



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

Recurso Penal

*

Processo nº 144/21.5YUSTR-A.L1 Recurso Penal

Tribunal Recorrido: Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recorrente: UNILEVER FIMA, Lda

*

Sumário (elaborado pela Relatora):

I. Em sede de recurso de decisões interlocutórias da AdC, na actual lei, não está prevista a possibilidade de realização de audiência de julgamento com produção de prova testemunhal, diferente do que acontece em sede de recurso da decisão final condenatória proferida pela AdC, como se extrai do confronto entre a tramitação prevista no art. 85º da LdC e a tramitação prevista no art. 87º nº 5 e 8 da LdC.

II. Na fase administrativa do processo contraordenacional jusconcorrencial, o tribunal apenas tem competência para decidir se o mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público foi devidamente cumprido, mas não deve conhecer se foram recolhidos elementos de prova que extravasam o seu âmbito ou se na diligência de busca e apreensão foi obtida prova nula.

*

Acordam, em Conferência, os Juízes que compõem esta Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa.

*

I. RELATÓRIO.

Inconformada com a decisão interlocutória, proferida pela Autoridade da Concorrência, na fase administrativa do processo de contra-ordenação que corre os seus termos sob o PRC/2017/11, datada de 10 de Maio de 2020 (com a referência S-AdC/2021/1213) que recaiu sobre os requerimentos de 28/3/2017, 12/4/2017 e



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

Recurso Penal

12/4/2021 respeitantes a irregularidades e nulidades arguidas quanto ao mandado do MP de busca e apreensão, à execução da busca e apreensão pela AdC e às provas obtidas pela AdC nessas diligências de busca e apreensão realizadas nas instalações da sociedade **Unilever Fima,Lda** esta **impugnou judicialmente** tal decisão para o TCRS.

*

Admitido esse recurso das medidas da ADC, foi apresentado pela Recorrente a 15/9/2021 sob a Ref^a Citius 53266, requerimento com o seguinte teor (no que agora interessa para a decisão deste recurso):

“Unilever Fima, Lda., Recorrente no processo acima e à margem identificado, tendo sido notificada, por despacho de 09.09.2020, para se pronunciar sobre se se opõe a que a decisão seja proferida por despacho, sem necessidade de julgamento, nos termos do art. 64º n.º 2 do RGCO vem, muito respeitosamente, expor e requerer o seguinte:

I. Necessidade de realização da audiência de julgamento

1. Nas alegações de recurso, e pelas razões aí expendidas, a Recorrente defendeu que a decisão recorrida seria ilícita em virtude de a AdC nela ter recusado reconhecer as nulidades invocadas pela Recorrente relativas (i) aos elementos de prova obtidos por recurso a gravações ilícitas (ponto II do recurso); e (ii) aos elementos de prova que extravasam o objeto do mandado de buscas e apreensão (ponto III do recurso).

2. Relativamente ao ponto II, a Recorrente invocou que os inspetores da AdC procederam à audição repetida de gravações ilícitas e, a final, à sua apreensão – mais tarde, desentranhadas do processo – e realizaram pesquisas novas e direccionadas, utilizando expressões retiradas do conteúdo escutado nas ditas gravações ilícitas. Mais invocou que, através dessas pesquisas, os inspetores da AdC identificaram e a final apreenderam um conjunto de emails, nulos por “efeito à distância”.

3. Relativamente ao ponto III, a Recorrente alegou que a AdC efetivamente buscou e apreendeu documentos relativos às atividades comerciais da Recorrente noutros canais de distribuição não abrangidos pelo mandado do MP, constituindo, assim, prova nula.



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

Recurso Penal

4. As nulidades invocadas pela Recorrente, objeto do presente recurso, estribam-se em factos específicos que ocorreram no decurso das referidas diligências de busca e apreensão e/ou que dizem respeito aos elementos indevidamente apreendidos, e de que a Recorrente ora pretende fazer a devida prova, de acordo com o direito de defesa que lhe assiste.

5. Por esta razão, vem a Recorrente, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 64º do RGCO, declarar que pretende a realização da audiência de julgamento para efeitos de produção de prova testemunhal.

II. Razões de ciência das testemunhas

6. As seguintes testemunhas, indicadas pela Recorrente, eram suas colaboradoras aquando da realização das reuniões que foram objeto das gravações ilícitas, e poderão testemunhar sobre os factos indicados no ponto II do recurso, nomeadamente os incluídos nos parágrafos 5-34 e 47-52:

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

7. [REDACTED] listado no parágrafo 6 supra, exerce nesta data as funções de diretor comercial para o canal alimentar da Recorrente e poderá, para além dos factos referidos nesse parágrafo, testemunhar sobre os factos indicados no ponto III do recurso, nomeadamente os incluídos nos parágrafos 167, 175 e 184.

8. Luca Regano, listado no parágrafo 6 supra, exerceu, até 2017, as funções de diretor comercial para o canal alimentar da Recorrente e poderá, para além dos factos referidos nesse parágrafo, testemunhar sobre os factos indicados no ponto III do recurso, nomeadamente os incluídos nos parágrafos 167, 175 e 184.



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

Recurso Penal

9. [REDACTED] é a Diretora de Recursos Humanos da Recorrente e poderá testemunhar sobre os factos indicados no ponto II do recurso, nomeadamente os incluídos nos parágrafos 5-34 e 47-52.

10. [REDACTED] advogado, acompanhou as diligências de buscas e apreensão nas instalações da Recorrente, pelo que poderá testemunhar sobre os factos indicados no ponto II e III do recurso.

11. [REDACTED] é colaboradora da AdC e esteve integrada na equipa de inspetores que conduziram as diligências de buscas e apreensão nas instalações da Recorrente, tendo, ademais, sido a inspetora a primeiro ouvir as gravações ilícitas. Nestes termos, poderá testemunhar sobre os factos indicados no ponto II e III do recurso.

12. [REDACTED] e [REDACTED] não há muito gerentes da Recorrente, tendo um profundo conhecimento do respetivo negócio, bem como das suas políticas internas e organização. Poderão, por conseguinte, prestar informações relevantes no contexto da apreciação das duas nulidades arguidas."

*

Por Despacho proferido a 18/10/2021 , sob a Refª Citius 321380, o tribunal a quo designou data para realização de julgamento, circunscrito a alegações finais, indeferindo a inquirição das testemunhas arroladas, tendo tal despacho o seguinte teor:

"Requerimento de 15.09.2021 (referência 53266):

Ultimamente, o Tribunal tem defendido que estamos perante um recurso anulatório ou *stricto sensu*, por contraposição a um recurso substitutivo, porquanto visa somente a apreciação do concreto ato sancionatório impugnado, aí se esgotando o objeto do processo. E assim, seja pelas aludidas razões teleológicas, seja por razões literais e sistemáticas, refletidas na diferente redação do artigo 85.º, do Regime Jurídico da Concorrência, por contraposição ao artigo 87.º, do mesmo Regime Jurídico da Concorrência, julgamos que não há lugar à realização de julgamento e, por conseguinte, produção de prova – conferir MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*,



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

Recurso Penal

Almedina 2013, p. 823; TIAGO LOPES DE AZEVEDO, Lições de Direito das Contraordenações, Almedina 2020, pp. 299/300.

Porém, respeitada a coerência processual já encetada nos presentes autos, importa não só retirar as devidas ilações quanto à manifestada oposição à decisão por simples despacho, designando data em conformidade para a realização do julgamento, como responder à necessidade de inquirição de testemunhas, vista a delimitação do objeto do recurso e temas probatórios.

Com efeito, o único quadro fáctico alegado pela Recorrente consiste nos pontos enunciados a VI e XI das duntas conclusões explicitadas no requerimento de recurso.

Ora, tais aventados factos são, na realidade, meros instrumentos explicativos das nulidades invocadas, isto é, torna-se manifestamente inócuo saber se a Autoridade da Concorrência efetuou pesquisas nos moldes evidenciados, porquanto o que releva analisar e apreciar é a questão substantiva e que reside na nulidade de obtenção de prova, cuja alegação está devidamente circunstanciada, assim se aferindo a sua dilucidação como mera questão de direito.

De resto, quer a sobredita nulidade, quer a resultante do denominado efeito à distância, quer o objeto do mandado do Ministério Público, tudo redundam em apreciação de direito, sem qualquer relevo de matéria de facto carecida de produção de prova testemunhal, conquanto ou está provada documentalmente, porque decorrente da própria tramitação processual, ou não se encontra controvertida, porque reconhecida enquanto pressuposto lógico da própria decisão da Autoridade da Concorrência, e agora objeto de recurso.

Em face do exposto, o Tribunal indefere a inquirição das testemunhas arroladas e designa o dia 8 de novembro de 2021, pelas 11 horas e 30 minutos, para a realização do julgamento, circunscrito a alegações finais.

Notifique e diligências necessárias."

★

Por requerimento apresentado em 3/11/2021, sob Refª Citius 55772, a aqui Recorrente interpôs recurso daquele despacho intercalar do TCRS que indeferiu o



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

Recurso Penal

seu requerimento de produção de prova testemunhal e por declarações de parte, apresentando as seguintes

Conclusões

1. O despacho recorrido, de 18.10.2021, que indeferiu a produção de prova testemunhal e por depoimento de parte requerida pela Recorrente, violou o direito da Recorrente à defesa e ao contraditório, na medida em que recusa a produção de prova sobre factos essenciais à decisão sobre o mérito da causa e que se encontram contravertidos.

2. Constituindo fundamento do recurso a ilicitude da prova obtida por recurso à visualização - e posterior apreensão - pela AdC de três ficheiros de correio eletrónico contendo gravações não autorizadas pelos sujeitos ali intervenientes, constituem factos essenciais à decisão da causa a referida inexistência de autorização, bem como todos os factos instrumentais de onde o tribunal possa igualmente concluir pela ilicitude das gravações, o que pode e deve ser objeto de prova testemunhal.

3. Constituindo fundamento do recurso a ilicitude da prova obtida por recurso à visualização - e posterior apreensão - pela AdC de três ficheiros de correio eletrónico contendo gravações ilícitas, é essencial à decisão da causa apurar se a AdC realizou pesquisas novas e direcionadas utilizando expressões retiradas do conteúdo escutado nas gravações ilícitas, nomeadamente a expressão “dia 15”, combinada com outras palavras e, através dessas pesquisas, identificou e a final apreendeu um conjunto de emails,

4. O que se pode concluir, nomeadamente, pelo facto de que cinco dias úteis volvidos desde o início da investigação – quando encontrou os emails com as gravações ilícitas –, a AdC não tinha ainda encontrado, pela utilização das suas palavras-chave normais, os elementos que veio a identificar no período em redor do dia 15.10.2014, nem tinha quaisquer indícios que a pudessem levar a utilizar nas suas pesquisas as expressões retiradas das gravações, nomeadamente “dia 15” (parágrafos 130 a 131 do Recurso).

