visadas, nos termos do qual a apreensão de documentos na sequência de diligência de buscas e apreensões contendeu, de forma inadmissível e não justificada, com o direito de sigilo da correspondência, de sigilo profissional de advogados, e com o direito de defesa neste processo.

39. O centro nevrálgico desta posição das visadas/recorrentes neste recurso aquilata-se, de modo preclaro, na sua declarada pretensão em solicitar deste Tribunal a repetição do juízo que superintendeu à emissão do mandado pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa e à validação subsequente dos documentos apreendidos.

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

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

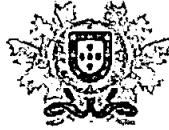
52. Por outro lado, o Acórdão deve ser entendido no sentido em que atribui competência a este Tribunal para conhecer dos fundamentos das invalidades respeitantes à invalidade dos actos da AdC que digam respeito às invalidades do mandado e do despacho de autorização do mandado emitido pelo Ministério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

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

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

55. É, por isso e por tanto, que aqui reiteramos novamente as razões e fundamentos da nossa posição, concretizada no axioma de que este Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não pode deter uma competência concorrente de 1.ª instância com as autoridades judiciais criminais que detêm, por sua vez, a exclusiva competência para autorizar e validar as apreensões de correio eletrónico.

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

57. Como temos vindo a assinalar em várias decisões, os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC7 traduzem-se numa “das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos”, tanto nos locais onde as diligências podem ser efetuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte - LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 209.

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

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

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

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

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

63. Imagine-se a situação processual em que este Tribunal apreciaria a legalidade de um mandado emitido por Juiz de instrução nos termos do art.º 19.º, n.º 1 do NRJC, concluindo pela nulidade daquele exercício de competência e pela utilização de um método proibido de prova, validado pelo mesmo Juiz de Instrução e cujas decisões não podem ser controladas por



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

um outro Tribunal de 1.^a instância em completa preterição das regras de extensão e limites da competência jurisdicional segundo a matéria, o valor, a hierarquia e o território, cujo resultado seria um evidente desaforamento daquela competência.

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

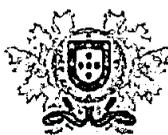
65. O mesmo deve valer para o Ministério Público, atento o seu figurino constitucional, funções e estatuto, nomeadamente o Ministério Público junto do DIAP e enquanto autoridade competente para o exercício da ação penal.

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

67. “Os regimes especiais prevêm a autorização judicial de busca, mas discute-se qual é o juiz competente. Em regra, o juiz competente é do Tribunal que conhecerá da impugnação judicial da decisão administrativa e não do juiz de instrução” - PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, página 166, anotação ao artigo 42.º. 68. Todavia, no NRJC o legislador não deixou qualquer margem de dúvida no sentido em que confere às autoridades judiciárias competentes em matéria criminal – Ministério Público e Juiz de Instrução – a competência para o deferimento de diligências de busca e apreensão de documentos.

69. Assim, se “as nulidades e irregularidades das buscas são arguidas diante de quem as ordenou” – idem, pág. 166, as nulidades e irregularidades decorrentes das diligências de busca e apreensão determinadas pelas autoridades judiciárias competentes em matéria criminal devem ser arguidas perante aquelas autoridades – por reclamação hierárquica, requerimento ou até impugnação judicial - e sujeitas a instância recursiva para aquele foro.

70. Seguindo a remissão dos artigos 83.º do NRJC e 41.º do R.G.CO., afigura-se-nos concludente que o regime processual penal de sindicância da validade das medidas de obtenção de prova restritivas de direitos fundamentais, sujeita a reserva de lei e de autoridade judiciária para a respetiva autorização, há de servir para acolher a pretensão da visadas/recorrentes de sindicância da validade, legalidade e regularidade dos mandados de busca e apreensão, emitidos no âmbito de medida restritiva determinada em processo contraordenacional.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

71. Este regime processual – previsto nos artigos 119.º; 120.º; e 174.º a 186.º do CPP – permite a cominação de vício de nulidade sanável em caso de preterição de formalidades essenciais, mediante a arguição de inexistência, nulidade ou irregularidade do ato respeitante ao inquérito perante o Ministério Público, mediante despacho passível de reclamação para o respetivo superior hierárquico – neste sentido e analisando diferente casuismo inerente à autonomia de atuação do Ministério Público na fase de inquérito e à limitação da intervenção de JIC aos casos expressamente tipificados na lei cfr. Ac. RP, de 26-02-2014, proc. n.º 9585/11.5TDPRT.PI, relator EDUARDA LOBO; Ac. RL de 22-11-2017, proc. n.º 684/14.2T9SXL.L2-3, relator JOÃO LEE FERREIRA e Ac. RP de 02-11-2005, proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA, Ac. RG de 05-12-2016, proc. 823/12.8PBGMR.GI, relator PAULA ROBERTO; Ac. RG de 20-09-2010, proc. n.º 89/09.7GCGMR.GI, relator TERESA BALTAZAR, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

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

73. Assim, admitir que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão, o qual não dispõe de qualquer competência para decidir medidas probatórias restritivas ou coativas, pudesse rever o exercício dessas competências pelo Ministério Público, enquanto autoridade judiciária competente em matéria criminal, distorceria as regras processuais de determinação do direito processual aplicável, subvertendo o equilíbrio constitucional deferido aos processos sancionatórios de natureza pública e previsto no art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

78. Isto é, a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visadas/recorrentes é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC, no momento processual em que a decisão interlocutória impugnada foi proferida, não havia procedido a qualquer acto processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infração, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude.

