



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Processo n.º 3039/19.9T9LSB-A.L1

Tribunal recorrido: Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recorrentes: Ministério Público; Autoridade da Concorrência

Recorridos: Luz Saúde, S.A., Lusiadas, SGPS, S.A., José de Mello Saúde, S.A., Hospital Particular do Algarve, S.A.

*

Acordam na Secção da Propriedade Intelectual, Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

I. Relatório

O **Ministério Público** recorreu do despacho proferido pela Juíza de Instrução Criminal no processo contraordenacional n.º PRC/2019/2 instaurado por despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 14 de Março de 2019, pelo qual foi declarada a nulidade da apreensão de todos os e-mails recolhidos na sede das requerentes no decurso das diligências de busca e apreensão realizadas em Maio de 2019.

O referido despacho recaiu sobre os requerimentos apresentados por “Lusiadas, S.A.”, “Lusiadas, SGPS, S.A.”, “Luz Saúde, S.A.”, “José de Mello Saúde, S.A.”, “Hospital Particular do Algarve, S.A.” e “G.T.S. - Grupo Trofa Saúde, SGPS, S.A.”, visadas no processo contraordenacional n.º PRC/2019/2 da Autoridade da Concorrência, tendo a Juíza de Instrução Criminal fundamentado a sua decisão nos seguintes termos:

«(...) Analisando a Lei 19/2012, de 8 de maio, art. 18.º, n.ºl, al. c), na sequência de busca validamente autorizada e realizada, a Autoridade da Concorrência pode proceder à apreensão de documentos, em qualquer suporte designadamente digital, que se encontrem nas instalações da sociedade arguida ou até acessíveis a partir da mesma, por se encontrarem remotamente alojados em servidores externos.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

No entanto, documento digital e e-mail são claramente conceitos legais distintos, como resulta patente dos arts. 16.º e 17.º da Lei 109/2009 de 15 de setembro, sendo em absoluto irrelevante perante tais normas legais se os e-mails ou mensagens de natureza semelhante foram ou não abertas pelo seu destinatário, o que aliás não pode tecnicamente ser determinado, porquanto uma mensagem pode surgir como aberta num dispositivo e não aberta noutro.

Entende-se assim que a equiparação que o Ministério Público pretende fazer é ilegítima, devendo todos os e-mails apreendidos ser classificados como correspondência eletrónica, definida como tal no art. 17.º da Lei do Cibercrime.

Uma vez que nos encontramos no âmbito de ilícito contraordenacional tal apreensão não é permitida nos termos do art. 42.º n.º1 do DL n.º 433/82, de 27 de outubro e não foi autorizada pelo Juiz de Instrução, tratando-se de ingerência ilegítima da autoridade administrativa no sigilo das telecomunicações, pelo que se declara a nulidade da apreensão de todos os e-mails recolhidos na sede das requerentes, os quais após trânsito devem ser destruídos. (...)»

No seu recurso, o Ministério Público formulou, após motivação, as seguintes conclusões:

1. O processo contraordenacional n.º PRC/2019/2 foi instaurado por despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 14 de março de 2019, dada a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência que infringem o disposto nas alíneas a), b) e c), do n.º1, art. 9.º, da Lei n.º19/2012, de 8 de maio, punível nos termos da alínea a), do n.º1, do art. 68.º, do mesmo diploma legal, envolvendo sociedades do setor da prestação de serviços na área da saúde.

2. No âmbito do referido processo contraordenacional, considerando a necessidade de aquisição e recolha de elementos de prova de tais comportamentos — atenta a



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

complexidade dos factos ilícitos em apreço e a especial dificuldade da obtenção da respetiva prova, bem como o risco para a investigação decorrente da utilização de outro tipo de meios de obtenção de prova —, a requerimento da Autoridade da Concorrência, por despacho do Ministério Público foi autorizada a realização de buscas nas instalações de “Lusiadas, S.A.”, “Lusiadas, SGPS, S.A.”, “Luz Saúde, S.A.”, “José de Mello Saúde, S.A.”, e “G.T.S. - Grupo Trofa Saúde, SGPS, S.A.”, tendo em vista o exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e «demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico e documentos internos de reporte de informação entre as visadas, bem como atas de reuniões de administração e direção, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em quaisquer suportes informáticos ou computadores, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem».

3. No dia 10 de maio de 2019 foram iniciadas as diligências de busca e apreensão nas sedes e instalações das empresas visadas, as quais se prolongaram nos dias subsequentes.

4. As buscas foram efetuadas por funcionários da Autoridade da Concorrência devidamente credenciados e realizadas na presença de quem se apresentou como sendo responsável da sociedade visada, após ter sido indicada a finalidade e a entidade visada com a busca.