5. E todos estes factos, que são controvertidos, podem e devem ser objeto de prova testemunhal.



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

Recurso Penal

6. *Constituindo fundamento do recurso a nulidade dos elementos de prova apreendidos que extravasam o objeto do mandado de busca e apreensão, constituem factos essenciais à decisão da causa apurar se a AdC buscou e apreendeu emails relativos a (i) interações entre a Recorrente e as cadeias retalhistas de distribuição alimentar suas clientes, sem qualquer conexão com aspetos relacionados com o PVP praticado por essas cadeias; e/ou (ii) outros canais de distribuição dos produtos da Recorrente, tais como as cadeias grossistas de distribuição alimentar (cash&carry) e o canal HORECA; e/ou (iii) outros aspetos da atividade da Recorrente, não relacionados com a sua política de preços ou com a política de preços dos seus clientes.*

7. *E para tais factos releva apurar se os emails em questão se referiam a canais ou atividades que não as cobertas pelo mandado, o que pode ser apurado por recurso a testemunhas que conheçam os sectores em causa.*

8. *Ainda que se não entendesse pela essencialidade dos factos alegados pela Recorrente, o que não se concede, o tribunal a quo deveria ter em consideração todos os factos que possam assumir relevância para a decisão da causa, de acordo com as várias soluções plausíveis de direito, nomeadamente a solução defendida pela Recorrente, e não apenas para aquela solução que o tribunal a quo já parece ter antecipado.*

9. *É pois, inegável que, sem prejuízo da prova documental já produzida, as testemunhas arroladas poderão dar um contributo muito relevante para o apuramento de factos essenciais à decisão da causa, o que justifica plenamente a sua inquirição.*

10. *Em face de tudo o exposto, deve o Despacho Recorrido ser revogado, por violar o direito de defesa e contraditório da Recorrente, sendo substituído por outro que admita a produção de prova testemunhal.*

Concluiu, pedindo que o presente recurso seja julgado procedente, revogando-se o despacho recorrido na parte em que este indefere a produção de prova testemunhal.

★

O Ministério Público respondeu àquele recurso, elaborando a seguinte **Síntese Conclusiva**:



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

Recurso Penal

. o recurso de impugnação da Recorrente versa somente matéria de direito, visando obter decisão do TCRS que, substituindo-se á AdC, declare a nulidade da prova obtida através de buscas e apreensões no processo de contraordenação,

. Em conformidade a produção de prova pessoal revela-se inútil, impertinente e meramente dilatória.

. O douto TCRS indeferiu a produção de prova pessoal por entender que o objecto do recurso era a invocação de nulidades e que os únicos dois enunciados de facto que constavam das conclusões do recurso eram meramente explicativos das nulidades invocadas,

. Ao abrigo do disposto no artigo 72º do RGCO o TCRS tem amplos poderes/deveres de admissão e seleção da prova a produzir por lhe caber definir os temas da prova mesmo no caso de existir impugnação da matéria de facto, o que não é o caso.

. No âmbito do presente recurso a Recorrente repristina a invocação de vícios formais, e não esclarece por que razão as 13 testemunhas e os dois depoimentos requeridos são pertinentes e essenciais para obter a peticionada declaração de nulidade da prova.

Concluiu, peticionando a manutenção do despacho recorrido e que assim seja julgado totalmente improcedente o recurso.

**

Também a Autoridade da Concorrência respondeu ao recurso, apresentando, por seu turno, as seguintes

Conclusões

A. Vem o presente recurso interposto do Despacho proferido pelo Tribunal a quo através do qual este indeferiu a produção de prova testemunhal arrolada pela Recorrente, por considerar que os factos aventados são meros instrumentos explicativos das nulidades invocadas, a que acresce o facto de, na esmagadora maioria, dos factos não são, verdadeiramente, factos controvertidos, antes de natureza conclusiva e/ou refletindo questões meramente jurídicas.

B. Como ponto prévio, a AdC reitera o seu entendimento de que o artigo 64.º do RGCO não é aplicável aos recursos de decisão interlocutória da Autoridade da Concorrência.



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

Recurso Penal

C. Nesse sentido, não pode deixar de se suscitar o regime previsto nos artigos 85.º e 87.º da Lei da Concorrência, os quais regulam a tramitação dos recursos de decisão interlocutória e de decisão final, respetivamente.

D. Ao contrário do regime processual expressamente previsto para os recursos de decisão final, que prevê no n.º 8 do artigo 87.º da Lei da Concorrência a possibilidade de haver audiência de julgamento, a tramitação consagrada para os recursos de decisão interlocutória (vide artigo 85.º do referido diploma) não prevê a realização desta audiência, o que permite concluir a intenção inequívoca do legislador em afastar a possibilidade de realização de audiências de julgamento em contexto interlocutório.

E. Com efeito, o legislador, por meio do n.º 5 do artigo 87.º da Lei da Concorrência, prevê a possibilidade de decisão por mero despacho, exigindo no caso de recursos de decisão final, a concordância da AdC, do Ministério Público e do visado pelo processo, para o efeito.

F. Daqui decorre que, sendo a possibilidade de audiência de julgamento em sede de recursos de decisão interlocutória afastada pela Lei da Concorrência, a aplicação subsidiária do RGCO, designadamente a do artigo 64.º, não deve ter lugar.

G. Até porque a regra geral para recursos de decisões interlocutórias é aquela que emana do artigo 55.º do RGCO, que também não prevê a realização de audiência de julgamento para os recursos desta natureza.

H. A diferenciação de regime processual (quer no âmbito da Lei da Concorrência, quer no âmbito do RGCO) consoante estejam em causa recursos de decisão final ou recursos de decisão interlocutória, encontra a sua ratio processual na diferente natureza de tais decisões. Se as decisões interlocutórias adotadas ao longo do processo contraordenacional respeitam a matérias eminentemente jurídico-processuais, cuja prova tem invariavelmente suporte documental, já as decisões finais condenatórias que culminam tipicamente na aplicação de uma coima e que estão suportadas em factualidade concreta podem justificar, nalgumas circunstâncias, a produção de prova testemunhal, até para efeitos abonatórios.

I. O que no entendimento da AdC não é processualmente admissível é fazer-se aplicar aos recursos de decisão interlocutória o regime processual previsto para os recursos de decisão final condenatória, quando o legislador de forma inequívoca consagrou, no âmbito da Lei da



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

Recurso Penal

Concorrência, uma diferenciação de regime processual, evitando previsivelmente finalidades dilatórias com a realização de audiências de julgamento (com inquirição de testemunhas, perícias, etc.) desnecessárias.

J. Não havendo lugar a produção de prova, menos se compreende que haja lugar a audiências de julgamento apenas para afeitos de alegações das Partes, as quais mais não são do que meras reproduções orais das posições das partes já vertidas nos seus articulados escritos e aos quais as partes estão vinculadas.

K. Não obstante, no caso em apreço, tendo sido determinada a marcação da audiência de julgamento, ainda assim a inquirição de testemunhas pretendida constitui sempre um ato processual manifestamente irrelevante e desnecessário.

L. A AdC acompanha, integralmente, o Despacho proferido pelo Tribunal a quo e adere aos fundamentos nele invocados para indeferir a inquirição das 4 testemunhas arroladas pela Recorrente.

M. De facto, tendo a Recorrente sido previamente convidada pelo Tribunal a quo a esclarecer quais os factos que entendia serem controvertidos, relativamente aos quais a inquirição das testemunhas arroladas se afigurava necessária e relevante, a verdade é que os factos suscitados por aquela não são colocados em causa pela AdC. O dissenso que existe entre as partes é, apenas, ao nível do enquadramento legal e do tipo de consequências jurídicas que cada uma extrai desses mesmos factos.

N. A inquirição de testemunhas como as arroladas pela Recorrente afigura-se uma diligência meramente supérflua e pouco profícua ao esclarecimento do Tribunal quanto a este ponto.

O. O que a Recorrente procura discutir, através da inquirição de testemunhas, são questões eminentemente jurídicas, in casu, a eventual nulidade de obtenção de prova no seio de diligências de busca e apreensão. E a resolução destas questões não passa pela produção de prova testemunhal.

P. Sendo esse um poder-dever do juiz legalmente previsto, não se afigura que o mesmo conflitue com os direitos de defesa da Recorrente, nos termos do n.º 10 do artigo 32.º da CRP.



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

Recurso Penal

Q. O juiz pode indeferir a produção de prova sempre que a mesma se revele inoportuna, inútil ou supérflua, e tendo o Tribunal a quo fundamentado esse indeferimento, improcede qualquer argumento no sentido de que tal indeferimento violou os direitos de defesa da Recorrente.

R. A produção de prova testemunhal não serve para dissipar hesitações ou problematizar hipóteses sobre a forma como as diligências foram ou deveriam ser realizadas, tal como não serve para pôr em evidência dilemas jurídicos.

S. Pelo contrário, uma testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento direto e que constituam objeto da prova (cf. n.º 1 do artigo 128.º do CPP).

T. Neste sentido, não se vislumbra em que medida a inquirição de testemunhas com funções como o Diretor na JMDB – Representação e Distribuição de Marcas, Lda., de Chefes de Departamento da Unilever, do Chefe de Departamento na Upfield Portugal (Sales), Unipessoal Lda., do Chefe de Departamento na Gallo Woldwide, Lda., do Diretor de Serviços na Unilever, da Diretora de Recursos Humanos na Unilever, do Administrador da Froneri Italy, Srl, do advogado e da colaboradora da AdC é imprescindível ou necessária para realizar um exercício de subsunção eminentemente jurídico, antes constituindo uma diligência pouco profícua ou mesmo irrelevante.

U. Acresce que, no que respeita aos ficheiros com as gravações, deferiu a sua exclusão dos autos do Processo, tendo sido incluídos no conjunto de ficheiros em suporte digital objeto do desentranhamento, em virtude de a Autoridade da Concorrência ter considerado verosímil a confirmação do alegado quanto à inexistência de autorização para as gravações e do facto de as mesmas não se revelarem essenciais sob o ponto de vista probatório para a investigação em curso.

V. Por outro lado, se o que a Recorrente pretende com a inquirição das testemunhas arroladas é atestar da natureza coerciva das diligências de busca e apreensão e do impacto das mesmas na sua esfera, também neste caso a produção de prova testemunhal corre o risco de perder o seu sentido útil, na medida em que a jurisprudência existente já é suficientemente esclarecedora quanto a este tema – apesar de estas diligências serem intrinsecamente coercivas, as mesmas não ofendem o direito de defesa das empresas buscadas, designadamente



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

Recurso Penal

o exercício do seu direito ao contraditório (a título de exemplo, a sentença proferida no âmbito dos processos n.os 243/18.0YUSTR-B e 18/19.0YUSTR-B e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do processo n.º 18/19.0YUSTR-D.L1-PICRS).

W. Em termos jurídicos, atento o disposto no n.º 2 do artigo 72.º do RGCO, no processo contraordenacional, cabe ao juiz decidir, oficiosamente, o âmbito da prova que pretende ver produzida.

