



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

201300

CONCLUSÃO - 03-05-2018

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Hélder Roseiro)

=CLS=

DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO

I.RELATÓRIO.

1. Por decisão interlocutória de 19 de Fevereiro de 2018, proferida no processo de contra-ordenação PRC2017/3, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) indeferiu o requerimento da visada **Beiersdorf Portuguesa, Lda.** quanto à declaração da invalidade das diligências de busca e de apreensão de correio eletrónico.

2. **Nos presentes autos**, a visada, aqui recorrente, **Beiersdorf Portuguesa, Lda.**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência – AdC**, proferida a 19-02-2018 no PRC2017/13.

3. **Alegou, para o efeito e em síntese, os seguintes fundamentos vertidos nas conclusões do requerimento de recurso:**

A. No que se refere à nulidade da apreensão por indeterminação do Mandado de Busca e Apreensão, a AdC defende que a mesma deveria ter sido arguida perante o Ministério Público, que foi a entidade responsável pela sua emissão;

B. Porém, a Recorrente arguiu a nulidade da apreensão do correio eletrónico, a qual foi efetuada pela AdC e, por conseguinte, essa nulidade tem forçosamente de ser arguida perante aquela autoridade, no momento da apreensão, e não perante o Ministério Público;

C. Por outro lado, o teor do despacho de fundamentação do Mandado de Busca e Apreensão é vago e indeterminado, não concretizando nem delineando suficientemente o objeto da busca realizada, os motivos que a determinaram ou o âmbito temporal da suposta infração;

D. O Mandado de Busca e Apreensão permite, assim, à AdC, arbitrariamente e aparentemente sem qualquer controlo prévio pela autoridade judiciária, a apreensão de quaisquer documentos referentes a qualquer uma das áreas de atividade da Recorrente – ainda que não relacionada com as suspeitas em causa nos autos – referentes a qualquer período que a AdC considere relevante e não permite à Recorrente determinar o alcance do seu dever de colaboração com a AdC;

E. A autorização para a realização de buscas e apreensões pela AdC, prevista no artigo 18.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência, tem de especificar o seu âmbito e propósito e indicar, da forma mais precisa possível, as provas procuradas e os factos da investigação. Devem também ser definidos os sectores dentro dos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

quais a infração foi supostamente cometida (vd. sobre isto, entre outros, o acórdão proferido pelo TJUE no caso *Nexans France SAS e Nexans SA v Comissão Europeia*);

F. O Mandado de Busca e Apreensão não cumpre nenhum destes requisitos, violando, assim, o princípio da proporcionalidade ínsito aos artigos 2.º e 15.º da Constituição da República Portuguesa e autorizando uma intromissão inadmissível na vida interna da Recorrente;

G. No que respeita à nulidade da apreensão resultante da inexistência de qualquer norma legal que habilite a apreensão pela AdC de correio eletrónico, a conclusão que se retira das disposições conjugadas dos artigos 11.º e 17.º da Lei do Cibercrime é a de que a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante apenas pode ocorrer em processo criminal e mediante ordem ou autorização do juiz (quando este considere que os elementos em causa se afiguram ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova), sendo aplicável, por remissão, o regime de apreensão de correspondência previsto no artigo 179.º do Código de Processo Penal;

H. É por estas razões que a Recorrente entende que, in casu, inexiste norma que habilite a AdC a apreender correio eletrónico, uma vez que (i) esta autoridade não atua no âmbito de um procedimento criminal, e (ii) tal apreensão não foi ordenada ou autorizada por um juiz; 2

I. Sucedе que, ao contrário do que é defendido pela AdC, é evidente que o disposto na Lei do Cibercrime prevalece sobre as disposições do Regime Jurídico da Concorrência;

J. As disposições processuais da Lei do Cibercrime constituem uma regulação especial face às normas aplicáveis aos meios de obtenção da prova constantes do Código de Processo Penal. Significa isto que, a menos que o Regime Jurídico da Concorrência contivesse uma regulação especial das matérias abrangidas pela Lei do Cibercrime (o que, no caso, não acontece), a AdC, na sua atividade investigatória, encontra-se vinculada ao disposto nesta lei, da mesma forma que se encontra vinculada ao cumprimento das normas que regulam os meios de obtenção da prova estabelecidas no Código de Processo Penal;