5. Foram entregues às pessoas que se apresentaram como representantes da sociedade buscada cópias dos mandados e dos despachos que determinaram a realização das buscas, bem como dos respetivos autos de busca e apreensão.

6. No decurso das referidas diligências vieram ser copiados ficheiros informáticos considerados relevantes para a prova das infrações, procedendo-se à transferência dos ficheiros selecionados para um outro suporte informático que seria objeto de apreensão.

7. Todos os documentos e ficheiros apreendidos foram devidamente identificados nos autos de busca, em função do local onde foram encontrados e dos descritivos que ostentavam, de modo a serem reconhecidos e apresentados para posterior consulta.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

8. De acordo com o Código de Processo Penal vigente (aplicado subsidiariamente), os atos que na lei processual penal não estiverem cometidos ao Juiz de Instrução cabem ao Ministério Público (art. 267.º, do CPP), designadamente a busca na sede de pessoa coletiva.

9. A emissão dos mandados de busca e apreensão requeridos pela Autoridade da Concorrência competia ao Ministério Público, uma vez que a situação em apreço não se enquadrava na previsão dos arts. 174.º e 177.º do Código de Processo Penal, e, nessa exata medida, não careciam da intervenção do Juiz de Instrução.

10. O regime aplicável aos processos contraordenacionais será sempre, em primeiro lugar, a legislação especial que exista sobre a matéria em causa, isto é, o diploma específico que atribui competências sancionatórias a uma concreta autoridade administrativa e que prevê os ilícitos contraordenacionais ou de mera ordenação social.

11. Estando em causa práticas restritivas de concorrência, o regime aplicável é claramente o estatuído na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que no seu art.20.º, n.º1, autoriza expressamente a apreensão de documentos independentemente da sua natureza ou do seu suporte».

12. Dos elementos disponíveis nos autos não resultam quaisquer dados que nos permitam concluir pela apreensão de correspondência, mas antes e apenas de documentos lidos e arquivados em suporte digital.

13. Na sua essência, a mensagem mantida em suporte digital depois de recebida e lida terá a mesma proteção da carta em papel que tenha sido recebida pelo correio e que foi aberta e guardada em arquivo pessoal.

14. Assim, tratando-se de meros documentos, estas mensagens não gozam da aplicação do regime de proteção da reserva da correspondência e das comunicações.

15. Nesta conformidade, a interpretação expressa no despacho recorrido (no sentido de que no direito contraordenacional não é admissível qualquer ingerência das



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

autoridades administrativas na correspondência, proibição esta extensível aos processos da competência da Autoridade da Concorrência) não se coaduna com o texto das normas aplicáveis ao caso em apreço, assim infringindo, por erro de interpretação, a previsão dos arts. 13.º e 20.º, n.º1, da Lei 19/2012, de 8 de maio.

Termina pedindo que a decisão seja revogada e substituída por outra que considere que as diligências efetuadas no âmbito do processo contraordenacional PRC/2019/2 não enfermam de qualquer nulidade ou irregularidade que afecte a validade das buscas e dos documentos apreendidos.

A Autoridade da Concorrência (AdC) recorreu também do despacho proferido pelo Juízo de Instrução no processo contraordenacional n.º PRC/2019/2, concluindo o seguinte:

A. O presente recurso deve ser distribuído à Secção de Propriedade Intelectual Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa, nos termos conjugados do n.º 5 do artigo 67.º e do artigo 112.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário.

OBJETO, MOMENTO E EFEITO DO RECURSO

B. O presente Recurso vem interposto do despacho do JIC que, sem assegurar o exercício do contraditório pela AdC, considerou que a apreensão de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) “não é permitida nos termos do art. 42.ºn.º1 do DL n.º 433/82, de 27 de outubro e não foi autorizada pelo Juiz de Instrução, tratando-se de ingerência ilegítima da autoridade administrativa no sigilo das telecomunicações, pelo que se declara a nulidade da apreensão de todos os emails recolhidos na sede das requerentes, os quais após trânsito devem ser destruídos”.

C. A AdC não pode conformar-se com o referido despacho, porquanto este constitui uma errada aplicação da alínea c) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 18.º da Lei da



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Concorrência, bem como dos artigos 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime, do artigo 177.º do CPP e do artigo 42.º do RGCO, impondo-se que aquele seja revogado e substituído por outro que faça uma correta aplicação das normas legais, no sentido de concluir pela admissibilidade de apreensão de correspondência eletrónica lida/ aberta.

D. Apenas a revogação do despacho recorrido, e consequente substituição da decisão por outra que determine a admissibilidade da prova apreendida, permitirá à AdC prosseguir as diligências de inquérito no PRC/2019/2 para o seu posterior encerramento com eventual notificação às Visadas de nota de ilicitude, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei da Concorrência.