X. Dessa faculdade prevista na lei decorre, naturalmente, que o mesmo não é obrigado a admitir a produção de prova que se revele, entre outros, inútil, supérflua, irrelevante, inadequada ou com uma finalidade meramente dilatória.

Y. Tendo esta autonomia decisória devido a um respaldo legal, mal se compreende de que forma poderá conflitar com os direitos de defesa da Recorrente que, de resto, não se encontram obstaculizados. In casu, o recurso a que ora se responde espelha o exercício do contraditório, a par do direito ao recurso que lhes é reservado, a final, de eventual sentença a ser proferida pelo TCRS tendo (ou não) por base prova apreendida no decurso destas diligências.

Z. Assim, em face de tudo o quanto ficou exposto, atento o poder-dever previsto no RGCO a par da fundamentação do próprio Despacho, não merecem provimento as alegações da Recorrente, na medida em que a produção de prova testemunhal reconduz-se a uma diligência com pouca utilidade ou relevância nos presentes autos, devendo ser mantido, integralmente, o Despacho do Tribunal a quo.

AA. Da análise do despacho de 18.10.2021, com a referência 321380, não resulta qualquer ambiguidade, inteligibilidade ou falta de concretude, mas antes uma clareza e clarividência, pelo que não procede o alegado pela Recorrente, devendo ser negado provimento ao presente recurso.

Concluiu, pedindo que seja negado provimento ao presente recurso, declarando-se a impossibilidade processual de realização de audiências de julgamento em sede de recursos de decisão interlocutória ou, assim não se entendendo, mantendo-se o Despacho proferido pelo Tribunal a quo em 18.10.2021, na parte em que indefere a produção de prova testemunhal



Processo: 144/21.5YUSTR-AL1
Referência: 18248803

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

Recurso Penal

por considerar que os factos aventados são meros instrumentos explicativos das nulidades invocadas.

*

Por despacho proferido a 5/11/2021, sob a Ref^a Citius 325657, aquele recurso foi admitido, a subir com o recurso a interpor da decisão que ponha termo à causa, com efeito meramente devolutivo.

Por sentença de 21/12/2021, foi a referida impugnação judicial julgada totalmente improcedente pelo Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão (TCRS), nos seguintes termos:

“ Em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, o TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO decide não provir o recurso interposto por UNILEVER FIMA, LDA e manter a deliberação da Autoridade da Concorrência ora impugnada.

Condenar UNILEVER FIMA, LDA nas custas judiciais devidas, fixando a taxa de justiça em 4 UC – conferir artigo 93.º, n.º 3 e 4, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigo 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais.

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

*

De novo inconformada com a decisão daquele Tribunal, veio a Unilever Fima, Lda da mesma interpor o presente recurso, por requerimento de 13/1/2020 sob Ref^a Citius 57565, apresentando as seguintes

Conclusões

a) Objeto do recurso

A. O presente recurso é interposto da sentença proferida pelo TCRS que decidiu não dar provimento ao recurso interposto pela ULFIMA e manter a deliberação da Autoridade da Concorrência (“AdC”) relativa aos requerimentos da ULFIMA que suscitavam a nulidade de



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

Recurso Penal

diversos elementos apreendidos pela AdC, no âmbito do processo contraordenacional PRC/2017/11 (“Sentença Recorrida”).

B. O douto tribunal a quo considera a seguinte factualidade: (a) no âmbito do PRC 2016/4, ULFIMA foi alvo de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC, entre os dias 15.03.2017 e 28.03.2017, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público datados de 02.02.2017, de 10.02.2017 e de 13.03.2017, cujos conteúdos se consideram reproduzidos; (b) após a realização destas buscas, foi extraída certidão para instruir o processo de contraordenação com a referência interna PRC/2017/11; (c) no momento acima referido, a Recorrente fez constar do auto de apreensão, datado de 28.03.2017, um requerimento de arguição de nulidades e irregularidades relacionadas com as diligências levadas a cabo, nomeadamente, a nulidade da apreensão de três documentos de correio eletrónico que continham, em anexo, ficheiros áudio, assim como de documentos apreendidos em alegado resultado da audição desses mesmos ficheiros áudio; (d) adiante, a 11.04.2017, apresentou um novo requerimento junto da AdC, em complemento ao primeiro requerimento apresentado, no qual reiterou a nulidade da prova por via do “efeito à distância”; (e) no dia 2 de março de 2021, a AdC notificou a ULFIMA da sua decisão de desentranhamento de 741 (setecentos e quarenta e um) dos documentos apreendidos, por entender que os mesmos não constituem meios de prova com relevância para os autos, entre os quais se encontravam os três ficheiros áudio; (f) concomitantemente, a Recorrente apresenta, a 12.04.2021, requerimento onde, além de reiterar as nulidades já invocadas nos requerimentos de 28.03.2017 e 11.04.2017, requer ainda à AdC a clarificação do motivo para decidir pelo desentranhamento dos ficheiros áudio; (g) por Ofício datado de 10.05.2021, a AdC responde aos três requerimentos supra referidos e remetidos pela Recorrente, decidindo pela improcedência das nulidades requeridas; (h) durante as diligências de busca, a AdC encontrou três emails datados de 7 de julho de 2016, cada um deles contendo um ficheiro com gravações áudio em anexo, num total de três ficheiros áudio, designados “unl1.mp3”, “unl2.mp3” e “unl3.mp3”, os quais foram enviados por um remetente, com o seguinte endereço: unileverleaks15@gmail.com e continham diversos comentários, tais como: “Be careful with what is happening under your eyes” [“Tenha cuidado com o que está a acontecer



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

Recurso Penal

debaixo dos seus olhos”, “Listen carefully” [“Ouça com atenção”], e “Tip of the iceberg” [“A ponta do iceberg”]; (i) a AdC utilizou várias expressões com vista à localização da informação, entre as quais a expressão: “dia 15”, cruzada com outras palavras como “reunião” ou com os nomes ou iniciais de insígnias do retalho alimentar, a saber: “JM”, “Pingo Doce”, “PD”, “Leclerc”, “ITM”, “ECI”, “Sonae”.

C. O Tribunal a quo não elenca alguns factos alegados pela Recorrente relativamente à forma como decorreram as diligências de busca e apreensão, não contestados pela AdC, logo não controvertidos, a saber: (i) os três emails referidos no ponto h) do artigo anterior foram encontrados pela Instrutora [REDACTED] no dia 21.03.2017, o quinto dia útil da diligência de busca e apreensão; (ii) o assunto / subject do primeiro email era “Price Agreement”; o do segundo era “Price Agreement II”; e o do terceiro era “Price Agreement III”, (iii) os instrutores da AdC foram imediatamente alertados pelos Mandatários da Recorrente para a ilicitude das gravações, por falta de consentimento dos intervenientes nas reuniões gravadas; (iv) os instrutores da AdC procederam à audição, repetida, das referidas gravações, a partir das 14h45m do dia 21.03.2017; (v) a partir do dia 22.03.2017, foram realizadas várias pesquisas pelos Senhores Instrutores da AdC, utilizando expressões retiradas do conteúdo escutado nas gravações ilícitas; (vi) para o efeito, foi utilizada a expressão “dia 15”, que surgia repetidas vezes nas gravações, cruzada com outras palavras como “reunião” ou com os nomes ou iniciais de insígnias do retalho alimentar, a saber: “JM”, “Pingo Doce”, “PD”, “Leclerc”, “ITM”, “ECI”, “Sonae”; (vii) essas pesquisas permitiram identificar inicialmente pelo menos dois correios eletrónicos, ambos contendo a expressão “dia 15”, (viii) o primeiro desses correios eletrónicos é de 15 de outubro de 2014 e não tem subject / assunto, tendo sido enviado às 14h24m por [REDACTED] para [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED]; (ix) o segundo desses correios eletrónicos é de 1 de outubro de 2014, com o subject / assunto “FW: Alteração de Tabela de Preços - 15 de Outubro 2014”, tendo sido enviado às 19h59m por [REDACTED] a [REDACTED] e [REDACTED] (Auchan), (x) por sua vez, as informações recolhidas nos correios eletrónicos resultantes destas pesquisas, designadamente nos dois emails acima identificados, serviram de base a novas pesquisas feitas de forma sucessiva; (xi) essas pesquisas redundaram na



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

Recurso Penal

seleção de vários emails até então não encontrados; (xii) foram realizadas pesquisas pelos Senhores Instrutores da AdC, sem palavras-chave, mas circunscritas ao período entre 1 de setembro de 2014 e 30 de novembro de 2014, (xiii) vários dos emails então identificados em resultado dessas pesquisas sucessivas foram a final apreendidos.

b) A nulidade da prova obtida por recurso a gravações ilícitas

D. Ao ouvir, utilizar e, a final, apreender gravações não consentidas de reuniões de colaboradores da ULFIMA, anexas a três emails dirigidos por um remetente anónimo [REDACTED]@gmail.com) a um Diretor Comercial da ULFIMA, e não obstante ter sido alertada, no próprio ato, para a ilicitude das gravações, a AdC violou o disposto nos artigos 126.º, n.º 3 e os artigos 26.º, 32.º, n.º 8 e 34.º, n.ºs 1 e 2 da CRP.

E. Ademais, tais gravações ilícitas sempre seriam nulas por corresponderem ao um tipo de ilícito criminal previsto no artigo 199.º do CP, pelo que não poderiam ser valoradas como prova, nos termos dos artigos 125.º e 167.º, n.º 1 do CPP.

F. A ilicitude das gravações era manifesta, atendendo ao remetente, ao conteúdo claramente ameaçador dos emails que anexavam as gravações e ao conteúdo das próprias gravações.

G. A AdC ignorou totalmente esses factos e não acedeu sequer a, tal como requerido pela Recorrente em requerimento ditado para o auto de apreensão, separar os emails contendo as gravações ilícitas da restante prova apreendida e colocá-los em envelope selado, até que o tribunal competente se pronunciasse sobre a admissibilidade de tais elementos como prova.

H. Pelo contrário a AdC procedeu à audição repetida das gravações, que nunca seria necessária a verificação da ilicitude das mesmas, não tendo feito ademais qualquer diligência no sentido de averiguar do consentimento ou não dos participantes nas reuniões gravadas, nem dado à Recorrente qualquer oportunidade de o fazer.

I. Pelo que improcede o entendimento do tribunal a quo de que “não era, de facto, possível afirmar a ilicitude comprovada daquelas gravações, sem que antes as mesmas fossem consultadas e ouvidas, nem sem antes confirmar junto dos seus intervenientes o seu consentimento (ou falta de consentimento) para a gravação.”.



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

Recurso Penal

J. Apesar do desentranhamento pela AdC dos três emails com as gravações áudio, efetuada nos termos referidos no capítulo anterior, esta Autoridade indeferiu o requerimento da ULFIMA quanto à nulidade dos elementos encontrados na sequência da audição indevida das gravações pela AdC.