K. É insustentável, por conseguinte, a posição apresentada pela AdC. Esta autoridade não pode arrogar-se a poderes mais invasivos de direitos, liberdades e garantias do que aqueles que dispõem o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal em processo penal;

L. O artigo 18.º, n.º 1, al. c), do Regime Jurídico da Concorrência, ao prever que a AdC pode proceder à busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, encontra-se necessariamente limitado pelo disposto nos artigos 11.º e 17.º da Lei do Cibercrime que estabelece que a apreensão de correio eletrónico apenas pode ter lugar em processo criminal e mediante autorização ou ordem de um juiz;

M. O artigo 17.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime aplica-se a todas a mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicação de natureza semelhante que se encontrem “armazenados [no] sistema informático” (sublinhado nosso) alvo de busca;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

N. Ao mencionar expressamente as mensagens de correio eletrónico armazenadas, a lei pretende abranger também as mensagens de correio eletrónico já abertas. Com efeito, por definição, apenas se armazena aquilo que já se leu ou abriu;

O. Conclui-se, por conseguinte, que a apreensão pela AdC dos 1541 ficheiros de correio eletrónico nas instalações da Recorrente é ilegal por não ter ocorrido no âmbito de um processo criminal e não ter sido autorizada ou ordenada por um juiz. Está em causa uma violação dos preceitos constitucionais destinados a garantir a inviolabilidade da correspondência (cf. artigo 34.º, n.º 1 e n.º 4, da Constituição da República Portuguesa);

P. Por outro lado, tratando-se de prova obtida mediante intromissão na correspondência, sem o consentimento do respetivo titular, encontra-se irremediavelmente ferida de nulidade, não podendo ser utilizada no presente processo, uma vez que se trata de prova proibida, conforme dispõe o artigo 126.º, n.º 3 do CPP.

4. Terminou, requerendo **a revogação da decisão interlocutória da AdC e, em consequência, a declaração de nulidade do acto de apreensão de 1541 ficheiros de correio eletrónico no dia 17 de Maio de 2017.**

3

5. A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos do artigo 85.º, n.º 1 e 2 do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

6. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos do artigo 62.º, nº 1 do R.G.CO.

7. Por ter sido tempestivamente interposto, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, foi proferido despacho a **admitir o presente recurso de medidas de autoridade administrativa** da decisão de 19-02-2018, proferida no PRC n.º 2017/13, interposto por **Beiersdorf Portuguesa, Lda.**, em harmonia com o disposto no art.º 85.º do novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

8. Considerando que o *novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO* (MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, LEI DA CONCORRÊNCIA, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822); considerando que a decisão administrativa em causa não configura acto decisório de que dependa a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do PRC n.º



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

2017/13, tratando-se de decisão que desatendeu as nulidades de despacho da competência do Ministério Público nos termos do art.º 21.º do NRJC; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, **foi proferido despacho a fixar efeito meramente devolutivo ao presente recurso.**

9. Compulsando os termos da motivação do recurso e atendendo ao objecto da decisão administrativa em causa, afigurando-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, **notificou-se a visada/recorrente e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância.**

10. Regularmente notificada, a visada/recorrente não veio opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 20-04-2018, ref.º 32343), tendo procedido ao pagamento da respectiva taxa de justiça.

11. Regularmente notificada, a AdC não veio opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 18-04-2018, ref.º 32302).

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

12. Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada, por admissão expressa da visada/recorrente e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos presentes autos, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contra-ordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à emissão e efectivação do mandado de busca e apreensão:

A. A AdC instaurou processo de contra-ordenação, sob a referência interna PRC2017/03 por práticas restritivas da concorrência, em que é visada a sociedade **Beiersdorf Portuguesa, Lda.**, com o NIF 500043531 e sede na Rua Soeiro Pereira Gomes, 59, 2730-178, Barcarena, Queluz de Baixo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

B. No âmbito do processo de contra-ordenação PRC2017/03, a visada/recorrente **Beiersdorf** alvo de uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC, entre os dias 3 e 17 de Maio de 2017, em cumprimento de mandado¹ emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de 27 de Abril de 2017².