E. Impõe o n.º 1 do artigo 407.º do CPP a subida imediata do presente recurso sob pena de ser comprometido todo o processo contraordenacional instruído pela prova apreendida e considerada nula pelo Tribunal a quo, na medida em que, constituindo esta a maioria do acervo probatório suscetível de demonstrar a prática da infração em causa, a retenção do presente recurso - onde se discutirá a validade dessa mesma prova - até à interposição de recurso de impugnação de uma decisão final condenatória torná-lo-ia inequivocamente inútil.

F. Por outro lado, impõe o n.º 3 do artigo 408.º do CPP que ao presente recurso seja atribuído o efeito suspensivo, sob pena de, com a destruição da prova, se comprometer, de forma irremediável, a validade dos atos subsequentes do processo de contraordenação PRC/2019/2.

ENQUADRAMENTO DO PRESENTE RECURSO

G. Corre termos na AdC (sob o PRC/2019/2). em fase de inquérito e sujeito a segredo de justiça, um processo de contraordenação para investigação da existência de práticas restritivas proibidas pelo artigo 9.º da Lei da Concorrência, levadas a cabo por um conjunto de sociedades que operam no ramo médico/ hospitalar.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

H. Na sequência de requerimento da AdC (fls. 2 a 19) e respetiva adenda (fls, 30 a 34) o Ministério Público autorizou e determinou a realização de diligências de busca, exame e apreensão às entidades Associação Portuguesa de Hospitalização Privada, G.T.S. - Grupo Trofa Saúde, SGPS, S.A., José de Mello Saúde, S.A., José de Mello Capital, S.A., Lusíadas, S.A., Lusíadas, SGPS, S.A. e Luz Saúde, S.A. “[p]ara exame, recolha, e apreensão de cópias ou extratos de escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico e documentos internos de reporte de informação entre as visadas, bem como atas de reuniões de administração e direção, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em quaisquer suportes informáticos ou computadores, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem. [...]

I. No mesmo despacho e em cumprimento do n.º 7 do artigo 19.º da Lei da Concorrência, uma vez que algumas das instalações cuja busca se pretendia coincidiavam com o espaço físico das instalações hospitalares/ consultórios médicos, o Ministério Público mandou remeter “os autos ao Juízo de Instrução Criminal da comarca de Lisboa, a fim de serem conclusos ao Mmo. Juiz de Instrução Criminal, a quem se promove que determine a emissão dos necessários mandados de busca e apreensão às sedes e instalações do Hospital Particular do Algarve, S.A., do Hospital CUF Infante Santo, S.A., nos termos ora requeridos pela Autoridade da Concorrência.”(cf. despacho de fls. 23).

J. Em 29.04.2019, o JIC do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa - Juiz 1, por despacho com a referência 386449501, autorizou as diligências de busca, exame e apreensão (fls 37 a 43) emitiu os mandados para a realização das diligências de busca e apreensão nas referidas instalações hospitalares (cf. fls. 44 a 47), mais ali determinando que estas diligências ficassem a cargo da AdC e seriam presididas pelo JIC, o que efetivamente veio a suceder.

K. Neste seguimento, os funcionários da AdC, devidamente credenciados e munidos dos respetivos mandados, procederam à execução dos mesmos entre 10.05.2019 e 22.05.2019.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

L. Em particular, no âmbito das diligências de busca realizada à Hospital Particular do Algarve, S.A. foram seleccionados 415 itens de correio eletrónico para apreensão final, cuja apreensão veio a ser validada pelo JIC. por despacho proferido em 24.07.2019 (fls. 607).

M. Na sequência das diligências supra referidas, as Visadas e ora Recorridas Lusíadas, Lusíadas, SGPS, S.A., Luz Saúde, S.A., José de Mello, S.A., Hospital Particular do Algarve, S.A. e G.T.S. - Grupo Trofa Saúde, SGPS, S.A. arguiram junto do Ministério Público e do JIC a nulidade das diligências de busca e apreensão realizadas nas suas instalações,

N. tendo, nessa sequência, sido proferido, pelo mesmo Juiz 1 que, em 24,07.2019, admitira e validara o conjunto de correspondência eletrónica apreendido nas instalações da Hospital Particular do Algarve, S.A., o despacho que afinal vem julgar nula a prova correspondente ao conjunto de mensagens de correio eletrónico lidas/abertas apreendidas pela AdC nas instalações das Requerentes, ora Recorridas.

NULIDADE INSANÁVEL DO DESPACHO RECORRIDO POR INCOMPETÊNCIA DO JIC PARA A APRECIACÃO DA VALIDADE DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO

O. Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/012, a AdC pode apreender qualquer documentação independentemente do seu suporte, incluindo mensagens de correio eletrónico aberto/lido — e que, por isso, já não mereçam a proteção dada à correspondência ainda não lida (conforme desenvolvido no ponto VII da motivação).