K. A AdC atuou ilegalmente ao realizar pesquisas novas e direcionadas utilizando expressões retiradas do conteúdo escutado nas gravações ilícitas, nomeadamente a expressão “dia 15”, combinada com outras palavras, – sem que houvesse quaisquer outros indícios que justificassem a utilização dessas expressões nas pesquisas – e, através dessas pesquisas, identificar e a final apreender um conjunto de emails, nulos por força do “efeito à distância”.

L. A nulidade da prova em consequência do “efeito à distância”, prevista nas disposições legais referidas na conclusão anterior, foi já reconhecida pela jurisprudência nacional e deve operar no presente caso, atendendo ao nexo de causalidade entre a audição das gravações e a identificação e apreensão de um conjunto de emails encontrados posteriormente pela AdC.

M. Diz, o tribunal a quo - mas sem fundamentar minimamente - que a prova obtida pela AdC, cuja nulidade é arguida pela Recorrente, teve uma “fonte independente” da prova ilegal, pelo que, in casu, não operaria o efeito à distância.

N. Isso não corresponde à verdade, nem qualquer prova sobre este facto foi produzida pela AdC, a quem tal prova incumbia.

O. A exclusão do efeito à distância, por força de uma “fonte independente”, respeita à existência de uma outra fonte que corrobora os conhecimentos que também eram derivados da prova proibida, fonte essa que possibilitaria a aceitação daqueles conhecimentos.

P. No caso que nos ocupa não temos uma “fonte independente”, autónoma em relação à diligência de busca e apreensão que se desenrolou nos moldes que se descreveram.

Q. A única causa de exclusão do efeito à distância, que poderia hipoteticamente operar no caso concreto, seria a da “descoberta inevitável”, ou seja, a demonstração de que a prova secundária seria inevitavelmente encontrada através de uma indagação probatória alternativa à que resultou na sua descoberta através de um meio inválido, sendo que tal demonstração



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

Recurso Penal

teria de ser feita com um grau de segurança idêntico do que se exige para a condenação (ou seja, para além de qualquer dúvida razoável) – em aplicação do princípio in dubio pro reo.

R. Sucede que essa demonstração não foi feita pela AdC.

S. Em todo o caso, no caso em apreço nunca se poderia afirmar que os elementos em questão seriam objeto de uma “descoberta inevitável” pela AdC, caso não tivesse ouvido e utilizado o conteúdo das gravações ilícitas, visto que, cinco dias úteis volvidos desde o início da investigação, a AdC não tinha ainda encontrado, pela utilização das suas palavras-chave normais, os elementos que veio a identificar no período em redor do dia 15.10.2014, nem tinha quaisquer indícios que a pudessem levar a utilizar nas suas pesquisas as expressões retiradas das gravações, nomeadamente “dia 15”.

T. Qualquer exercício de ponderação dos interesses dos valores conflituantes (por um lado, a necessidade do exercício do ius puniendi e, por outro, as garantias de defesa e os direitos fundamentais do arguido ou visado pela investigação), levará a que a balança penda, no caso concreto, para a aplicação do efeito à distância, desde logo visto estarmos perante um processo de direito da concorrência, ao qual o legislador entendeu não conferir dignidade penal, mas antes uma mera natureza contraordenacional.

U. A AdC manifestou-se indisponível para entregar relatório com todas as palavras-chave utilizadas em cada dia de diligência de buscas e apreensão e, bem assim, a lista de documentos encontrados através de cada uma das palavras-chave (ou combinações de palavras-chave) utilizadas, e o tribunal a quo não ordenou tal entrega.

V. Por conseguinte, e perante a impossibilidade, em tal caso, de identificar todos os elementos de prova contaminados pela nulidade das gravações, não podem senão considerar-se nulos todos os elementos de prova apreendidos pela AdC na diligência de busca e apreensão realizada nas instalações da ULFIMA, nos termos e para os efeitos do artigo 20.º da LdC e dos artigos 99.º, n.º 3, 275.º, 122.º, n.º 1, 125.º, 126.º, n.º 3 e 174.º, n.º 3 do CPP, aplicáveis ex vi n.º 1 do artigo 13.º da LdC e do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e artigos 18.º, 32.º, n.º 1, 8 e 10 e 34.º, n.ºs 1 e 2 da CRP.

W. Sem conceder, a não se considerarem nulos todos os elementos de prova apreendidos, devem, pelo menos, os elementos de prova listados no Anexo 2 ao requerimento



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

Recurso Penal

de 11.04.2017 (Doc. n.º 3 junto ao recurso apresentado perante o TCRS), e que atualmente ainda permanecem nos autos, considerar-se nulos por terem sido indubitavelmente obtidos na sequência e por força da utilização das gravações ilícitas referidas, nos termos dos arts. 122.º, 125.º, 126.º, n.º 3, 167.º, n.º 1, do CPP, art. 199.º do CP e arts. 26, n.º 1, 32.º, n.º 8 e 10 e 34.º, n.ºs 1 e 2 da CRP.

X. De resto, o art. 122.º, n.º 1 do CPP, em interpretação normativa no sentido de ser admissível a busca, apreensão e valoração como prova, de elementos obtidos na sequência e por força da utilização de prova anterior nula, in casu, gravações áudio ilícitas, seria inconstitucional por violação do direito à palavra e à reserva da intimidade da vida privada, salvaguardado nos arts. 26, n.º 1, 32.º, n.º 8 e 10 e 34.º, n.ºs 1 e 2 da CRP (cfr. arts. 12.º, n.ºs 1 e 2 e 18.º).

c) A nulidade dos elementos de prova apreendidos que extravasam o objeto do mandado de busca e apreensão

Y. Adicionalmente, o mandado foi incumprido no que respeita à apreensão de documentos relativos às atividades das Recorrentes que extravasam o seu objeto, que, a existir, não iria além das relações com os seus clientes retalhistas presentes no setor da grande distribuição alimentar, e apenas quanto a aspetos relativos aos preços de venda ao público praticados por esses clientes retalhistas.

Z. Nos despachos de fundamentação anexos ao mandado, o MP não mencionou sequer outros canais de distribuição ou outras práticas, não sendo plausível que, caso a AdC de facto tivesse reunido indícios de infração a respeito de outros canais ou outras práticas, a menção a estes canais ou práticas não fosse expressamente prevista no mandado.

AA. Por conseguinte, é nula, por violação do artigo 18º n.º 2 e 3 da LdC, a busca e apreensão de documentos relativos a (i) interações entre a ULFIMA e as cadeias retalhistas de distribuição alimentar suas clientes, sem qualquer conexão com aspetos relacionados com o PVP praticado por essas cadeias; e/ou (ii) outros canais de distribuição dos produtos da ULFIMA, tais como as cadeias grossistas de distribuição alimentar (cash&carry) e o canal HORECA; e/ou (iii) outros aspetos da atividade da ULFIMA, não relacionados com a sua política de preços ou com a política de preços dos seus clientes.



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

Recurso Penal

BB. *Não tem razão o tribunal a quo quando entende que (i) os elementos supra referidos não se podem considerar excluídos dos termos do mandado, que (ii) o mesmo pretendia abranger no universo das diligências de busca o máximo de recolha de prova possível e que, (iii) não fosse esse o propósito, certamente o despacho do Ministério Público não deixaria de consignar as necessárias restrições.*

CC. *O despacho que ordena uma diligência de busca deve definir em termos concretos o que pode ser buscado; o que não estiver definido, não o pode ser, sob pena de se conferir à autoridade uma “carte blanche”, para a apreensão de todos e quaisquer elementos, sem quaisquer balizas ou limites.*

DD. *Face ao exposto, os elementos de prova em questão apreendidos pela AdC enfermam de nulidade, consubstanciando uma violação do art. 8.º da CEDH, do art. 7.º da CDFUE, dos arts. 61.º, n.º 1, c), 125.º, 126.º n.º 3, 174.º, n.º 3 e 178.º do CPP, dos arts. 18.º, n.ºs 2 e 3, e 20.º da LdC e dos arts. 2.º, 20.º, n.º 4, 26.º, n.º 1, 32.º, n.ºs 1, 8 e 10, 34.º, n.º 1 e 2 e 61.º da CRP (cfr. arts. 12.º, n.º 2, 18.º e 80.º da CRP).*

EE. *De resto, os arts. 18.º e 20.º da LdC, em interpretação normativa nos sentidos de ser admissível a busca e apreensão de elementos não compreendidos no objeto de mandado ou validação judicial, seriam inconstitucionais por violação do direito à não autoincriminação, do princípio da proporcionalidade, corolários do Estado de Direito Democrático, consagrados no art. 2.º da CRP, do princípio da reserva da intimidade da vida privada consagrado nos arts. 26.º, n.º 1, 32.º, n.º 8 e 10 e 34.º, n.ºs 1 e 2 da CRP, do princípio da liberdade de iniciativa privada, consagrado no art. 61.º da CRP, e do direito de defesa, salvaguardado nos arts. 20.º, n.º 4, 32.º, n.ºs 1, 8 e 10, (cfr. arts. 12.º, n.º 2, 18.º e 80.º da CRP).*

FF. *Pelas razões expostas, deve ser revogada a Sentença Recorrida, e substituída por decisão que revogue a decisão da AdC, declarando a nulidade dos elementos apreendidos pela AdC nos termos supra expostos.*

Concluiu, pedindo que seja dado provimento ao presente recurso revogando-se a decisão recorrida.



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

Recurso Penal

O Ministério Público respondeu ao recurso, elaborando a seguinte **Síntese Conclusiva**:

- a Recorrente não aduz qualquer argumento novo relativamente ao recurso de impugnação, e embora assaue erro de julgamento à douta sentença recorrida nunca esclarece que questões se encontram mal julgadas e por que razão se mostram mal julgadas, antes pretendendo que o TCRS escrutine a atividade da AdC e não só as suas decisões,

- a Recorrente propõe a transposição acrítica de normas e princípios de direito processual penal para o direito contraordenacional da concorrência, ignorando as suas normas específicas, e que o processo de contraordenação não é processo penal e que estando sujeito ao princípio de legalidade não comporta repartição do ónus da prova,

- a Recorrente impugna de facto em violação do disposto nos artigos 83.º e 89.º do NRJC e 75.º do RGCO pois contraria, direta ou indiretamente, os factos assentes na sentença, a sua motivação de facto, em suma, a decisão de facto.

- TCRS baseando-se nos documentos que compõem o traslado do recurso de impugnação interlocutório após proceder à sua análise crítica, fixou os factos provados da sentença, motivou-os de forma compreensível, clara e segundo a matriz comum.

- bem andou o TCRS ao julgar que os termos do mandado de busca e apreensão emitido pelo MP indicam com clareza a pretensão de abranger no universo das diligências de busca o máximo de recolha de prova possível, daí que se refira como indício a fixação artificial de preços de cariz vertical ou horizontal, seja em produtos alimentares ou não alimentares comercializados em grandes superfícies, até porque o despacho de autorização não contém restrições expressas – parágrafo 9, pois tal conclusão mostra-se consentânea com a normalidade da vida e com o sentido comum das palavras.