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

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

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

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

83. Aliás, tão mais prematura é essa relevância que, como temos vindo a dizer, essa apreensão não isenta a AdC de um juízo de utilidade e aferição do valor probatório nos actos de prosseguimento processual do respetivo processo sancionatório e que pode, em abstracto, conduzir a uma decisão de irrelevância e desentranhamento da prova, esvaziando a ilegalidade da restrição que a visadas/recorrentes quer ver sindicada.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

84. Por conseguinte, uma vez que este Tribunal, nos termos do art.º 88.º do NRJC, tem competência de plena jurisdição para conhecer dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Autoridade da Concorrência uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, julgamos que nunca poderá estar afastada a possibilidade de aferir do regime processual de utilização de métodos proibidos de prova, por referência ao art.º 126.º, n.º 3 do CPP.

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

86. Este argumento de funcionalidade normativa e processual pretende assinalar que o exercício desse controlo de plena jurisdição, no segmento de sindicância de nulidades decorrentes da utilização de métodos proibidos de prova, depende da utilização, pela AdC, dessas provas supostamente obtidas de modo ilegal.

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

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

89. Os artigos 84.º16 e o art.º 112, n.º 1 al. a) e n.º 2 al. b) da LOSJ conferem respaldo a este entendimento, pois que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão dispõe de competência recursiva exclusiva para decisões interlocutórias da AdC.

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

91. De modo mais lapidar, “com esta fixação de competência territorial em Lisboa no que às autoridades judiciárias responsáveis pela prática de atos no decurso da fase administrativa do procedimento contraordenacional respeita, e tendo em consideração que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão está sediado em Santarém, a competência



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

para as infracções anti-concorrenciais fica repartida entre Lisboa e Santarém” – MARIA JOSÉ COSTEIRA/MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, anotação ao artigo 21.º do NRJC, Almedina, pág. 242.

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

93. Todavia, este desfasamento geográfico da competência jurisdicional é acompanhado da ausência de qualquer regra reguladora da impugnação das decisões proferidas pelo juiz de instrução – idem 243, facilmente explicada por não haver, em regra e no Direito Contraordenacional, a intervenção de autoridades judiciais em matéria penal e pela proibição geral de aquisição e produção de meios de prova através da intromissão de correspondência e nos meios de telecomunicação, prevista no art.º 42.º, n.º 1 do R.G.CO.

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

95. Em ascese do que temos vindo a dizer, não vislumbramos qualquer obstáculo à extensão deste entendimento qualificado quando estejam em causa diligências determinadas pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

96. A perspetiva que é trazida pelas três sentenças proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa nos processos n.º 97/06.0TYLSB18, n.º 214/07.2TYLSB19 e n.º 219/07.3TYLSB20, respetivamente de 24 de Abril de 2007, de 3 de Junho de 2007 e de 23 de Julho de 2007, e pelo Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Janeiro de 2007, no processo n.º 5807/2006-5, acessível em dgsi.pt., não é diferente daquela que aqui defendemos.

97. Na aparência, tais decisões permitiriam descobrir, em abstrato, a possibilidade deste Tribunal se pronunciar sobre a legalidade, validade e regularidade da emissão de mandados de busca e apreensão e das diligências determinadas por autoridade judiciária no âmbito dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

101. Já a sentença proferida no proc. n.º 214/07.2TYLSB conheceu apenas da questão da extemporaneidade do recurso e da equiparação da sede de pessoas coletivas ao domicílio pessoal para efeitos da qualificação da diligência probatória, dizendo expressamente a sentença que “não havendo, por conseguinte, de apurar se a competência caberia ao Tribunal de Comércio de Lisboa ou ao Juiz de Instrução Criminal nem tão pouco que apreciar a questão do seu consentimento para a realização das buscas”.

102. Também no proc. n.º 5807/2006-5 a pronúncia da Relação de Lisboa se revela de remoto aproveitamento, visto que o Acórdão expressamente refere que “Destarte, o legislador não pretendeu que a matéria relativa a buscas ou outros atos que atingem os direitos da empresa ficassem excluídos da competência do Tribunal de Comércio, em função da natureza da matéria a apreciar”, o que significa que aquele aresto assume como premissa argumentativa a solução contrária àquela que ficou expressamente prevista no art.º 18.º, n.º 2 e 21.º do NRJC.