P. A Lei da Concorrência prevê um regime que é diretamente aplicável às diligências em causa, inexistindo, a este propósito, necessidade e fundamento para a aplicação subsidiária do RGCO ou do CPP.

Q. Nos termos do artigo 21.º da Lei n.º 19/2012, a regra é a de que a competência para ordenar a realização das diligências a que se referem as alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

18.º e os artigos 19.º e 20.º é do Ministério Público, cabendo apenas ao JIC autorizar as seguintes diligências: busca domiciliária (cf. n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 19/2012), busca em escritório de advogados ou consultório médico (cf. n.º 7 do artigo 19.º da Lei n.º 19/2012) ou busca e apreensão em banco ou instituição de crédito de documento sujeito a sigilo bancário (cí. n.º 6 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012).

R. Não obstante a AdC não ter sido notificada dos requerimentos que antecederam o despacho recorrido, deduz que em causa esteja a apreciação de alegada nulidade das mensagens de correio eletrónico apreendidas ao abrigo dos mandados do Ministério Público emitidos para o efeito (e da autorização do JIC, relativamente à Hospital Particular do Algarve, S.A.), pelo que, ao apreciar a validade dos mandados emitidos pelo Ministério Público, ao abrigo de norma que expressamente o habilita, o Tribunal imiscuiu-se, salvo o melhor respeito, numa esfera de competências que não lhe pertence.

S. Nesse sentido e designadamente, pronunciou-se já o próprio JIC, por despacho proferido no âmbito do processo n.º 5585/17.0T9LSB, em 07.07.2017, Juiz 2, que considerou haver falta de competência absoluta, e por despacho proferido no âmbito do processo n.º 10626/18.0T9LSB, de 27.03.2019, Juiz 6, entendendo que “Nos termos do disposto das disposições conjugadas dos artigos 18º n.º 1 c) e 21º da Lei n.º 19/2012 de 8/5, a emissão dos mandados de busca e apreensão competia ao MP e não ao JIC por a situação em causa nos autos não se enquadra na previsão dos artº 174º e 177º CPP.

T. Também o Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão proferido no processo n.º 71/18.3YUSTR-J.L1, de 12.11.2019, e o TCRS, nas sentenças proferidas em 03.10.2019, no âmbito do processo n.º 159/19.3YUSTR, apensos A e B, sustentaram a incompetência do JIC quanto à possibilidade de sindicância dos mandados emitidos pelo Ministério Público, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º e do artigo 21.º da Lei da Concorrência.

U. Assim, mal andou o Tribunal a quo ao aplicar os artigos 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime, considerando-se competente para apreciar a validade dos mandados que a si não lhe cabia emitir, o que configura a violação das regras de competência e consubstancia uma nulidade insanável especificamente prevista na alínea e) do artigo 119.º do CPP.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

**NULIDADE DO DESPACHO RECORRIDO POR AUSÊNCIA DO
CONTRADITÓRIO DA ADC**

V. O despacho sub judice foi proferido sem que à AdC fosse dada a possibilidade de exercer o contraditório relativamente ao teor dos requerimentos que suscitaram a invalidade ora declarada: a AdC não foi notificada dos requerimentos dirigidos ao Tribunal a quo (ou ao Ministério Público) que atacavam a prova por si apreendida.

W. Paradoxalmente, a AdC foi notificada do despacho do JIC que validou a prova apreendida nas instalações da Hospital Particular do Algarve, S.A. (cf. fls. 607).

X. Sendo difícil de descortinar as razões de Direito que levam a que a Recorrente tenha sido notificada de um despacho que lhe é favorável porquanto válida a prova apreendida mas que não tenha sido notificada para se pronunciar antes que fosse proferido um outro despacho que determina a destruição da prova apreendida - incluído, pasme-se, da mesma prova que havia sido validada!

Y. O princípio do contraditório, plasmado no n.º 3 do artigo 3.º do CPC, impunha que o Tribunal a quo tivesse notificado a AdC para se pronunciar sobre o teor dos requerimentos onde se alegava a nulidade da prova apreendida; a sua preterição determina a nulidade do despacho recorrido nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do CPP, nulidade que se argui para todos os devidos e legais efeitos.

**EXTINÇÃO DO PODER JURISDICIONAL E CASOS JULGADOS
CONTRADITÓRIOS (RELATIVAMENTE À PROVA APREENDIDA NAS
INSTALAÇÕES DA HOSPITAL PARTICULAR DO ALGARVE, S.A.)**

Z. A prolação do despacho em que o JIC validou a prova apreendida nas instalações da Hospital Particular do Algarve, S.A. (fls. 607) esgotou o seu poder jurisdicional quanto ao teor do requerimento da Hospital Particular do Algarve, S.A., nos termos dos n.º 1 e n.º 3 do artigo 613.º do CPC, aplicável ex vi artigo 3.º do CPP,



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

AA. Nos termos do artigo 625.º do CPC, havendo duas decisões contraditórias - como há - deve antes cumprir-se a decisão que anteriormente validara aquela mesma prova relativamente à Hospital Particular do Algarve, S.A.