- também, bem andou o TCRS ao entender que o que pode ser alvo de impugnação no conspecto de admissibilidade da prova é o próprio ato de apreensão, não o de mera visualização ou audição, conquanto o seu contorno lesivo é claramente hipotético e ancorado numa iminente vacuidade, - parágrafo 10,



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

Recurso Penal

- ou ainda quando julgou, que o carácter mais ou menos suspeito do endereço em causa ou das mensagens que compunham o e-mail não é, nem pode ser fundamento bastante para concluir pela ilicitude dos documentos em causa, - parágrafo 11,

- mais ainda quando afastou qualquer eventual efeito à distância por considerar que a dinâmica da pesquisa para apreensão teve fonte independente - parágrafo 12,

- devendo concluir-se como o TCRS o fez que, por referência à factualidade assente, que a execução do mandado não extravasou o seu âmbito, que a apreensão de todos os ficheiros foi lícita, mesmo as do que vieram a ser desentranhados – parágrafo 13 da sentença.

- a matéria das conclusões B) e C) vistas no seu conjunto conformam impugnação da matéria de facto provada da douta sentença recorrida, - o Tribunal deu por provados certos factos e no entender da Recorrente devia ter dado por provados também outros -pelo que sendo o recurso apenas e direito, deverão ser desconsideradas.

- tendo o douto TCRS fundamentado amplamente a sentença a solução jurídica por que optou, mostrando-se consentânea com as regras da experiência e os princípios de interpretação do direito das contraordenações, afigura-se que o decidido se encontra a coberto da livre convicção do julgador devidamente objetivada e motivada no texto decisório.

- as conclusões da Recorrente D) a X) deverão ser desconsideradas ou julgadas manifestamente improcedentes,

. uma vez que conformam um meio impróprio – o recurso de sentença visa a sentença e não a decisão administrativa, não podendo ser visto como um segundo recurso da decisão administrativa,

.traduzem impugnação de matéria de facto proibida quando a Recorrente refere que a AdC não produziu prova sobre a fonte independente,

. não assacam, nem demonstram qualquer erro de julgamento da douta sentença, não contrariando de forma fundada os argumentos da douta sentença recorrida vertidos nos parágrafos supra indicados.

- o douto Tribunal após ter conferido toda a documentação dos autos de recurso, ter explicado de forma clara e compreensível a sua livre convicção, veio a decidir pela conformidade da execução dos mandados com o despacho que os ordenou,



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

Recurso Penal

- o TCRS não fez a interpretação normativa dos artigos 18.º e 20.º do NRJC que a Recorrente diz ser inconstitucional, nem aplicou as normas com esse sentido.

- a douda sentença recorrida não enferma de qualquer vício, ou nulidade, erro de interpretação, de julgamento ou de direito,

- o recurso da visada nada de novo ou concreto traz, nem sequer contraria a douda sentença recorrida, apenas apresentando meras opiniões.

Concluiu, entendendo que o recurso da Recorrente UNILEVER FIMA, LDA deverá ser julgado manifestamente improcedente e manter-se na íntegra a douda sentença recorrida.

**

Também a Autoridade da Concorrência respondeu ao recurso, apresentando, por seu turno, as seguintes

Conclusões

OBJETO DO RECURSO

A. O recurso a que se responde vem interposto da Sentença do TCRS, de 21.12.2021, que não deu provimento ao recurso interposto pela Recorrente e manteve a deliberação da Autoridade da Concorrência.

DA FACTUALIDADE CONSIDERADA PELA SENTENÇA RECORRIDA

B. Conforme esclarecido pelo Tribunal a quo, que acompanhamos na íntegra, “[o] fundamento e motivação da matéria de facto (...)redunda de mera prova documental, de teor não controvertido, conquanto representa em si mesma o fundamento processual do recurso, imediatamente intuído pela consulta dos autos, nomeadamente documento junto pela Autoridade da Concorrência, respeitante ao termo de extração de certidão, e documentos juntos pela Recorrente com a impugnação”, tendo concluído que “nada mais se considerou por não oferecer relevo, por ser de teor conclusivo ou por configurar juízos de Direito”.

C. No que respeita, em concreto, ao ponto (vi) – “Para o efeito, foi utilizada a expressão “dia 15”,que surgia repetidas vezes nas gravações,cruzada com outras palavras como “reunião” ou com os nomes ou iniciais de insígnias do retalho alimentar, a saber: “JM”,



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

Recurso Penal

“Pingo Doce”, “PD”, “Leclerc”, “ITM”, “ECI”, “Sonae” –, a Recorrente deve indicá-lo certamente por lapso, uma vez que encontra-se incluído no enquadramento fático elencado pelo Tribunal a quo, em concreto no parágrafo 3, alínea i).

D. Quanto aos demais pontos elencados pela Recorrente Unilever, verifica-se que, em alguns casos, estamos perante matéria que não foi objeto de qualquer produção de prova e, nesse sentido, não pode, naturalmente, ser incluído no enquadramento fático, e, em outros casos, as alegações revelam-se absolutamente inúteis, despiciendas e desnecessárias para o conhecimento dos fundamentos do recurso, tratando-se de matéria factual remotamente acessória do objeto processual e/ou alegada de uma perspetiva conclusiva e argumentativa, sem relevância, interesse ou aproveitamento.

E. Improcede, portanto, e em toda a linha, a alegação da Recorrente Unilever.

DA ALEGADA NULIDADE DA PROVA OBTIDA POR RECURSO A GRAVAÇÕES ILÍCITAS

F. No decurso das diligências de busca e apreensão realizadas nas instalações da Recorrente Unilever, foram encontrados pelos funcionários da AdC um conjunto de três e-mails, cada um com um ficheiro áudio em anexo, ficheiros esses apreendidos pela AdC.

G. Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, a AdC pode, no exercício dos seus poderes sancionatórios e através dos seus funcionários “proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas e de associações de empresas, à busca, exame, recolha, e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”, dependendo estas diligências de decisão da autoridade judiciária competente, in casu o Ministério Público (cf. artigo 21.º da Lei da Concorrência).

H. A AdC tem o poder de, dentro dos limites da lei e do mandado, conduzir o exame e análise da informação do modo que considerar mais relevante e adequado face aos objetivos de investigação em causa.

I. A mera alegação da Recorrente de que os ficheiros áudio teriam sido gravados sem autorização dos intervenientes, não foi (e não poderia ser) considerada suficiente para a AdC concluir que as mesmas eram ilícitas.



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

Recurso Penal

J. Não era possível afirmar, sem qualquer margem de dúvidas, a ilicitude daquelas gravações, sem que antes as mesmas fossem consultadas e ouvidas, nem sem antes confirmar junto dos seus intervenientes o seu consentimento (ou falta de consentimento) para a gravação. Aliás, subsiste até à data de hoje dúvida sobre a pretensa proveniência ilícita daquelas gravações, a qual nunca foi, na realidade, demonstrada pela Recorrente.

K. Seria sempre necessário à AdC apreender o ficheiro para sua posterior análise.

L. No mesmo sentido, o carácter mais ou menos suspeito do endereço em causa ou das mensagens que compunham o e-mail não é, nem pode ser, fundamento bastante para concluir pela ilicitude dos documentos em causa.

M. Não poderia a AdC ficar impedida de proceder à apreensão desses ficheiros com base nesse argumento, pois estaria encontrado um método que condicionaria, de forma artificial, a capacidade da AdC na condução de diligências de apreensão.

N. Saliente-se a incorreção do alegado pela Recorrente de que a AdC “nunca negou” o carácter ilícito das gravações, já que a AdC apenas aceitou como possível a argumentação apresentada pela Recorrente Unilever, ainda que, veja-se, esta não tenha apresentado qualquer prova do carácter efetivamente ilícito das gravações por inexistência de autorização para a realização das mesmas, circunstância que se mantém até à presente data.

O. O facto de se procurar que as diligências ocorram da forma mais célere e menos impactante possível nas atividades da empresa alvo, obriga a que os critérios de pesquisa usados na diligência possam ir sendo afinados posteriormente numa triagem mais criteriosa da prova encontrada, conforme salientado pelo Tribunal a quo, que realça o “contexto dinâmico, em que os critérios de pesquisa vão sendo legitimamente trabalhados e afinados no sentido de conferir uma mais apurada precisão e recolha de informação”, o que poderá implicar que, numa fase posterior, se possa chegar à conclusão, relativamente a alguns dos documentos apreendidos, que estes possam não ser relevantes para o âmbito da investigação em curso.

P. No que respeita à convocação pela Recorrente do “efeito à distância”, a jurisprudência e a doutrina vêm declarando que o denominado “efeito à distância”, aflorado



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

Recurso Penal

no artigo 122.º do CPP, não ocorre nos casos em que a indissolubilidade entre as provas é de repudiar, por não verificação da "árvore venenosa".

Q. Como determina o Tribunal Constitucional, em acórdão n.º 198/04, de 24.03.2004, "a doutrina (...) dos «frutos da árvore venenosa» nunca teve (...) o sentido que o recorrente parece querer atribuir-lhe de um «efeito dominó» que arrasta todas as provas que, em qualquer circunstância, apareçam em momento posterior à prova proibida e com ela possam, de alguma forma, ser relacionadas".

R. No mesmo sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, nomeadamente, no Acórdão de 12.03.2009, no âmbito do processo n.º 09P0395; e o TCRS, nomeadamente, por Sentença de 07.06.2018, no âmbito do processo 71/18.3YUSTR.

S. Todas as pesquisas realizadas pela AdC no âmbito das diligências de busca e apreensão estavam em consonância com os mandados emitidos para o efeito (independentemente de os resultados terem sido temporalmente obtidos antes ou depois da audição das gravações) e, além disso, todas as pesquisas foram realizadas com base em palavras-chave que se referiam, em concreto (i) às empresas objeto de investigação, (ii) ao período temporal em que se suspeitava que a infração poderia ter ocorrido (2007 a 2016), e (iii) à investigação de uma prática de alinhamento de preços de venda ao público dos produtos fornecidos pela Unilever, ou seja, utilizando termos de pesquisa adaptados ao caso concreto e no âmbito dos respetivos mandados.

T. O facto é que a informação relacionada com a utilização de palavras-chave relativas às empresas objeto da investigação, a reuniões ocorridas entre elas, ao tema de preços e a determinadas datas surgiria (e surgiu) de forma natural (e independentemente da audição de quaisquer ficheiros áudio) no decurso da investigação, pois constituem o cerne da mesma, sem ligação específica necessária ao teor e conteúdo das gravações em causa.

U. A afinação dos termos de pesquisa utilizados ao longo das diligências não é sinónimo de uma reorientação da pesquisa com base na informação que vá chegando aos funcionários da AdC, isto até porque a verdadeira análise dos documentos encontrados e da sua maior ou menor relevância é feita apenas após a apreensão dos mesmos.