C. A diligência em causa foi cumprida por funcionários da AdC devidamente credenciados para o efeito.

D. Tal diligência iniciou-se com a notificação à visada/recorrente **Beiersdorf**, na pessoa do seu legal representante, do mandado e respectivo despacho de fundamentação do Ministério Público³.

E. A diligência foi acompanhada pelos advogados da visada/recorrente **Beiersdorf**⁴.

F. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de 1541 ficheiros de correio eletrónico (aberto) conforme auto de apreensão de 17 de Maio de 2017⁵.

G. Em 17 de Maio de 2017, no final da referida diligência de busca, exame, recolha e apreensão, a visada/recorrente **Beiersdorf** apresentou um requerimento anexado ao auto de apreensão⁶, onde invoca a invalidade quer da diligência de busca, quer da apreensão de correio eletrónico.

H. A AdC, por decisão de 19 de Fevereiro de 2018⁷, indeferiu o requerimento da visada/recorrente **Beiersdorf**, considerando que este deveria ter sido dirigido ao Ministério Público, órgão que praticou o acto e como autoridade que autorizou a diligência de busca, exame, recolha e apreensão.

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

¹ Cfr. mandado de busca e apreensão de fls. 195.

² Cfr. despacho de fls. 196 a 200, proferido no âmbito do proc. 3983/17.8T9LSB.

³ Cfr. auto de notificação de 3 de Maio de 2017 de fls. 202 e 203.

⁴ Cfr. auto de suspensão de diligência de busca e apreensão de fls. 205 a 207 e autos de continuação de diligência de busca e apreensão de fls. 209 a 254.

⁵ Cfr. auto de apreensão de fls. 256 a 258.

⁶ Cfr. requerimento de fls. 259 a 264.

⁷ Cfr. decisão de fls. 266 a 275.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

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

14. Impõe o presente recurso que se aprecie a seguinte questão: *A decisão da AdC de 19 de Fevereiro de 2018 é legal e conforme aos limites de pronúncia sobre a legalidade, validade ou regularidade da diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC entre os dias 3 e 17 de Maio de 2017 em cumprimento do mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa?*

*

6

15. *Prima facie*, como passada de chamada para a argumentação relevante, cumpre recordar que **o que está em causa com este recurso de medidas de autoridade administrativa ou recurso de medidas interlocutórias é a validade da decisão da AdC de 19 de Fevereiro de 2018** e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial.

16. Ou seja, ao contrário do que defende a AdC nas suas alegações, uma vez que a medida ou despacho interlocutório de que se recorre é a decisão de **19 de Fevereiro de 2018**, e não a própria diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC entre os dias 3 e 17 de Maio de 2017, nunca se estaria perante qualquer incompetência material do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão para conhecer do presente recurso, visto que **a aplicação da norma de competência do art.º 112.º, n.º 2 al. b) da LOSJ, aprovada pela Lei n.º 62/2013, com referência ao art.º 85.º do NRJC, se dirige a um acto decisório procedural da autoridade administrativa, sequente das diligências probatórias, mas que com elas não se confundem**.

17. Neste sentido e sem maiores delongas, desmerecemos qualquer abordagem que incida sobre a violação de foro jurisdicional quando está em causa a decisão da AdC de **19 de**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

Fevereiro de 2018, proferida em conhecimento de requerimento apresentado pela visada em 17 de Maio de 2017.

*

18. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da decisão de **19 de Fevereiro de 2018**, e do indeferimento da pretensão da visada consignada no requerimento de 17 de Maio de 2017, prende-se com o entendimento da AdC quanto à sua própria competência para apreciar da validade, regularidade e legalidade das diligências de busca e apreensão determinadas por autoridade judiciária no âmbito do NRJC e para conhecer dos termos de cumprimento do mandado pela AdC e da nulidade desse mesmo mandado por violação do art.º 126.º, n.º 3 do CPP e do regime processual de prova proibida na dimensão da aquisição probatória ilícita de correspondência sem o consentimento do respectivo titular.

19. Por sua vez, o centro nevrálgico da posição da visada/recorrente neste recurso aquilata-se, de modo preclaro, na sua declarada pretensão em aferir da legalidade do mandado de busca e apreensão, emitido por autoridade judiciária, quanto à apreensão do correio electrónico⁸.