DA POSSIBILIDADE DE APREENSÃO DE MENSAGENS DE CORREIO ELETRÓNICO EXPRESSAMENTE DECORRENTE DA LEI DA CONCORRÊNCIA E DA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÓNICA

BB. Em causa, no presente processo, está a validade das mensagens de correio eletrónico iidas/abertas apreendidas no âmbito das diligências de busca e apreensão levadas a cabo pela Autoridade, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, devidamente autorizadas pelo MP e, nos casos do n.º 7 do artigo 19.º da Lei da Concorrência, pelo JIC.

CC. Decorre da leitura conjugada dos artigos 5.º e 18.º da Lei da Concorrência com o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto que o exercício de poderes sancionatórios - designadamente, busca e apreensão - por parte da Autoridade é precedido de devida habilitação legal e a plenitude desse exercício uma condição necessária e prejudicial à prossecução da sua missão.

DD. É a própria Lei da Concorrência que permite e legitima a apreensão de documentação em suporte digital, na qual se insere o correio eletrónico lido/ aberto: isso resulta da literalidade da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência (“extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte”), conjugada com o juízo que se impõe sobre a necessidade de apreensão para efeitos de prova (“sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção da prova”) e com a ausência de remissão para qualquer outro diploma legal para efeitos de enquadramento, densificação e validação da apreensão - circunstância que demonstra, clara e suficientemente, a vontade do legislador.

EE. Para efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, aquando a realização de buscas e apreensões, não se circunscreve os documentos e informações suscetíveis de serem solicitados a documentação em suporte papel. Da leitura



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

conjunta das alíneas c) e d) do artigo 18.º retira-se que os poderes conferidos na alínea d) são instrumentais dos poderes da alínea c), ou seja, é permitido à AdCe selar computadores precisamente porque nesses suportes poderão estar alojados elementos da escrita ou demais documentação relevante passível de ser examinada e apreendida — caso contrário, não haveria qualquer motivo que fundamentasse a selagem dos mesmos.

FF. É, aliás, também, este o entendimento do MP, que autorizou a apreensão de correio eletrónico, e do próprio Tribunal a quo que posteriormente validou a totalidade da prova apreendida nas instalações da Hospital Particular do Algarve, S.A..

GG. Tendo presente a atual evolução tecnológica, é inevitável reconhecer que, se a própria Lei vedasse à AdC a apreensão de mensagens de correio eletrónico, não haveria qualquer efeito útil na realização de diligências de busca e apreensão.

HH. Esta realidade encontra-se acomodada na mais recente publicação da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 — cuja transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais terá de ocorrer até fevereiro de 2021. O seu artigo 6.º tem uma redação em tudo semelhante à constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, e os seus considerandos 30 e 32 acolhem, expressamente, a competência para examinar todas as formas de correspondência ao ponto de permitir o exame de mensagens de correio eletrónico (inclusivamente sem a distinção entre abertas/lidas ou abertas/não lidas).

II. Dada a existência, na Lei da Concorrência de norma que habilita a apreensão de correio eletrónico lido/ aberto, é inaplicável ao direito sancionatório jusconcorrencial o regime decorrente da previsão do n.º 1 do artigo 42.º do RGCO.

JJ. A admissibilidade de apreensão de correio eletrónico, veja-se que essa admissibilidade não ofende ou viola o n.º 4 do artigo 34.º da CRP.

KK. Considerando que a pretensão do legislador subjacente a este preceito terá sido a de consagrar e proteger o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

correspondência, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que este preceito apenas inclui o correio eletrónico fechado/por ler, pois só este convocará a (especial) necessidade de proteção, incumbindo ao recetor tomar as cautelas necessárias 'para os manter fora do alcance da curiosidade ou da inscrição de terceiros, em particular das instâncias formais de controlo" (JOÃO CONDE CORREIA, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, pg. 642. e Gomes Canotilho e Vital Moreira em Constituição da República Portuguesa Anotada Volume I, 4a Edição Revista, pg, 544).

LL. Por oposição, as mensagens lidas/abertas serão, para este efeito, meros documentos escritos, não gozando da tutela constitucional de inviolabilidade da correspondência, e, por isso, afastados do regime de proteção da reserva de correspondência e das comunicações - o que equivale a dizer que a apreensão de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência encontra respaldo na Lei da Concorrência e, contanto que esse correio se encontre aberto/lido, não ofende o artigo 34.º da CRP.