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

104. Também aqui, o Tribunal expressamente se escusa ao conhecimento da questão de saber, caso fosse necessária a intervenção do Juiz, qual seria o Tribunal competente, se o Tribunal de Comércio ou o Tribunal de Instrução Criminal competente para tal.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

105. Sublinhando a circunstância (não decisiva) de que tais decisões judiciais foram proferidas no âmbito da revogada Lei n.º 18/2003, a qual não dispunha de regime processual equivalente aos artigos 18.º, n.º 2 e 21.º do NRJC, afigura-se-nos claro que tais pronúncias transportam um entendimento que afastámos criticamente e por referência a argumentos de ordem sistemática e de hermenêutica normativa.

106. Efectivamente, o impulso da AdC na solicitação da emissão de mandado à luz do art.º 19.º do NRJC não pode ser confundido com o exercício de competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma das autoridades judiciárias com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contraordenacional e no âmbito do NRJC.

107. Ora, neste PRC/2016/04, a AdC limitou-se a requerer as diligências de prova e a executar o respetivo mandado, nos termos determinados pelos despachos e mandados do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, sem que tenha existido, nos termos aqui propostos, qualquer utilização processual própria, autónoma e funcionalizada que possa integrar o controlo jurisdicional deste Tribunal nos termos do regime e das normas de competência previstas no NRJC.

108. Efectivamente, a visadas/recorrentes não veio impugnar, como se diz na sentença do proc. n.º 97/06.0TYLSB22, que a decisão da Autoridade da Concorrência tenha sido tomada no âmbito da sua competência própria, de proceder, nos termos do n.º 1, alínea c) do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, às diligências de buscas e apreensão.

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

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

111. O argumento de cúpula das visadas/recorrentes para legitimar a amplitude do recurso para efeitos da questão maior da legalidade da apreensão de correspondência parte da construção de uma ficção que faz corresponder o impulso/execução processual da diligência probatória com a competência decisória para a mesma diligência que se nos afigura precária, insuficiente e de difícil sustentação.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

115. Sendo ilegal a apreensão de correio eletrónico, a sua valoração e aproveitamento serão proibidos, no mesmo passo em que se o mandado se tiver por indeterminado e abusivo a sua execução por fishing expedition a valoração e aproveitamento da prova documental assim obtida será proibida.

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

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

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

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

120. As visadas/recorrentes, notificadas dos respetivos mandados e despachos de fundamentação do Ministério Público para as diligências de busca e apreensão determinadas



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

no PRC/2016/04, pretende que este Tribunal assumira, perante aquela autoridade judiciária, uma competência de instância superior, criando, para tanto, duas instâncias paralelas que apreciem da legalidade das diligências de busca e apreensão em processo sancionatório.

121. No que importa, as visadas/recorrentes pretendem que este Tribunal, num primeiro momento, volte a apreciar os fundamentos do deferimento das diligências de busca e apreensão determinadas pelo Ministério Público agora quanto à apreensão do correio eletrónico e aos actos procedimentais preparativos ou de execução do mandado, delimitando a amplitude do seu objeto, ao mesmo tempo que, num segundo momento, este Tribunal se substitua à autoridade judiciária repetindo a apreciação própria da autorização ou da validação.

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

123. À luz do enquadramento processual, este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica para sindicar as decisões das autoridades judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC, também quando as visadas pretendem aferir do modo de cumprimento do mandado pela AdC.

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

125. Daí que o art.º 30.º, n.º 1 do NRJC acometa à AdC uma função garantística de proteção do segredo de negócio: na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio.

126. Por conseguinte, a enunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC adquire a devida concretização pela atribuição à AdC de uma responsabilidade de cariz fiduciário ou de custódia na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

128. Todavia, a proteção que as visadas/recorrentes invocam, além do que dissemos sobre o controlo da utilização de métodos proibidos de prova, só pode ser afirmada através da anunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e atribuição à AdC de uma responsabilidade de cariz fiduciário ou de custódia na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.

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

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

131. O argumento repetido de que foi arguida a nulidade da apreensão do correio eletrónico, efetuada na prática pela AdC, e que essa nulidade depende forçosamente de um acto da AdC, e que não se subsume à competência do Ministério Público da Comarca de Lisboa, nada aduz, transporta ou altera sobre o regime processual que decorre do NRJC e sobre a única interpretação possível quando à inexistência de competência material ou hierárquica para sindicar as decisões das autoridades judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.

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

133. Quando as visadas pretendem que este Tribunal conheça da possibilidade e cobertura legal da apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional (e bem assim sobre o conceito de documento para o art.º 18.º do NRJC ou sobre os limites dessa



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

apreensão pela Lei do Cibercrime) está, na verdade, a solicitar que o TCRS se substitua à autorização do Ministério Público que consagrou essa mesma faculdade e finalidade da busca e apreensão.