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

Recurso Penal

V. *Reitere-se que nenhum termo utilizado na pesquisa extravasa o objeto dos mandados, tendo a descoberta destes documentos surgido de forma casual.*

W. *Entre a investigação e pesquisa a coberto dos mandados e as infrações encontradas decorrentes dessa investigação existe uma continuidade da unidade de sentido histórico-processual, uma vez que estamos perante o mesmo pedaço de vida histórico.*

X. *Não se deverá atender ao requerido pela Recorrente Unilever, para que a AdC preste informações quanto às palavras-chave utilizadas que permitiram a sua identificação.*

Y. *Essa informação decorre de metodologias de trabalho desenvolvidas pela AdC e implementadas no decurso das diligências, inexistindo qualquer norma que determine a obrigatoriedade de a AdC revelar a empresas buscadas a forma como as diligências são preparadas e as metodologias implementadas para efeitos de uma mais eficiente execução das diligências.*

Z. *Naturalmente que a revelação desse tipo de informação é suscetível de comprometer futuras diligências que a AdC venha a levar a cabo.*

AA. *Veja-se que as palavras-chave utilizadas nas pesquisas pela AdC em cada diligência são fixadas tendo em conta a investigação em curso, assim como o objeto do mandado de busca e apreensão que legitima a diligência.*

BB. *Ao mesmo tempo, determinadas palavras-chave utilizadas são suscetíveis de serem utilizadas noutras diligências de busca e apreensão.*

CC. *Em face da dinâmica e da possibilidade de ajustamentos que as pesquisas levadas a cabo numa diligência de busca apresentam, em consequência dos concretos resultados que as pesquisas em curso revelam, cada técnico da AdC que executa uma diligência de busca tem total autonomia para corrigir, afinar, melhorar as palavras-chave inicialmente preparadas no âmbito do exame que se encontra a executar, não havendo, naturalmente, um registo de todas as palavras-chave formuladas para efeitos de pesquisa, as quais muitas das vezes se reconduzem a uma sucessão de tentativa-erro.*

DD. *Por fim, importa dar nota de que a diligência de busca e apreensão foi, desde o seu início até ao seu termo, acompanhada por advogados da Recorrente que tiveram a*



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

Recurso Penal

possibilidade de verificar em tempo real todas as pesquisas e análises desenvolvidas pelos técnicos da AdC que executaram a diligência em causa.

EE. Toda a atuação da AdC pôde ser escrutinada a todo o momento pela Recorrente na pessoa dos seus mandatários.

FF. Em decorrência, não só não pode ser imposto à AdC a divulgação de metodologias internas de trabalho e de investigação, como tal já nem seria possível em razão de não haver um registo exaustivo de todas as palavras-chave utilizadas pelos técnicos da AdC no decurso das diligências.

GG. Nestes termos, há que concluir que a audição e apreensão dos ficheiros áudio, assim como a prova apreendida após a audição desses ficheiros não padece de qualquer vício de nulidade, devendo, por isso, improceder as alegações da Recorrente Unilever.

DA ALEGADA NULIDADE DOS ELEMENTOS DE PROVA APREENDIDOS QUE EXTRAVASAM O OBJETO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

HH. Importa, desde já, sublinhar a conclusão do Tribunal a quo de que “segundo os ditames do mandado, resulta com clareza a pretensão de abranger no universo das diligências de busca o máximo de recolha de prova possível”, considerando incluído nos termos do mandado “as interações entre a ULFIMA e as cadeias retalhistas de distribuição alimentar suas clientes, sem qualquer conexão com aspetos relacionados com o PVP praticado por essas cadeias; o envolvimento de outros canais de distribuição dos produtos da ULFIMA, tais como as cadeias grossistas de distribuição alimentar (cash & carry) e o canal HORECA; bem como quando relacionados com outros aspetos da atividade da ULFIMA, não contentes [com] a sua política de preços ou com a política de preços dos seus clientes”.

II. No exercício dos seus poderes sancionatórios, reitera-se, a Lei da Concorrência, no seu artigo 18.º possibilita à AdC realizar buscas e apreensões, solicitando previamente autorização da autoridade judiciária competente que, in casu, é o Ministério Público (cf. artigo 21.º da Lei da Concorrência).

JJ. No âmbito do presente processo contraordenacional, foram emitidos despachos de fundamentação e mandados de busca e apreensão em 02.02.2017, 10.02.2017 e 13.02.2017.

KK. Decorre dos despachos de fundamentação dos mandados que:



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

Recurso Penal

i) *Existia um processo de contraordenação aberto, em que era visada a Unicer Bebidas, S.A. (no âmbito do processo PRC/2016/4);*

ii) *A AdC estava a realizar buscas noutras localizações para apreensão de documentação e outros elementos com relevância probatória;*

iii) *No decurso dessas buscas surgiram indícios de infração envolvendo outras empresas fornecedoras de produtos alimentares e não alimentares e empresas da grande distribuição (hipermercados, supermercados e lojas discount) em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal;*

iv) *Poderia estar em causa a imposição por (outros, para além da Unicer) fornecedores às cadeiras de distribuição alimentar de preços de revenda ao consumidor dos seus produtos;*

v) *Determinados fornecedores e determinadas empresas de distribuição alimentar poderiam ter um acordo para fixar preços de revenda aos consumidores dos produtos do primeiro;*

vi) *Poderiam estar em causa produtos do ramo alimentar e não alimentar;*

vii) *Estas práticas poderiam existir entre, pelo menos, 2007 e 2016;*

viii) *Foram emitidos mandados para várias empresas (aparecendo a Unilever aí devidamente identificada e sendo uma das destinatárias desses mandados).*

LL. *Os elementos constantes dos despachos do Ministério Público revelam que a infração envolve empresas fornecedoras de produtos alimentares e não alimentares, bem como empresas da grande distribuição (hipermercados, supermercados e lojas discount), numa prática de alinhamento de preços de venda ao público, sendo tais elementos, naquela fase processual, manifestamente suficientes, fundamentando a realização das diligências em questão.*

MM. *Os argumentos da Recorrente Unilever não colhem: a AdC deve executar, e executou, a diligência em causa de forma a dar pleno cumprimento ao mandado nos termos da lei, e isso implica examinar e apreender toda a prova materialmente relevante para efeitos da investigação.*

NN. *A AdC está, portanto, habilitada a apreender toda a documentação que constitua prova da infração previamente identificada na fundamentação do mandado.*



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

Recurso Penal

OO. Neste sentido, resulta claro que os elementos de prova integram o objeto balizado no mandado, improcedendo o alegado pela Recorrente Unilever de que o Tribunal a quo confere à AdC uma «carte blanche», sem quaisquer balizas ou limites.

PP. Os mandados apresentam um objeto claro, definido e balizado e a atuação da AdC respeitou integralmente os seus limites e a sua determinação, pelo que é imperativo concluir que não foi apreendido qualquer documento fora do objeto do mandado, entendimento plenamente validado pelo TCRS nos parágrafos 7 a 9 da sentença recorrida, que nenhum reparo merece.

QQ. Relativamente aos 253 documentos desentranhados, tal facto não se refere, de modo algum, à possibilidade de estes estarem ou não dentro do objeto do mandado, sendo evidente que efetivamente se encontram dentro do seu objeto, apenas tendo, única e exclusivamente, ocorrido em face de a AdC ter concluído que os mesmos “não constituem meio de prova com relevância para os presentes autos” (cf. auto de desentranhamento da AdC de 02.03.2021).

RR. Todas as palavras-chave utilizadas nas pesquisas realizadas pela AdC no âmbito das diligências relacionam-se com a possível infração de alinhamento de preços de venda ao público dos produtos fornecidos pela Unilever a cadeias de distribuição alimentar, hipermercados, supermercados e lojas discount; ou com a possível infração consubstanciada num acordo entre empresas de grande distribuição e entre estes e o respetivo fornecedor para fixação de preços de venda ao público.

SS. Existe uma conexão evidente entre o que foi encontrado fortuitamente e a infração que estava a ser objeto de investigação e pesquisa, pelo que se deve concluir pela total procedência e legalidade da prova apreendida pela AdC.

TT. Não se vislumbra qualquer nulidade da prova obtida ao abrigo dos mandados de 02.02.2017, 10.02.2017 e 13.03.2017, nem qualquer inconstitucionalidade.

Concluiu, pedindo que seja o recurso interposto julgado totalmente improcedente, mantendo-se, na íntegra, a Sentença recorrida.



Processo: 144/21.5YUSTR-A.L1
Referência: 18248803

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

Recurso Penal

Neste Tribunal da Relação, o Exmo. Senhor Procurador Geral Adjunto, após o seu visto, nada acrescentando à posição assumida pelo Magistrado do Ministério Público de 1ª instância, mantendo-a integralmente.

*

Foram colhidos os vistos.

II. Fundamentação de Facto.

Com interesse para a boa decisão da causa, **foram considerados provados pelo tribunal de 1ª instância, os seguintes factos:**

a) no âmbito do PRC 2016/4, UNILEVER FIMA, LDA foi alvo de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela Autoridade da Concorrência, entre os dias 15.03.2017 e 28.03.2017, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público datados de 02.02.2017, de 10.02.2017 e de 13.03.2017, cujos conteúdos se consideram reproduzidos;

b) após a realização destas buscas, foi extraída certidão para instruir o processo de contraordenação com a referência interna PRC/2017/11;

c) no momento acima referido, a Recorrente fez constar do auto de apreensão, datado de 28.03.2017, um requerimento de arguição de nulidades e irregularidades relacionadas com as diligências levadas a cabo, nomeadamente, a nulidade da apreensão de três documentos de correio eletrónico que continham, em anexo, ficheiros áudio, assim como de documentos apreendidos em alegado resultado da audição desses mesmos ficheiros áudio;

d) adiante, a 11.04.2017, apresentou um novo requerimento junto da Autoridade da Concorrência, em complemento ao primeiro requerimento apresentado, no qual reiterou a nulidade da prova por via do “efeito à distância”;



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

Recurso Penal

e) no dia 2 de março de 2021, a Autoridade da Concorrência notificou a UNILEVER FIMA, LDA da sua decisão de desentranhamento de 741 (setecentos e quarenta e um) dos documentos apreendidos por entender que os mesmos não constituem meios de prova com relevância para os autos, entre os quais se encontravam os três ficheiros áudio;

f) concomitantemente, a Recorrente apresenta, a 12.04.2021, requerimento onde, além de reiterar as nulidades já invocadas nos requerimentos de 28.03.2017 e 11.04.2017, requer ainda à Autoridade da Concorrência a clarificação do motivo para decidir pelo desentranhamento dos ficheiros áudio;

g) por Ofício datado de 10.05.2021, a Autoridade da Concorrência responde aos três requerimentos supra referidos e remetidos pela Recorrente, decidindo pela improcedência das nulidades requeridas;

h) durante as diligências de busca, a Autoridade da Concorrência encontrou três emails datados de 7 de julho de 2016, cada um deles contendo um ficheiro com gravações áudio em anexo, num total de três ficheiros áudio, designados “unl1.mp3”, “unl2.mp3” e “unl3.mp3”, os quais foram enviados por um remetente, com o seguinte endereço: [REDACTED]@gmail.com e continham diversos comentários, tais como: “Be careful with what is happening under your eyes” [“Tenha cuidado com o que está a acontecer debaixo dos seus olhos”], “Listen carefully” [“Ouça com atenção”], e “Tip of the iceberg” [“A ponta do iceberg”];

i) a Autoridade da Concorrência utilizou várias expressões com vista à localização da informação, entre as quais a expressão: “dia 15”, cruzada com outras palavras como “reunião” ou com os nomes ou iniciais de insígnias do retalho alimentar, a saber: “JM”, “Pingo Doce”, “PD”, “Leclerc”, “ITM”, “ECI”, “Sonae”.