7

20. Ora, este Tribunal, no âmbito de recursos de medidas interlocutórias proferidas em processos de contra-ordenação instaurados por práticas restritivas da concorrência – **cfr. sentença de 25-10-2016, proc. nº 195/16.1YUSTR, transitada em julgado** - já teve oportunidade de exprimir o seu entendimento quanto à sindicância das diligências de obtenção de prova determinadas por autoridade judiciária que não o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

21. Terá cabonde nesta instância a revisitação dessa fundamentação, que entendemos de contributo sistemático para o regime do segredo de negócio e para a compreensão dos limites de actuação da AdC e da legalidade das decisões interlocutórias⁹.

⁸ Como bem nota a AdC: “Ainda que a Recorrente Beiersdorf invoque (a jusante) apenas a nulidade da diligência de busca executada pela AdC, bem como a nulidade da prova apreendida, a verdade é que tais nulidades decorrem (a montante) de uma pretensa nulidade do mandado emitido pelo Ministério Público, a qual é expressamente identificada pela Beiersdorf. Ou seja, esta nulidade primária do mandado passado pelo Ministério Público determina, segundo a Beiersdorf, a invalidade subsequente de toda a diligência de busca, bem como de toda a prova apreendida.”

⁹ Quanto a este encadeamento sistemático remete-se para a cronologia destas pronúncias do TCRS ao longo deste período de litigância interlocutória: **i) Processo nº 1/16.7YUSTR, sentença de 02/2016** (esta sentença foi posteriormente anulada pelo Tribunal da Relação de Lisboa por falta de competência e depois, após apensaçāo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

22. Efectivamente, como temos vindo a assinalar em várias decisões, os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC¹⁰ traduzem-se numa “*das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos*”, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte - LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 209.

ao processo n.º 225/15.4YUSTR-A, foi total e integralmente mantida pela decisão sequente e confirmada pelo mesmo Tribunal da Relação) – julgou procedente o recurso de impugnação da decisão da AdC, na parte em que permite às visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como prova na NI, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta; **ii) Processo n.º 195/16.1YUSTR, sentença de 10/2016** – julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que solicitou a identificação de confidencialidade da totalidade da informação apreendida nas instalações das visadas, a preparação de resumos de informação confidencial e a preparação de versões não confidenciais dos documentos considerados parcialmente confidenciais, na parte relativa à preparação de resumos de informação/documentação confidencial; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o pedido de exclusão de documentos sujeitos a sigilo profissional, bem como dos documentos pessoais sujeitos à reserva da intimidade privada, em particular informação protegida por sigilo bancário sem qualquer relevância para o âmbito do processo, apreendidos durante as diligências de busca e apreensão; **iii) Processo n.º 195/16.1YUSTR-B, sentença de 12/2016** - julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que exige às visadas/destinatárias a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida nas diligências de busca e apreensão; **iv) Processo n.º 291/16.5YUSTR, sentença de 12/2016** – julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu pedido de disponibilização aos mandatários/assessores económicos da visada de cópia dos documentos utilizados na NI; **v) Processo n.º 20/16.3YUSTR, sentença de 03/2017** - julgou improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o pedido de junção aos autos e consulta de elementos desentranhados relativos ao pedido de dispensa; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o requerimento de apensação dos processos; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu pedido da recorrente de exclusão do processo de toda a informação pessoal, informação relativa a clientes, informação relativa a aconselhamento jurídico e a comunicações com advogados e auditores, bem como informações gerais relevantes para o objecto da prova do processo; julga improcedente o recurso de impugnação da decisão da AdC que indeferiu o pedido da recorrente de disponibilização de cópia integral da versão consultável do processo; **vi) Processo n.º 225/15.4YUSTR-B, sentença de 06/2017** – julgou improcedentes os recursos de impugnação de decisão da AdC que procedeu ao levantamento da suspensão do acesso aos documentos em data room, expurgados dos documentos apreendidos à visada/recorrente do Processo n.º 225/15.4YUSTR-A; **vii) Processo n.º 291/16.5YUSTR-A, sentença de 03/2018 (não transitada)** – determinou a anulação de decisão interlocutória da AdC de indeferimento, por extemporaneidade, de pedido de acesso e consulta de documentos com potencial valor exculpatório.