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

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

136. Por outro lado, a leitura dos despachos de fundamentação do Ministério Público, permite atender qual a finalidade probatória a alcançar – alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela Unicer a cadeias de distribuição alimentar e alinhamento de preços de venda ao público quanto a outros fornecedores de bebidas que não este grupo económico e a fornecedores de produtos de cosmética, higiene e beleza, num período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016).

137. Tais práticas podem consubstanciar restrições à concorrência.

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

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

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

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

142. Ora, perante a inexistência de qualquer aproveitamento processual e probatório dos elementos obtidos por parte da AdC para suportar a imputação contraordenacional,



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

apenas o Ministério Público se encontra habilitado a determinar o alcance material da sua autorização, sendo o mesmo que conhecerá da necessidade de submeter tais apreensões à validação prevista no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC, e da sua eventual preterição.

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

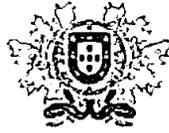
144. Torna-se elementar enunciar que apenas se pode apreender aquilo que se tenha examinado previamente, sendo essa mesma actividade de seleção da relevância de determinadas comunicações que permite reduzir o âmbito da apreensão, protegendo os próprios interesses das visadas de diligências de buscas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

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

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

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

148. Pela decisão de 22.04.2019, a AdC, ao defender a validade, legalidade e regularidade das diligências de busca e apreensão, não se arrogou a poderes mais invasivos de direitos, liberdades e garantias do que aqueles que dispõem o Ministério Público e os órgãos de polícia



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

criminal em processo penal, nem levou a cabo medidas de exame e/ou visualização sem o devido suporte de autorização, pois que esses poderes e medidas foram exercidos no âmbito de mandados emitidos por autoridade judiciária, que não a AdC.

149. Posto isto, como dissemos, os fundamentos da impugnação vertidos nos pontos II. A ilegalidade da apreensão de correio eletrónico ao abrigo da Lei da Concorrência – artigos 7.º a 57.º; III. A inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos e o efeito-à-distância – artigos 58.º a 92.º; IV. A ilegalidade dos segundos mandados por indeterminação do seu objeto – artigos 93.º a 104.º, visam o controlo de mérito do objeto e execução do mandado e das decisões de autorização/validação emitidas pelo Ministério Público.

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

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

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

153. Assim, apesar da doutrina de referência²⁵ consignar, em anotação do elemento literal do art.º 55.º do R.G.CO., decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo e sem ulterior casuísmo relevante para o caso, a possibilidade recursiva de tais atos, impõe-se sublinhar que tais qualificadas opiniões não deixam de fazer menção ao critério de lesão imediata de direitos e interesses.

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

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

159. O regime de controlo e validação de autoridade judiciária, acima enunciado, vale por dizer que a proteção do sigilo de correspondência das visadas e dos seus colaboradores e do sigilo profissional já se encontra abrangida pela atribuição da competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma àquelas autoridades judiciárias com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contraordenacional e no âmbito do NRJC, devendo tal compressão ser necessariamente sindicada aquando da emissão do mandado e da respectiva autorização/validação judicial, sem prejuízo da sindicância posterior da sua validade, legalidade e regularidade.

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

161. O mero visionamento de correio eletrónico e a realização de operações técnicas de pesquisa, seleção e consulta pelos funcionários credenciados da AdC, previamente à apreensão dessa prova e a qualquer ato de conteúdo decisório, nada significam para o objeto



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

processual da imputação, dispondo as visadas sempre da possibilidade de instruir o processo com os elementos não apreendidos que considere úteis à sua defesa.

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

163. Em segundo lugar, a pedra-de-toque apresentada pela visada/recorrente para sustentar a autonomia recursiva desta impugnação interlocutória – tais medidas de pesquisa, exame e visualização extravasam o objeto do mandado – representa, para nós e com toda a parcimónia, um argumento notoriamente tautológico visto que essas medidas estão necessariamente a executar uma autorização judiciária expressa quanto à amplitude da recolha de prova digital ou eletrónica.

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

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

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

167. A AdC, enquanto autoridade administrativa competente para a prossecução da ação contraordenacional prevista no NRJC só pode utilizar o conhecimento obtido com o exame e visualização através da aquisição dessa prova por meio de apreensão e com vista à instrução da mesma no respetivo processo.

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

169. Em terceiro lugar, cogitados que sejam os procedimentos habituais de busca em ambiente digital e no âmbito da investigação a práticas restritivas da concorrência, seguimos,



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

172. Neste particular, a posição argumentativa das visadas esteia-se na circunstância descrita no ponto S) dos factos provados, segundo o qual no decurso da pesquisa informática realizada ao computador da Senhora Dra. [REDACTED], Diretora Comercial da MCH, foi ordenada a apreensão de 6 (seis) mensagens de correio eletrónico, por alegadamente constituírem indícios de outra infração às regras da concorrência», tendo sido determinada a selagem das referidas cópias para posterior validação pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

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

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

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

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

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

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

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

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

200. Precisamente por tal circunstância foram submetidos à validação do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC. 201. A doutrina de boas práticas e melhores intenções glosada nos artigos 66.º a 68.º do recurso de impugnação nada aduz ou acrescenta para a procedência da posição



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

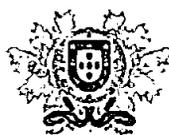
203. O mesmo vale para a possibilidade de eliminação de valoração dos conhecimentos fortuitos quando estejam em causa pesquisas informáticas e para os critérios avançados em que esta delimitação pode ocorrer.