III. Questões a decidir.



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

Recurso Penal

Atentas as conclusões formuladas pela Recorrente nos dois recursos em apreciação, condensando as razões da sua divergência com as decisões recorridas, as quais delimitam o recurso e definem as questões a decidir (cf. artigos 402º, 403º e 412º, n.º 1 do Código de Processo Penal), excetuando as que sejam de conhecimento oficioso, importa apreciar e decidir neste caso:

1ª Questão- admissibilidade de produção de prova testemunhal;

2ª Questão- nulidades da diligência de busca e apreensão levada a cabo pela AdC:

- a) nulidade de apreensão dos três correios electrónicos contendo os ficheiros audio e, nulidade dos elementos de prova obtidos em resultado da audição dessas gravações pelos Instrutores da AdC- nulidade por “efeito à distância”;
- b) nulidade dos elementos de prova apreendidos fora do objecto do mandado de busca e apreensão.

Apesar de suscitada na *Conclusão C* do recurso principal a omissão pelo tribunal a quo de uma série de factos alegados pela Recorrente, não haverá reapreciação dessa matéria de facto porquanto este Tribunal conhece apenas de matéria de direito (art. 75º do RGCO ex vi do art. 83º, 85º e 89º do RJC).

*

IV. Fundamentação Jurídica.

1ª Questão- Admissibilidade de produção de prova testemunhal.

A Recorrente sustenta, nas Conclusões de Recurso que recai sobre o despacho recorrido proferido a 18/10/2021- que indeferiu a produção de prova testemunhal e por depoimento de parte por si requerida -que o tribunal a quo violou o direito da Recorrente à defesa e ao contraditório ao recusar a produção de prova sobre factos essenciais à decisão sobre o mérito da causa e que se encontram controvertidos.



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

Recurso Penal

A esse respeito, quanto à ilicitude da prova obtida por recurso à visualização e posterior apreensão pela AdC de três ficheiros de correio electrónico contendo gravações ilícitas, a Recorrente fez alusões, à *inexistência de autorização das gravações contidas em três ficheiros de correio electrónico (Conclusão 2.)*, a *novas e direccionadas pesquisas com utilização de expressões retiradas do conteúdo escutado nas gravações ilícitas, nomeadamente a expressão “dia 15” combinada com outras palavras (Conclusão 3.)* e ao facto de se poder concluir pelo facto de que cinco dias úteis volvidos desde o início da investigação- quando encontrou os emails com as gravações ilícitas- a AdC não tinha ainda encontrado, pela utilização das suas palavras-chave normais, os elementos que veio a identificar no período em redor do dia 15.10.2014, nem tinha quaisquer indícios que a pudessem levar a utilizar nas suas pesquisas as expressões retiradas das gravações, nomeadamente “dia 15” (parágrafos 130 a 131 do Recurso)(Conclusão 4).

Como resulta evidente, enquanto que as menções acima identificadas nas Conclusões 2 e 3 consubstanciam factos, o que a Recorrente fez verter na Conclusão 4 não passa de uma mera conclusão, não sendo matéria de facto, muito menos essencial, para a decisão da causa.

Quanto à nulidade dos elementos de prova apreendidos que extravasam o objecto do mandado de busca e apreensão, a Recorrente considera que *constituem factos essenciais à decisão da causa apurar se a AdC buscou e apreendeu emails relativos a(i) interações entre a Recorrente e as cadeias retalhistas de distribuição alimentar suas clientes, sem qualquer conexão com aspetos relacionados com o PVP praticado por essas cadeias; e/ou (ii) outros canais de distribuição dos produtos da Recorrente, tais como as cadeias grossistas de distribuição alimentar (cash&carry) e o canal HORECA; e/ou (iii) outros aspetos da atividade da Recorrente, não relacionados com a sua política de preços ou com a política de preços dos seus clientes.*

E para tais factos releva apurar se os emails em questão se referiam a canais ou atividades que não as cobertas pelo mandado, o que pode ser apurado por recurso a testemunhas que conheçam os sectores em causa.(Conclusões 6 e 7).



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

Recurso Penal

O tribunal a quo rejeitou a produção de prova testemunhal e por declarações de parte com base, essencialmente, em duas ordens de razões:

1. porque se está perante um recurso anulatório, *stricto sensu*, que visa apenas a apreciação do concreto ato sancionatório impugnado e por razões sistemáticas reflectidas na diferente redação dos arts. 85º e 87º do RJC julga não haver lugar à realização de julgamento e produção de prova;
2. porque, quer a arguida nulidade de obtenção de prova, quer a resultante do denominado efeito à distância, quer o objecto do mandado emitido pelo Ministério Público, tudo redundam em apreciação de direito, sem qualquer relevo de matéria de facto carecida de produção de prova testemunhal, conquanto ou está provada documentalmente, decorrente da própria tramitação processual, ou não se encontra controvertida, porque reconhecida enquanto pressuposto lógico da própria decisão da Autoridade da Concorrência objecto de recurso.

Acontece que, a apreciação deste segmento decisório (objecto de recurso intercalar) está intimamente relacionado com a apreciação da decisão recorrida, no âmbito da qual, o tribunal a quo julgou improcedente o recurso, concluindo pela conformidade da execução do mandado com o despacho que o determina e, pela licitude da apreensão dos ficheiros compostos de gravações posteriormente desentranhadas dos autos e pela não verificação de nulidade das apreensões subsequentes por via do denominado “efeito à distância”.

Não permitir à parte fazer prova da ilicitude da apreensão dos emails que continham gravações de reuniões alegadamente não autorizadas pelos intervenientes e da apreensão ilícita de emails não cobertos pelo mandado e, depois conhecer dessa matéria, concluindo pela não verificação das nulidades poderia, em tese, configurar uma decisão sem possibilitar à Recorrente a prova dos fundamentos por si alegados para a cabal decisão do objecto do recurso.



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Não obstante, a questão coloca-se a montante, porquanto, afigura-se-nos que o tribunal não pode, na fase administrativa, conhecer das questões concretamente colocadas neste recurso pela Recorrente, respeitantes à arguição de nulidades de meios de prova obtidos pela AdC no âmbito dos poderes investigatórios conferidos pela lei e a coberto de mandado emitido pela Autoridade judiciária com competência para o efeito, como melhor será exposto a seguir.

Efectivamente, em face dos fundamentos deste recurso interlocutório, embora a Recorrente recorra de uma decisão da AdC que indefere os seus requerimentos de arguição de vícios e nulidades ocorridas no âmbito da diligência de busca e apreensão, o que de facto pretende a Recorrente, o efeito útil que pretende alcançar com o presente recurso interlocutório, de forma quanto a nós prematura, é invalidar logo nesta fase investigatória uma série de elementos de prova recolhidos pela AdC nessa diligência e não sindicar a forma de execução da diligência, sua validade e legalidade, únicos fundamentos que nesta fase poderiam ser apreciados judicialmente em sede de recurso interlocutório.

Como veremos, em face da posição de princípio acima assumida, a apreciação judicial dos fundamentos de recurso admissível nesta fase administrativa, apenas exigirá apreciação de argumentos de direito, por contraponto aos elementos documentais constantes dos autos respeitantes ao desenrolar da execução da diligência de busca e apreensão questionada no recurso, sendo perfeitamente despicienda a produção de qualquer outro tipo de prova, designadamente testemunhal, a qual, sempre poderá vir a ser produzida na fase judicial, se e quando a Recorrente impugnar judicialmente a decisão administrativa final que porventura venha a verter factos e a remeter para meios de prova que a Visada considere terem sido obtidos de forma ilícita e consubstanciem prova nula (se e quando vierem a ser utilizados pela AdC, porquanto até lá são só elementos recolhidos em sede de investigação e nada mais).



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

Recurso Penal

Esta posição parece-nos que vai de encontro à opção legislativa de não contemplar, em sede de recurso de decisões interlocutórias da AdC, a possibilidade de realização de audiência de julgamento com produção de prova testemunhal, diferente do que acontece em sede de recurso da decisão final condenatória proferida pela AdC, como se extrai do confronto entre a tramitação prevista no art. 85º do RJC e a tramitação prevista no art. 87º n.º 5 e 8 do RJC.¹

Salienta-se que, existindo tramitação consagrada especificamente para o recurso de decisões interlocutórias da AdC relativa a ilícitos contraordenacionais previstos na Lei da Concorrência - no art. 85º do RJC- não é aplicável o RGCO e, muito menos o art. 64º do RGCO (relativo ao recurso da decisão final).

Diga-se ainda que, esta posição não viola o direito de defesa e de contraditório da Recorrente, como a mesma sustenta, porquanto, quer ela, quer a AdC, tiveram direito a apresentar os seus argumentos de defesa por escrito, a pronunciarem-se sobre a documentação junta aos autos e, no caso sub judice tiveram ainda a possibilidade de alegar oralmente (não estando essa faculdade sequer prevista nesta fase), versando as questões objecto deste recurso matéria essencialmente de direito e, sendo os factos provados elencados pelo tribunal (contra os quais nenhuma das partes se insurgiu) bastantes para a decisão.

Deste modo, concorda-se com o entendimento perfilhado pelo tribunal a quo, secundando-se as razões aduzidas para a improcedência deste segmento decisório, mantendo-se o despacho recorrido quanto ao indeferimento da prova testemunhal.

2ª Questão- Nulidades da diligência de busca e apreensão pela AdC.

Como acima elencamos, os fundamentos de recurso invocados pela Recorrente reconduzem-se à arguição das seguintes nulidades:

¹ Neste sentido Comentário Coninbricense da Lei da Concorrência. 2ª edição. anotação ao art. 85º



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

Recurso Penal

a) nulidade de apreensão dos três correios electrónicos contendo os ficheiros audio e, nulidade dos elementos de prova obtidos em resultado da audição dessas gravações pelos Instrutores da AdC- nulidade por “efeito à distância”;

b) nulidade dos elementos de prova apreendidos fora do objecto do mandado de busca e apreensão.

Constitui uma das incumbências prioritárias do Estado, no âmbito económico e social, de acordo com o disposto no art. 81º al. f) da CRP, “*Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.*”

Para assegurar o cumprimento da defesa dos referidos interesses protegidos constitucionalmente, foi criada e instalada a Autoridade da Concorrência, que, de acordo com os arts 1º e 5º dos respectivos Estatutos (DL nº 125/2014 de 18/8), tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores.