¹⁰ *1 - No exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência, através dos seus órgãos ou funcionários, pode, designadamente: (...) c) Proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou 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; d) Proceder à selagem dos locais das instalações de empresas e de associações de empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, bem como dos respetivos suportes, incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

23. Todavia, por uma opção expressa e inequívoca do legislador, **tais diligências estão sujeitas a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária, integrando a protecção qualificada de espaços domiciliários ou equiparados (dependência fechadas, escritórios de advogados ou consultórios) e de apreensão de documentos - cfr. artigos 19.^º¹¹, 20.^º¹² e 21.^º¹³ do NRJC - em linha com os poderes de investigação criminal.**

24. Por via da tutela e da dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexionadas com a protecção da vida privada, do domicílio, da correspondência ou

¹¹ 1 - Existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.^º ou 11.^º da presente lei ou dos artigos 101.^º ou 102.^º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência. 2 - O requerimento deve mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização. 3 - O juiz de instrução pode ordenar à Autoridade da Concorrência a prestação de informações sobre os elementos que forem necessários para o controlo da proporcionalidade da diligência requerida. 4 - O despacho deve ser proferido no prazo de 48 horas, identificando o objeto e a finalidade da diligência, fixando a data em que esta tem início e indicando a possibilidade de impugnação judicial. 5 - À busca domiciliária aplica-se o disposto na alínea b) do n.^º 4 e nos n.os 5 a 8 do artigo 18.^º, com as necessárias adaptações. 6 - A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz de instrução e efetuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade. 7 - Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, esta é realizada, sob pena de nulidade, na presença do juiz de instrução, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente. 8 - As normas previstas no presente artigo aplicam-se, com as necessárias adaptações, a buscas a realizar noutras locais, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas.

¹² 1 - As apreensões de documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária. 2 - A Autoridade da Concorrência pode efetuar apreensões no decurso de buscas ou quando haja urgência ou perigo na demora. 3 - As apreensões efetuadas pela Autoridade da Concorrência não previamente autorizadas ou ordenadas são sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas. 4 - À apreensão de documentos operada em escritório de advogado ou em consultório médico é correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 7 e 8 do artigo anterior. 5 - Nos casos referidos no número anterior não é permitida, sob pena de nulidade, a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional, ou abrangidos por segredo profissional médico, salvo se eles mesmos constituírem objeto ou elemento da infração. 6 - A apreensão em bancos ou outras instituições de crédito de documentos abrangidos por sigilo bancário é efetuada pelo juiz de instrução, quando tiver fundadas razões para crer que eles estão relacionados com uma infração e se revelam de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao visado. 7 - O juiz de instrução pode examinar qualquer documentação bancária para descoberta dos objetos a apreender nos termos do número anterior. 8 - O exame é feito pessoalmente pelo juiz de instrução, coadjuvado, quando necessário, pelas entidades policiais e por técnicos qualificados da Autoridade da Concorrência, ficando ligados por dever de segredo relativamente a tudo aquilo de que tiverem tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.

¹³ É competente para autorizar as diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.^º 1 do artigo 18.^º e nos artigos 19.^º e 20.^º o Ministério Público ou, quando expressamente previsto, o juiz de instrução, ambos da área da sede da Autoridade da Concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

das telecomunicações, o legislador foi clarividente ao atribuir **competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma às autoridades judiciárias com competência em matéria criminal** para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC.

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

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

27. Como tal, a proposta de enquadramento processual defendida pela visada/recorrente incorre numa grosseira ab-rogação do regime processual, cujas consequências significariam a subversão total do regime de aquisição probatória transversal ao Direito Público Sancionatório.

28. Imagine-se a situação processual em que este Tribunal apreciaria a legalidade de um mandado emitido por Juiz de instrução nos termos do art.º 19.º, n.º 1 do NRJC, concluindo pela nulidade daquele exercício de competência e por utilização de um método proibido de prova.

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

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

31. “*Os regimes especiais prevêem a autorização judicial de busca, mas discute-se qual é o juiz competente. Em regra, o juiz competente é do Tribunal que conheceria da impugnação judicial da decisão administrativa e não do juiz de instrução*” – PAULO PINTO



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

DE ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, página 166, anotação ao artigo 42.º.