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

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

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

207. Aparte este escopo da impugnação – as visadas pretendem que este Tribunal repita o exercício da autorização judiciária que determinou as diligências de busca e apreensão controlando a competência do Ministério Público, a resenha jurisprudencial de referência que as visadas nos trazem não nos merece qualquer reserva, ainda que seja inútil para o objeto do processo e para os limites da nossa competência.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

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

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

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

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

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

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

214. Em quinto lugar, considerando que qualquer visada que seja objeto de diligências de busca e apreensão dispõe de meios idóneos, próprios e autónomos para sindicar a validade, legalidade e regularidade do mandado da autoridade judiciária competente, para sindicar a sequente decisão da apreensão da AdC como ato decisório ou para arguir nulidades de execução do mandado perante a autoridade competente, parece-nos evidente que a eventual procedência destas diferentes vias recursivas esgota a necessidade de qualquer tutela jurisdicional de potencial lesão, afetação ou compressão dos direitos fundamentais invocados pela aqui visadas/recorrentes, sendo que a tutela ínsita a cada um desses meios denota uma



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

proteção garantística efetiva, proficiente e adequada à afirmação processual desses mesmos direitos.

215. Se o que as visadas pretendem é atingir a validade da prova colhida no âmbito da consulta/pesquisa aos computadores dos seus trabalhadores e colaboradores, julgamos preclaramente que a questão apenas se pode colocar em função do objeto, limites e extensão do cumprimento dos respetivos mandados de buscas e apreensão, visto que, para o que importa, tal prova foi obtida no âmbito do art.º 18.º, n.º 1 do NRJC e do ínsito dever de não obstrução do exercício dos poderes de inquirição, busca e apreensão previsto no art.º 68.º, n.º 1 al. j) do NRJC26. 216. Quando muito, o problema do aproveitamento dessa prova poderia envolver considerações inerentes ao direito da visada/recorrente à não auto-incriminação pois que a aquisição probatória decorreu da sua sujeição legal a diligências probatórias determinadas por autoridade judiciária.

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

218. Em suma, com as medidas procedimentais, de preparação ou execução do mandado levadas a cabo pela AdC durante as diligências de busca e apreensão efetuadas no âmbito deste PRC/2016/04, de execução dos mandados de 02.02.2017 e de 10.02.2017 e nas instalações das visadas, mormente de exame e visualização de correio eletrónico, não se verifica qualquer violação dos artigos 20.º, n.º 1 e 5, 32.º, n.º 10; 29.º, n.º 1, 3 e 4 e 268.º, n.º 4 da CRP e muito menos violação do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem por não estar limitado qualquer recurso de plena jurisdição de decisões condenatórias.

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

220. O problema da competência não se coloca em função do objecto recursivo da decisão interlocutória – que julgamos indiscutível – mas em função dos fundamentos para a



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

procedência da impugnação judicial- que julgamos excluídos do controlo judicial deste Tribunal sobre as decisões do Ministério Público do art.º 18.º, n.º 1 al. c do NRJC.

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

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

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

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

* 225. Em conclusão, a decisão interlocutória de 22 de Março de 2019, designadamente no segmento em que manteve a apreensão de documentos, por estar a coberto de mandados de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público e ao abrigo dos artigos 18.º, n.º 1, als. c) e d) e n.º 2 e 21.º do NRJC, foi legal e conforme ao regime processual.

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

* * * * IV. DECISÃO.

227. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o presente recurso de impugnação de medidas administrativas, interposto pelas visadas/recorrentes MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. e



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A., improcedendo os respetivos fundamentos e absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade da decisão proferida em 22 de Março de 2019 no âmbito do PRC/2016/04.

228. Mais se condena as visadas/recorrentes em custas processuais, em função do decaimento e complexidade das questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 3UC, nos termos do art.º 93.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. e art.º 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais, por remissão sucessiva do art.º 83.º do NRJC. 229.”

*

III – Da análise dos fundamentos do recurso

Como é sabido, e resulta do disposto nos art.º 368º e 369º ex-vi art.º 424º n.º 2, todos do Código do Processo Penal, o Tribunal da Relação deve conhecer das questões que constituem objecto do recurso pela seguinte ordem:

Em primeiro lugar das que obstem ao conhecimento do mérito da decisão.