A Autoridade da Concorrência (doravante AdC) rege-se pelo Regime Jurídico da Concorrência (Lei nº 19/2012 de 8/5, com as alterações introduzidas pela Lei nº 23/2018 de 5/6).

Segundo o art. 5º do referido diploma legal, o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos.

No âmbito do exercício dos seus poderes sancionatórios, cumpre à Autoridade identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e europeia, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos,



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

Recurso Penal

aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei (art. 6º nº 2 al. a) dos Estatutos).

Deste modo, no exercício de poderes sancionatórios, a AdC, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente proceder à busca, exame, recolha e apreensão de extractos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova, nos termos previstos no art. 18.º nº 1 al. c) do RJC, dependendo essas diligências de decisão da autoridade judiciária competente (nº 2)- neste caso o MP por força do disposto no art. 21º-, solicitada previamente pela AdC, em requerimento fundamentado, como aconteceu no caso sub judice.

Nesta fase administrativa, o modo de realização dessas diligências, o prévio requerimento fundamentado apresentado ao MP, a obtenção do mandado, o modo de execução desses poderes de investigação- que envolvem poderes de realizar buscas e apreender-, a ocorrer nos termos do referido preceito legal, pode ser sindicado através da arguição de irregularidades ou nulidades pelo Visado junto da AdC e, depois de proferida decisão administrativa que delas conheça, pode ser interposto recurso dessa decisão interlocutória para o TCRS ou suscitada a nulidade em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final.

Como decorre da documentação junta aos autos e dada como provada, a AdC munuiu-se de mandados emitidos pelo MP que permitiam a realização de buscas e apreensões de documentação, qualquer que fosse o suporte, nas instalações da aqui Recorrente, tendo procedido à execução dessas diligências no uso de poderes que a lei lhe concede, da forma legalmente prevista, não tendo sido posta em causa a legalidade da actuação da AdC na execução dos mandados, nem a validade dos mesmos, mandados esses que foram dados a conhecer à Visada para que esta se assegurasse do objecto da busca levada a cabo pela AdC.

Nos mandados de busca, da competência da autoridade judiciária competente- neste caso do MP- é feita referência à diligência, ao âmbito e extensão



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

Recurso Penal

das buscas e apreensões autorizadas, ao local onde podem ser realizadas, e à identificação da empresa que a elas vai ser sujeita, estando a eles associado o despacho que os fundamenta, onde o MP consigna os fundamentos que justificam a diligência em função dos indícios objecto da investigação em curso pela AdC.

Ora, se assim é, todas as questões atinentes ao âmbito do mandado de busca e apreensão emitido e devidamente fundamentado pelo MP, são do conhecimento exclusivo da autoridade judiciária que os emitiu- do MP-, pois que só ele está em condições de apreciar se algum dos elementos de prova que foram recolhidos na execução do mandado, estão fora do seu âmbito de cobertura, conhecedor que foi dos fundamentos apresentados pela AdC para a emissão do mandado e dos fundamentos que exarou em despacho prévio à emissão desses mesmos mandados, não cabendo a este Tribunal aferir dessa conformidade ou não, devendo tal questão ser suscitada junto do DIAP ou, então na fase judicial, arguindo as nulidades da prova obtida sem a necessária cobertura de mandado.

Cabe ao MP a competência para aferir se havia ou não concretização suficiente do objecto da busca e/ou dos elementos a apreender no despacho que fundamentou a emissão dos mandados, se estava devidamente identificada a documentação a apreender e, consequentemente se foram apreendidos emails que nada tinham a ver com o objecto da busca, sendo inválida a prova assim obtida.

Se só o MP tem competência para emitir o mandado de busca, só ele pode definir em termos concretos o que pode ou não ser objecto de busca e, depois de executada a diligência, suscitando-se questões relativas ao âmbito do objecto do mandado emitido, tem a competência para afirmar se o que foi efectivamente buscado está contido no despacho da sua lavra, sob pena de o tribunal se imiscuir em questões cuja competência não lhe está atribuída.

Entendendo a Recorrente que o âmbito do mandado não estava prévia e suficientemente definido pelo MP- questão cujo conhecimento é da competência



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

Recurso Penal

exclusiva do MP-então também não estará em condições, nesta fase, de alegar e provar quais os elementos recolhidos que extravasam o âmbito daquele mandado.

Só depois do MP proferir decisão sobre a alegada falta de definição do mandado, alegada pela Recorrente, estará também o MP habilitado a decidir se há elementos apreendidos que extravasam o objecto desse mesmo mandado.

O que é objecto deste recurso não é a nulidade da execução do mandado, porquanto objecto deste recurso é o pedido de nulidade dos elementos apreendidos pela AdC por alegadamente estarem fora do âmbito do objecto do mandado, consubstanciando questões distintas, só cabendo na competência deste tribunal o conhecimento das questões que se coloquem quanto à forma como foi executado o mandado, que não é o caso dos autos.

Deste modo, secunda-se o entendimento já anteriormente perfilhado por esta Secção PICRS, designadamente nos Acórdãos proferidos nos Proc. N^o 18/19.0YUSTR-D.L1 e 71/18.3YUSTR-J.L1 de que não é possível recorrer, na fase administrativa, do âmbito, dimensão e escopo do mandado, razão pela qual se conclui que o tribunal a quo sobre a questão da nulidade dos elementos de prova apreendidos que alegadamente extravasam o objecto do mandado de busca e apreensão não devia ter formulado juízo decisório, até porque, segundo consta dos autos, a aqui Recorrente terá arguido, e bem, aquele tipo de desconformidades no DIAP, autoridade judiciária competente para sobre elas proferir decisão.

Sem prejuízo, a eventual nulidade de elementos de prova por extravasarem o objecto do mandado poderá ser arguida em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final a proferir pela AdC, caso tal se venha a justificar (se forem aí utilizados).

No que diz respeito às nulidades aqui arguidas pela Recorrente atinentes à ilicitude da apreensão de três correios electrónicos contendo ficheiros audio de conversações não autorizadas e, subsequente, nulidade dos elementos de prova



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

Recurso Penal

obtidos em resultado da audição dessas gravações pelos Instrutores da AdC- nulidade por “efeito à distância” resulta ainda mais evidente que, na fase administrativa, competirá à AdC analisar se o que logrou obter na busca é ou não válido, se pode ou não ser aproveitado para a investigação e futura imputação de ilícitos em matéria da Concorrência, fazendo uma triagem, após a busca e apreensão, ponderando a legalidade ou nulidade dos meios de prova documentais que obteve, sendo manifestamente prematuro que o Tribunal se pronuncie sobre a nulidade de meios de prova que nesta fase administrativa nada mais são que elementos de investigação, que só virão porventura a consubstanciar meios de prova se e quando for proferida a decisão final condenatória pela AdC que a eles recorra ou a eles faça expressa menção.

Muitos dos emails apreendidos já foram até restituídos pela AdC, entre eles os três emails contendo as ditas gravações não autorizadas, desconhecendo-se o destino que vai ser dado aos demais.

Rigorosamente só na fase judicial é que a empresa Visada pelas buscas e apreensões está em condições de alegar e provar que os factos que venham a ser vertidos na decisão final foram recolhidos com recurso a prova nula, tendo nessa fase judicial direito a que seja designada audiência de julgamento, para audição das testemunhas com conhecimentos relevantes para a decisão das nulidades dos meios de prova apresentados pela AdC.

Não se deve conhecer de eventuais vícios de proibição de prova- prova nula- num momento processual anterior à utilização dessa mesma prova.

Se, porventura, não for proferida decisão final condenatória, ou ainda que venha a ser proferida, aqueles emails apreendidos que padeçam de alegada nulidade não forem utilizados como meios de prova, esta decisão judicial proferida em sede de recurso de decisão administrativa interlocutória é inoperante, sendo admissível essa discussão ampla no recurso de impugnação judicial da decisão final.



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

Recurso Penal

No seguimento dos Acórdãos anteriormente mencionados proferidos por esta Secção PICRS “saber se é admissível este ou aquele elemento de prova é matéria que só poderá ser conhecida na fase judicial do processo, quando a AdC seriar a prova por si apreendida e construir a decisão administrativa.

(...) não compete ao juiz do TCRS, nesta fase processual, pronunciar-se sobre a validade da prova assim obtida. Pode, se disso for caso fazê-lo na fase judicial.

(...) 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 ato de busca) se aquilo que apreendeu poderia ter sido apreendido e se pode ser valorado como prova. Feito esse 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 nula proibida.”²

Como se disse, consta dos autos que a AdC já mandou desentranhar grande parte dos emails que a Recorrente havia indicado como estando fora do objecto do mandado, assim como os três emails que continham os ficheiros audio, por não apresentarem relevância para a investigação em curso.

Em suma, nesta fase administrativa o tribunal apenas tem competência para decidir se o mandado foi bem cumprido, não deve conhecer se foram recolhidos elementos de prova que extravasam o seu âmbito ou se na diligência de busca e apreensão foram obtidos elementos de prova nulos.

Assim sendo, sobre as questões acima identificadas, colocadas pela Recorrente neste recurso, não podia o tribunal a quo, nesta fase administrativa, pronunciar-se, pelo que, tendo-o feito, a decisão recorrida não pode manter-se, devendo ser revogada.

Aquelas questões respeitantes às alegadas nulidades dos meios de prova obtidos nas buscas e apreensões poderão vir a ser discutidas, na fase judicial, caso

² Também Acórdãos proferidos nos Proc. N° 229/18.5YUSTR-L1-3 e Proc. N° 159/19.3YUSTR-A.L1 (não publicados)



Processo: 144/21.5YUSTR-A.L1

Referência: 18248803

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

Recurso Penal

venha a ser admitido recurso de impugnação judicial de decisão administrativa condenatória- fase processual adequada a essa apreciação judicial.

Concluindo, pelas razões acima expostas, improcede o recurso quanto ao segmento decisório respeitante ao indeferimento de inquirição de testemunhas e, procede parcialmente quanto à pretensão de revogação da decisão recorrida, embora com fundamentos distintos, por não poder o tribunal a quo, nesta fase administrativa, conhecer das nulidades arguidas como objecto deste recurso.

VI. DECISÃO

Em face do exposto, deliberam os Juizes deste Tribunal da Relação de Lisboa, em julgar parcialmente procedente o presente recurso, nos seguintes termos:

1. Mantém-se o despacho recorrido de indeferimento da inquirição de testemunhas;
2. Revoga-se a sentença recorrida, por o tribunal não poder conhecer, nesta fase administrativa, das nulidades dos elementos de prova recolhidos na busca e apreensão a que foi sujeita a Recorrente e que constituíam o objecto deste recurso.

Custas pela Recorrente, em proporção a fixar a final.

Notifique.

Lisboa, 23-3-2022

Maria da Luz Teles Meneses de Seabra

Carlos M G de Melo Marinho



Processo: 144/21.5YUSTR-A L1
Referência: 18248803

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

Recurso Penal

Ana Pessoa

(O presente acórdão não segue na sua redação o Novo Acordo Ortográfico)