32. Todavia, no NRJC o legislador não deixou qualquer margem de dúvida no sentido em que confere às autoridades judiciárias competentes em matéria criminal – Ministério Público e Juiz de Instrução – a competência para o deferimento de diligências de busca e apreensão de documentos.

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

11

34. Seguindo a remissão dos artigos 83.º do NRJC e 41.º do R.G.CO., afigura-se-nos concludente que o regime processual penal de sindicância da validade das medidas de obtenção de prova restritivas de direitos fundamentais, sujeita a reserva de lei e de autoridade judiciária para a respectiva autorização, há-de servir para acolher a pretensão da arguida de sindicância da validade, legalidade e regularidade do mandado de busca e apreensão emitido no âmbito de medida restritiva determinada em processo contra-ordenacional.

35. Este regime processual – previsto nos artigos 119; 120; e 174.º a 186.º do CPP – permite a cominação de vício de nulidade sanável em caso de preterição de formalidades essenciais, mediante a arguição de inexistência, nulidade ou irregularidade do acto respeitante ao *inquérito* perante o Ministério Público, mediante despacho passível de reclamação para o respetivo superior hierárquico – neste sentido e analisando diferente casuísmo inerente à autonomia de actuação do Ministério Público na fase de inquérito e à limitação da intervenção de JIC aos casos expressamente tipificados na lei cfr. Ac. RP, de 26-02-2014, proc. n.º 9585/11.5TDPRT.P1, relator EDUARDA LOBO; Ac. RL de 22-11-2017, proc. n.º 684/14.2T9SXL.L2-3, relator JOÃO LEE FERREIRA¹⁴ e Ac. RP de 02-11-2005,

¹⁴ Sumário: *Durante a realização do inquérito, só o magistrado do Ministério Público tem o poder de apreciar e decidir sobre a pertinência da realização de diligências probatórias e só ao Ministério Público compete*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA¹⁵, Ac. RG de 05-12-2016, proc. 823/12.8PBGMR.G1, relator PAULA ROBERTO¹⁶; Ac. RG de 20-09-2010, proc. n.º 89/09.7GCGMR.G1, relator TERESA BALTAZAR¹⁷, todos disponíveis em dgsi.pt.

36. Este regime de sindicância, em glosa qualificada naqueles arrestos¹⁸, acarreta uma consequência interpretativa *a fortiori ratione*, no sentido em que, se no processo criminal o exercício de competências probatórias restritivas de direitos, liberdade e garantias pelo Ministério Público se encontra salvaguardado por aquele regime de sindicância correspctivo da sua autonomia e domínio do inquérito, **tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão pudesse intervir no controlo dessa actividade além daquilo que o Juiz de Instrução pode nos termos da lei processual penal.**

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

38. Em suma, **com a construção propugnada pela visada/recorrente, o processo contra-ordenacional assumiria uma instância de controlo das medidas probatórias**

12

formular o juízo sobre a existência de fundadas suspeitas de que alguém cometeu um crime e que por isso deve ser constituído como arguido, nos termos do artigo 58º n.º 1 alínea a) do C.P.P.

¹⁵ Sumário: *Na fase de inquérito, fora das situações previstas nos artigos 268º e 269º do CPP98, o Juiz não pode conhecer da arguição de nulidades.*

¹⁶ Sumário: *I) O Ministério Público goza de independência e autonomia que não se compadecem com ordens concretas de um juiz no sentido do suprimento de uma determinada irregularidade por parte daquele. II) Daí que por falta de fundamento legal, não pode o juiz determinar a devolução dos autos ao Ministério Público para sanação de irregularidade concretizada numa notificação ao arguido de uma incorrecta identificação do defensor que lhe foi nomeado.*

¹⁷ Sumário: *No âmbito do inquérito, o M. P. tem competência para decidir sobre os pressupostos processuais, isto é, e a título exemplificativo, sobre a legitimidade e tempestividade da denúncia, prescrição ou ocorrência de factos impeditivos do procedimento criminal como a amnistia, competência em razão da matéria ou do território. E, naturalmente, tem também competência para conhecer de nulidades e irregularidades processuais cometidas no âmbito do inquérito.*

¹⁸ Em sentido divergente, cfr., *inter alia*, a fundamentação do Ac. RG de 05/02/2018, proc. n.º 683/16.0PBGMR.G1, relator ALDA CASIMIRO e que defende que “*o JJC possui competência para verificar a existência de irregularidade em despacho proferido pelo Mº Pº em fase de inquérito, desde que tempestivamente arguida*”, e que “*tal entendimento não viola a autonomia do Ministério Público, pois que a mesma não pode ser confundida com direcção do inquérito, sem qualquer controlo jurisdicional*”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

restritivas e previstas nos artigos 18.º, n.º 2, 19.º, 20.º e 21.º do NRJC que iria além do controlo das medidas restritivas em processo criminal e que nem sequer dispõe de norma expressa habilitante, além de contrariar o regime de subsidiariedade.