Seguidamente das que a este respeitem, começando pelas atinentes à matéria de facto, e, dentro destas, pela impugnação alargada, se tiver sido suscitada e depois dos vícios previstos no art.º 410º n.º 2 do Código do Processo Penal.

Por fim, das questões relativas à matéria de Direito.

As questões suscitadas encontram-se elencadas supra.

Foi importante transcrever a decisão recorrida.

Será ela a base da decisão a proferir seguindo as conclusões recursais de molde a se analisar se e quais os argumentos arribados contra a mesma podem ser eficazes.

Desde já são de descartar as posições assumidas pelo Tribunal a quo no que tange a decisões proferidas por esta Relação e outros Tribunais e sobre as quais o Sr.º Juiz opina largamente criticando mesmo decisões proferidas em apenso destes autos sem que as mesmas respeitem directamente à matéria dos mesmos.

Decidindo

As recorrentes começam por questionar a legalidade da apreensão de norma habilitante da apreensão de correio electrónico.

Os recorrentes, na sua posição recursal têm, amiúde, o cuidado de colocar o acento tónico na execução do mandado e não na sua substância. Tal é, aliás, salientado pelo Tribunal *a quo*.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Acontece que nesta questão em particular - ilegalidade, por ausência de norma habilitante, da apreensão de correio electrónico ao abrigo da Lei da Concorrência, e à consequente proibição de toda a prova obtida, directa ou indirectamente, através das apreensões feitas nas instalações da Requerente, nos termos do disposto nos artigos 126.º, n.º 3, do CPP. e 18.º, n.ºs 2 e 3, 34.º, n.º 4, 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8. da CRP ou - no mínimo - à sua irregularidade - os recorrentes estão a pedir que o Tribunal a quo se pronuncie sobre a legalidade do próprio mandado.

Em termos simples o que as recorrentes disseram foi “veja Srº Juiz a AdC deu execução a um mandado do Ministério Público mas não existe Lei que permita a apreensão de correio electrónico no âmbito de contraordenações!”. Acontece que, mal ou bem, o mandado foi emitido e com o alcance que tem.

Como já tivemos o ensejo de referir na decisão proferida em 13.02.2019, no apenso “E” destes autos e acessível em www.dgsi.pt “(...)tendo sido o MP a dar a autorização não tem de ser ele, juiz, a decidir da correcção da emissão da autorização. O juiz não é superior hierárquico do MP e não tem de se imiscuir nas competências próprias deste. Tal não significa que a questão seja insindicável. É-a e pode ser suscitada na fase jurisdicional do processo pois que aí se poderá colocar em crise o acervo probatório obtido na busca sendo que a mesma foi feita com base na autorização dada pelo MP (...) Assim, o que temos de concluir é que o juiz do Tribunal a quo é competente para se pronunciar sobre a forma da execução do mandado (e esta forma de execução é sindicável no âmbito de uma decisão intercalar) mas, pela razões aduzidas no despacho recorrido que aqui damos por reproduzidas é incompetente para se pronunciar sobre a validade substancial do mandado a coberto da qual a busca é feita (sem prejuízo da questão poder ser alvo de discussão na fase jurisdicional do processo se a tal se chegar)”

No mesmo aresto dissemos “São os actos próprios da AdC que são objecto de reacção pelos visados, cabendo-lhes recorrer directamente para o TCRS , no caso, das diligências de busca e apreensão, ou reagir a dois tempos , tal como aconteceu nestes autos: i) dirigir-se à AdC arguindo os vícios que consideram ocorrer; ii) a AdC pronuncia-se; iii) recurso para o TCRS desta decisão interlocutória.”

Ora, este é o regime e este regime apenas se aplica aos actos de execução do mandado e não ao próprio mandado cuja valia só poderá ser discutida em sede jurisdicional, altura em que o juiz poderá retirar da sua emissão todas as consequências que tiver por necessárias.

A segunda questão colocada pelas recorrentes - Conclusão G) - foi “ainda que se pudesse admitir como possível a apreensão de correio electrónico em processos de natureza



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

contra-ordenacional, sempre se imporia concluir pela respectiva ilegalidade, por ausência de mandado judicial para o efeito, devendo, por isso, ser declarada a nulidade de toda a apreensão de correspondência electrónica efectuada sem mandado judicial, nos termos do disposto no artigo 179.º, n.º 1, do CPP, ou, no mínimo, ser declarada a sua irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º do CPP.”

Ora, esta questão acaba por ser mais do mesmo: colocar em crise a valia intrínseca do mandado pois que se questiona não o seu âmbito mas a competência para a sua emissão.

A resposta continua a ser, como não podia deixar de ser, a mesma: “o juiz do Tribunal a quo é competente para se pronunciar sobre a forma da execução do mandado (e esta forma de execução é sindicável no âmbito de uma decisão intercalar) mas, pela razões aduzidas no despacho recorrido que aqui damos por reproduzidas é incompetente para se pronunciar sobre a validade substancial do mandado a coberto da qual a busca é feita (sem prejuízo da questão poder ser alvo de discussão na fase jurisdicional do processo se a tal se chegar)”.