MM. A este respeito, a decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa: " [...] as mensagens apreendidas, uma vez que são meros documentos, não gozam do regime de proteção da reserva da correspondência e das comunicações." (Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa - JIC - Juiz 6, de 27.03.2019 Processo n.º 10626/18.0T9LSB, e, em sentido semelhante, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão por decisão de 23.09.2019 nos processos 71/18.3YUSTR-I, e por decisões de 03.10.2019, nos processos 159/10.3/YUSTR (apensos A e B) e o Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 29.03.2012, processo n.º 744/09-1 S5LSB-A.L1).

**DA NÃO APLICABILIDADE DA LEI DO CIBERCRIME NO DIREITO
CONTRAORDENACIONAL DA CONCORRÊNCIA**

NN, Não se pode concordar com o entendimento do JIC de que, por força dos artigos 26.º e 17.º da Lei do Cibercrime, "documento digital e e-mail são claramente conceitos legais distintos, (...), sendo em absoluto irrelevante perante tais normas legais se os e-mails ou mensagens de natureza semelhante foram ou não abertas pelo seu destinatário [...].



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

00. A Lei do Cibercrime não se aplica aos processos contraordenacionais da concorrência, atento o seu objeto e âmbito de aplicação, em tudo distintos do objeto e âmbito de aplicação da Lei da Concorrência.

PP. Conforme decorre dos artigos 1.º, preâmbulo do Capítulo II e artigo 11.º da Lei do Cibercrime, a Lei do Cibercrime tem, como objeto, processos relativos a crimes no domínio da cibercriminalidade, e um âmbito de aplicação circunscrito aos ilícitos criminais, com as consequências que daí derivam. Ademais, toda a jurisprudência existente sobre a Lei do Cibercrime relaciona-se, exclusivamente, com ilícitos penais (ver Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17.02.2016, processo n.º 2119/11.TALRA.C2., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14.09.2016, processo n.º 2177/09.0PAVNG.P1., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.05.2015, processo n.º 35/07.2JACBR.P1.).

QQ. As infrações por violação das regras da concorrência não são crimes, são contraordenações (cf. artigos 67.º e 68.º da Lei da Concorrência), a ação e o regime jusconcorrencial têm natureza contraordenacional e as regras atinentes às diligências de busca e apreensão estão pensadas para um processo contraordenacional.

RR. A Lei da Concorrência atual data de 08.05.2012, sendo posterior à Lei do Cibercrime, que data de 15.09.2009, o que significa que o legislador teve oportunidade para clarificar o escopo da documentação em suporte digital passível de ser apreendida, para delimitar esse mesmo escopo em função da dependência de decisão de autoridade judiciária, e, finalmente, para esclarecer “quem valida o quê”. E, se tivesse intencionado relacionar a apreensão de documentação em suporte digital em moldes que permitissem descortinar uma possível ou futura hipotética aplicação subsidiária da Lei do Cibercrime, tê-lo-ia feito, e não o fez.

SS. O legislador não aproveitou qualquer occasio legis proporcionada pelo término da vigência da anterior Lei da Concorrência, pela subsistência da Lei do Cibercrime e pela futura entrada em vigor da Lei da Concorrência para remeter as condições de apreensão de correio eletrónico para a Lei do Cibercrime.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

TT, Anteriormente, a apreensão de cópias ou extratos da escrita ou demais documentação dependia de despacho de autoridade judiciária, e, com a atual Lei da Concorrência, estão plenamente concretizadas as situações nas quais a apreensão de documentação depende de despacho de autorização do JIC (cf, n.ºs 1,6, 7 e 8 do artigo 19.º e n.ºs 4, 6 e 8 do artigo 20.º da Lei da Concorrência). Com efeito, houve a oportunidade para o legislador destriçar o tipo de documentação em suporte digital sujeita a despacho do JIC, e aquela dependente de decisão do MP, e o legislador optou por não o fazer.

UU. Finalmente, no sentido sistemático e contextual, atente-se no artigo 13.º da Lei da Concorrência, no qual o legislador anteviu que, na falta de disposição especial contida na Lei da Concorrência que regulasse dada matéria, dever-se-ia recorrer ao RGCO e, subsidiariamente, às disposições do CPP. Sequencialmente, o regime consagrado nos artigos 18.º, 19.º e 20.º da Lei da Concorrência, sobre buscas e apreensões, está em sintonia com o artigo 13.º da mesma Lei.

VV. A Lei do Cibercrime não tem qualquer conexão ou acolhimento no regime jurídico da concorrência, é independente dele, não sendo, por esse motivo, aplicável ao caso.

WW. É, aliás, também este o entendimento do TCRS ao sustentar que “[n]o que respeita às diligências de busca e apreensão, o NRJC consagra um regime especial derogativo do art.º 42.º do R.G.C.O. e que prescinde de qualquer subsidiariedade do art.º 179º do CPP ou do art.º 17º da Lei do Cibercrime, diploma temporalmente precedente do NRJC (..