Assim, sobre estas questões não tinha, nem podia o Tribunal a quo que se pronunciar. E foi precisamente isto que o Tribunal a quo disse. O Tribunal a quo não se pronunciou, é certo, mas só o não fez por não o poder fazer.

Assim, e neste segmento, não pode o recurso ser provido não se verificando qualquer omissão de pronúncia como sustentado na conclusão R) pois que o Tribunal explicou o porquê de não ir ao fundo da causa.

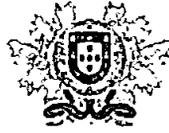
No que respeita à competência do Tribunal *a quo* para conhecer das proibições de prova resultantes da execução de diligências de busca e apreensão pela AdC.

Por via de regra, em processo contraordenacional não existe a possibilidade de recurso das decisões interlocutórias. A Lei da Concorrência, no entanto, admite as mesmas (artº 85º da Lei da Concorrência).

Compreende-se o porquê. Numa área sensível, quer para o Estado, quer para as empresas, não faria sentido que decisões, potencialmente danosas para o tecido empresarial ou para uma qualquer empresa, ficassem a aguardar o arrastar de processos que, amiúde são demorados (veja-se este processo onde é o próprio Tribunal a quo a realçar que a AdC demorou dois anos a proferir uma decisão interlocutória).

Assim, todo o processo na fase administrativa está desenhado com um intuito de celeridade e parte do princípio que as decisões proferidas, quer pelos órgãos administrativos, quer pelo MP, obedecem aos requisitos legais e assume que assim seja.

É por isso que a questão suscitada das proibições de prova não pode aqui ser conhecida.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Têm razão as recorrentes quando referem que “ao Tribunal não se pedia - não em matéria de proibições de prova - que sindicasse o juízo do Ministério Público que fundamentou a emissão dos mandados. Pedia-se, sim, que se pronunciasse sobre a proibição de prova incidente sobre o correio electrónico apreendido.”

Acontece que o Tribunal, nesta fase, apenas tem competência para aferir se o mandado foi bem cumprido e não se a prova obtida é processualmente admissível.

Numa primeira linha aferir da validade da prova é competência da AdC. Finda a busca a Adc terá de aferir (se não o fez aquando do acto de busca) se aquilo que apreendeu poderia ter sido apreendido e se pode ser valorado como prova.

Feito este juízo a AdC considerará o que verter na decisão a proferir.

Enquanto não existir uma decisão final não se poderá dizer que foi usada prova proibida. E daí que a afirmação de que foram usados meio proibidos de prova cai por terra. É que até este momento nada foi usado, legal ou ilegalmente obtido.

O argumento que à medida que o processo avança mais difícil será distinguir o que é de fonte legal ou de fonte ilegal não chega a ser argumento. A dificuldade é algo relativo. Pode ser mais difícil aquilatar mas não deverá de ser aquilatado se determinada prova é legal ou ilegal.

Assim, o Tribunal bem andou ao considerar que não pode conhecer de vícios de proibição de prova suscitados em momento anterior à efectiva utilização da prova proibida.

Assim, e neste particular a decisão proferida não merece reparo.

Questão diferente é a da inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos resultantes da execução da busca em violação do mandado.

Como já referimos o TCRS, designadamente o seu Juiz, é competente para conhecer da execução do mandado.

No caso concreto, na execução do mandado a AdC veio a ter conhecimento de provas que indiciavam a comissão de outros crimes que não aqueles que se investigavam. Tal conhecimento é referido como fortuito no sentido de que não foi intencionalmente procurado e que adveio apenas e só por mera coincidência.

Parece que ninguém questiona que a prova obtida por conhecimentos fortuito é válida embora a jurisprudência e a doutrina variem na forma de qualificação e apreciação dos mesmos (na doutrina, quer nacional quer estrangeira, as posições extremas têm seguidores, havendo quem defenda a valoração, sem restrições, dos conhecimentos fortuitos, em nome do postulado da continuidade entre a licitude da produção de uma prova e a legitimidade da sua



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

valoração, e quem opte pela proibição de valoração de todo e qualquer conhecimento fortuito, em nome da exigência constitucional da reserva de lei (vd. entre nós, defendendo esta proibição, Francisco Aguilar, 'Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas', Almedina, pág. 76 e 108). No entanto, dir-se-á que «a orientação generalizada da doutrina e da jurisprudência alemãs é no sentido de admitir apenas a utilização dos conhecimentos fortuitos que se reportem a um dos crimes relativamente aos quais a escuta é legalmente admissível» - Germano Marques da Silva, 'Curso de Processo Penal II, 3.a ed. 2002, pág. 225 sendo que o autor se refere à temática criminal).

No caso concreto, o Tribunal a quo pronunciou-se, como é de sua competência sobre a valia deste meio de prova.

Diremos que ab initio propendíamos para a afirmação que este meio de prova, independentemente da forma como foi obtido, só deveria ser conhecido no âmbito do novo processo a que deu origem pois que será aí que a sua valia será relevante e não tanto nestes autos.

Contudo, depois de ponderada a questão iremos conhecer do mesmo nestes autos pois que foi no âmbito destes autos que se logrou a prova e porque se se conhecer da execução do mandado sempre se poderá invocar, naquele outro processo, a ilegalidade da prova se disso for caso.

Ora, o que está em causa neste segmento, aquilo que se põe em causa, foi o critério que presidiu à seriação dos e-mails apreendidos.

Não se discute que o mandado autorizava a apreensão de e-mails (mal ou bem, a questão, como vimos, não pode ser aqui suscitada).

As recorrentes, no entanto, sustentam que o que existiu foi um autêntico varrimento das suas contas de e-mail com o recurso a critérios de busca que nada têm a ver com o que se investigava.

Postas as coisas de forma simples o que as recorrentes dizem é que a AdC fez as buscas aos seus e-mails usando um programa de varrimento que obedeceu a certas palavras chave e que estas palavras chave, algumas pelo menos, nada tinham a ver com a matéria dos autos. Assim, ao invés de usarem tópicos referente ao que investigava (v.g. Unicer) usavam algo muito diferente mas pré-ordenado. No fundo, assacam à AdC uma pré-disposição para investigar, descobrir e apreender matéria que, sendo contraordenacional, nada tinha a ver com a contraordenação em causa.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Ora, embora possa por vezes não parecer esta decisão do Tribunal a quo ainda é uma decisão judicial e baseia-se em factos e, lidos os factos provados, não consta dos mesmos que assim haja ocorrido. Na verdade, o que ficou assente foi que no decurso das diligências de exame e recolha, os funcionários da AdC devidamente credenciados procederam à execução do mandado no local, realizando nomeadamente acções de pesquisa e análise de documentos potencialmente relevantes para a investigação, contidos nas cópias obtidas dos discos rígidos dos computadores dos colaboradores das visadas considerados relevantes, mediante a utilização de um programa informático e através de elementos de pesquisa temporais, temáticos e nominais dos colaboradores da visada, que não excluíram mensagens de correio eletrónico aberto e/ou lido” e que “ Mercê das operações de pesquisa, as listas de resultados eram consultadas pelos funcionários da AdC, aferindo do seu teor e relevância para o objeto do mandado e por recurso, quando necessário, à leitura parcial ou integral do seu conteúdo, sem qualquer limitação temporal por referência ao ano de 2016.”

Em lugar algum dos factos consta que a AdC haja usado critérios de busca que tivessem extravasado a prática concorrencial que se investigava.

Aliás, muito se estranha que tendo sido as buscas acompanhadas por advogados das recorridas a mesma não haja suscitado a questão de imediato. É verdade que desde muito cedo as recorridas arguíram nulidades nas buscas, mas o certo é que dos factos assentes (e este Tribunal não tem poderes para alterar a matéria de facto excepto em matéria reconduzível ao artº 410º do C.P.P., que claramente não se verifica) não resulta qualquer operação de “varrimento” ou “pesca”. Aliás, se foram usados termos indevidos nos critérios de busca seria curial que as recorrentes os indicassem e que, em 1ª instância, houvessem alegado e arribado prova de molde a que fossem fixados factos capazes de alicerçar a conclusão que a AdC procedeu a operações de varrimento usando os termos amplos, como cartel, alinhamento ou PVP dissociados de outros que ancorasse a busca ao tema da contraordenação em causa.

Diga-se ainda que em parte alguma do recurso (e dos autos até) se consegue concluir que o mandado foi “abusivamente utilizado como mera formalidade legitimadora da realização de pesquisas e apreensões arbitrárias e desligadas dos factos sob investigação” como sustentado na conclusão WW.

Assim, embora por razões não inteiramente coincidentes com as constantes da decisão recorrida, o recurso não pode proceder porquanto as premissas da alegação não se verificam.

Assim, por carestia de factos provados não se verifica a nulidade invocada e prejudicado fica o conhecimento da invocada inconstitucionalidade.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Destarte nada há a apontar à prova obtida na busca e nesta parte (conhecimentos fortuitos e que levaram à instauração de novos processos).

*

Dispositivo

Por todo o exposto, acordam os Juízes que compõem a Secção de Propriedade Intelectual, Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa em negar provimento ao recurso mantendo a douta decisão recorrida.

Custas pelas recorrentes que se fixam em 6 (seis) U.C.

Notifique.

Acórdão elaborado pelo 1.º signatário em processador de texto que o reviu integralmente sendo assinado pelo próprio e pela Veneranda Juíza Adjunta.

Lisboa e Tribunal da Relação, 12 de Novembro de 2019

Rui Miguel de Castro Ferreira Teixeira

-Relator -

Ana Isabel Passos

-1.ª Adjunta -