(cf. sentença de 23.09.2019, processo n.º 71/18.3YUSTR-I), Em sentido idêntico, vide também as sentenças de 03.10.2019, proferidas pelo TCRS no processo n.º 159/19.3YUSTR (apensos A e B).

XX. Os próprios Ministério Público e JIC não aplicaram a Lei do Cibercrime quando autorizaram as diligências de busca, exame e apreensão, quando permitiram a apreensão de correio eletrónico, nem quando este último validou essa mesma apreensão relativamente à prova apreendida nas instalações da Hospital Particular do Algarve, S.A..



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

YY. Mal andou, portanto, o Juiz a quo ao aplicar ao processo contraordenacional da concorrência a Lei do Cibercrime, em particular os seus artigos 16.º e 17.º, bem como o n.º 1 do artigo 42.º do RGCO, devendo ter-se cingido à conjugação das normas previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º, no n.º 7 do 19.º, n.º 1 do artigo 20.º e do artigo 21.º, todos da Lei da Concorrência, ao abrigo das quais teria necessariamente concluído pela validade das mensagens de correio eletrónico apreendidas pela Recorrente.

A **Luz Saúde, S.A.** respondeu aos recursos, formulando, após motivação, 157 conclusões que aqui se dão por reproduzidas, defendendo, em síntese, a improcedência dos recursos e a manutenção do despacho recorrido, com a conseqüente destruição dos e-mails apreendidos nas suas instalações.

A **Lusíadas SGPS, SA** respondeu aos recursos formulando, após motivação, 12 conclusões que aqui se dão por reproduzidas, sustentando a improcedência dos recursos.

Bem como o **Hospital Particular do Algarve, SA** que, após motivação, formulou na sua resposta ao recurso 147 conclusões que aqui se dão por reproduzidas, pugnando pela improcedência de ambos os recursos e que seja ordenado à AdC o desentranhamento e conseqüente destruição de todos os documentos cuja apreensão padece de nulidade.

Também a **José de Mello Saúde, SA** respondeu aos recursos, formulando, após motivação, 12 conclusões que aqui se dão por reproduzidas, sustentando a sua improcedência.

Admitidos os recursos, o Ministério Público nesta Relação emitiu parecer aderindo aos fundamentos do recurso interposto pelo Ministério Público na 1ª instância.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

*

II. Questões a decidir



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Atentas as conclusões formuladas pelos Recorrentes, que condensando as razões da sua divergência com a decisão recorrida delimitam o objecto do recurso e definem as questões a decidir (cf. artigos 402º, 403º e 412º, n.º 1 do Código de Processo Penal), exceptuando as que sejam de conhecimento officioso, as questões que importa apreciar e decidir neste caso são:

. Questões prévias - competência desta Secção para conhecer dos recursos; legitimidade da AdC para recorrer do despacho do Juiz de Instrução Criminal objecto do seu recurso;

em caso afirmativo,

. nulidade do despacho recorrido por incompetência do Tribunal de Instrução Criminal para conhecer do pedido de nulidade do acto de busca e apreensão de ficheiros electrónicos, levada a cabo pela AdC, no âmbito de um processo de contraordenações por alegadas práticas restritivas da concorrência, a coberto de um mandado emitido pelo Ministério Público;

a ser competente,

. nulidade do despacho recorrido por violação do contraditório da AdC;

. violação de caso julgado no que respeita à prova apreendida nas instalações da Hospital Particular do Algarve, SA.;

- inadmissibilidade legal de apreensão de correio electrónico no processo por infração jusconcorrencial e, sem autorização judicial.

*

III. Fundamentação

III.1. Os factos



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

A questão a decidir é essencialmente de Direito, sendo os factos relevantes os descritos no Relatório, transcrevendo-se aqui o teor integral do despacho recorrido, proferido em 11.11.2019 pela Juiz 1 do Juízo de Instrução Criminal de Lisboa:

“Lusiadas, S.A., Lusiadas, SGPS, S.A. (fls. 78 a 86, 1.º Vol.), Luz Saúde, S.A. (fls.97 a 115, 1.º Vol., 283 a 317, 2.º Vol. e 375 a 414, 2.º Vol.), José de Mello Saúde, S.A. (fls.155 a 198, 1.º Vol.), Hospital Particular do Algarve, S.A. (fls. 490 a 526, 2.º Vol.), e G.T.S. – Grupo Trofa Saúde, SGPS, S.A. (fls.559 a 594, 3.º Vol.), visadas no processo contraordenacional registado sob o nº PRC/2019/2, da Autoridade da Concorrência, vieram suscitar a nulidade das diligências de busca e apreensão realizadas nas suas instalações em maio de 2019.

O processo contraordenacional nº PRC/2019/2 foi instaurado por despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 14 de março de 2019, dada a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência que infringem o disposto nas alíneas a), b) e c), do nº1, art. 9.º, da Lei nº19/2012, de 8 de maio, punível nos termos da alínea a), do nº1, do art. 68.º, do mesmo diploma legal, envolvendo empresas do setor das comunicações.

No âmbito do referido processo contraordenacional, a requerimento da Autoridade da Concorrência, por despachos do Ministério Público, de 2019-03-29 (fls.20 a 23) e 2019-05-03 (fls.53/54) foi autorizada a realização de buscas nas instalações de Lusiadas, S.A., Lusiadas, SGPS, S.A., Luz Saúde, S.A., José de Mello Saúde, S.A., e G.T.S. – Grupo Trofa Saúde, SGPS, S.A., tendo em vista o exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e «demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico e documentos internos de reporte de informação entre as visadas, bem como atas de reuniões de administração e direção, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em quaisquer suportes informáticos ou computadores, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem».



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

c) Tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extratos dos documentos controlados e, sempre que o considere adequado, continuar a efetuar esse tipo de pesquisa de informação e seleção de cópias ou extratos nas instalações da AdC ou em quaisquer outras instalações designadas;

d) Proceder à selagem de quaisquer instalações, livros ou registos relativos à empresa, ou à mesma afetos, em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar as informações, bem como os respetivos suportes, a que se refere a alínea anterior, durante o período e na medida necessária à realização das diligências referidas na mesma alínea;

(...)

2 - As diligências previstas nas alíneas a) a d) do número anterior dependem de autorização da autoridade judiciária competente.

3 - A autorização referida no número anterior é solicitada previamente pela AdC, em requerimento fundamentado, devendo o despacho ser proferido no prazo de 48 horas.

4 - Da recusa, por parte da autoridade judiciária competente, em conceder à AdC a autorização referida nos números anteriores cabe:

a) No caso de decisão do Ministério Público, reclamação para o superior hierárquico imediato;

b) No caso de decisão do juiz de instrução, recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância.

(...) [destaques nossos]

A temática em apreciação deve ser apreciada à luz do primado do Direito da União Europeia – proclamado, entre outros, no conhecido Acórdão Costa c. Enel³ – cuja primazia perante a ordem constitucional interna apenas cederá, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, em face de ameaça dos aspectos essenciais dos princípios fundamentais do Estado de Direito. Sendo que a Directiva (UE) 2019/1, conhecida como ECN+, veio constituir um instrumento adicional de defesa da concorrência e de garantia do bom funcionamento do mercado interno em face dos novos desafios que emergem do ambiente digital. De acordo com o teu teor, e como impressivamente se refere no Considerando 30: *A competência de investigação das autoridades administrativas nacionais da concorrência deverá ser*

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006>



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

adequada aos desafios da aplicação das normas no ambiente digital e deverá permitir que as ANC obtenham todas as informações relacionadas com a empresa ou associação de empresas objeto da medida de investigação em formato digital, incluindo os dados forenses, independentemente do suporte em que as informações estiverem armazenadas, designadamente computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou armazenamento em nuvem.

Assim, uma vez que ao Tribunal de Instrução Criminal não está atribuída por lei qualquer competência material para decidir sobre nulidades dos actos de busca e apreensão levados a cabo pela AdC, sob mandado emitido pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Concorrência, e tendo o Juiz de Instrução Criminal proferido decisão a esse respeito, em vez de se ter declarado incompetente para o efeito, temos que concluir que se imiscuiu numa área de competência que não é sua, enfermando a sua decisão de nulidade insanável, enunciada no art. 119º al. e) do CPP aplicável *ex vi* do art.41º do RGCO e 83º da LdC, que pode e deve mesmo ser conhecida officiosamente.

Verificada a falta de competência do Tribunal de Instrução Criminal para proferir a decisão recorrida e determinando-se, em consequência, a sua revogação, fica prejudicado o conhecimento das restantes questões suscitadas nos dois recursos.

*

IV. Decisão

Pelo exposto, acordam em declarar a nulidade prevista no art. 119.º, al. e) do CPP e, consequentemente, revogar a decisão recorrida, considerando prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas em ambos os recursos.

Custas pelas Recorridas, fixando-se a taxa de justiça em 2UCs (arts. 513.º, n.º 1, do CPP e 8.º, n.º 9 do RCP e Tabela III ao mesmo anexa).



Processo: 3039/19.9T9LSB-A.L1
Referência: 19184648

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Lisboa, 9.11.2022

Eleonora Viegas (Relatora)

Ana Mónica Mendonça Pavão (1ª Adjunta)

Luís Ferrão (2º Adjunto)