39. Ainda assim, entendemos que pode ser aportado um outro argumento, sequente dos precedentes e que visa trazer algum equilíbrio à protecção dos interesses da visada/recorrente no âmbito do processo contra-ordenacional.

40. Se nos é permitido, qualificáramos este anunciado argumento como de **funcionalidade normativa processual do controlo jurisdicional**.

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

13

42. Isto é, a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC não procedeu a qualquer **acto processual tendente à utilização dessa prova** para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude.

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

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

45. No entanto, entendemos que esse conhecimento de plena jurisdição depende, apodicticamente, da efectiva e concreta utilização no processo contra-ordenacional de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular, ressalvados os casos previstos na lei.

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

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

48. Ora, neste PRC2017/03, a AdC limitou-se a requerer a diligência de prova e a executá-la nos termos determinados pelo despacho do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, sem que tenha existido, nos termos aqui propostos, qualquer utilização processual própria, autónoma e funcionalizada que possa integrar o controlo jurisdicional deste Tribunal nos termos do regime e das normas de competência previstas no NRJC.

14

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

50. Os artigos 84.¹⁹ e o art.º 112, n.º 1 al. a) e n.º 2 al. b) da LOSJ conferem respaldo a este entendimento, pois que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão dispõe de competência recursiva exclusivamente para as decisões da AdC, mormente as decisões

¹⁹ 1 - Cabe recurso das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cuja irrecorribilidade não estiver expressamente prevista na presente lei. 2 - Não é admissível recurso de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições. 3 - Das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. 4 - O recurso tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem medidas de caráter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º, cujo efeito é suspensivo. 5 - No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

interlocutórias como é o caso da decisão de 19 de Fevereiro de 2018 e que indeferiu as arguidas nulidades do mandado de busca e apreensão.

51. A determinação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas entre os dias 3 e 17 de Maio de 2017 não corresponde a qualquer decisão da AdC, mas consubstancia, antes, um acto de competência jurisdicional do Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

52. *Ergo*, este Tribunal tem competência para conhecer da medida interlocutória de **19 de Fevereiro de 2018** mas não dispõe de qualquer competência para conhecer da legalidade (*lawfulness*), existência de indícios suficientes ou razoáveis (*reasonable suspicion*), necessidade e justificação material (*substantive justification*) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

53. De modo mais lapidar, “*com esta fixação de competência territorial em Lisboa no que às autoridades judiciárias responsáveis pela prática de actos no decurso da fase administrativa do procedimento contra-ordenacional respeita, e tendo em consideração que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão está sediado em Santarém, a competência para as infracções anti-concorrenciais fica repartida entre Lisboa e Santarém*” – MARIA JOSÉ COSTEIRA/MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, anotação ao artigo 21.º do NRJC, Almedina, pág. 242.

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

55. Todavia, este *desfasamento geográfico*²⁰ da competência jurisdicional é acompanhado da ausência de *qualquer regra reguladora da impugnação das decisões proferidas pelo juiz de instrução* – idem 243, facilmente explicada por não haver, em regra e no Direito Contra-ordenacional, a intervenção de autoridades judiciárias em matéria penal e

²⁰ Expressão feliz utilizada na Lei da Concorrência Anotada, Almedina, pág. 224.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

pela proibição geral de aquisição e produção de meios de prova através da intromissão de correspondência e nos meios de telecomunicação, prevista no art.º 42.º, n.º 1 do R.G.CO.

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

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

58. Seguimos, então, a argumentação da AdC quando afirma que “*É efetivamente unânime e transversal aos vários ramos do Direito o entendimento de que o órgão que pratica o ato inválido deve ter a possibilidade de aferir da sua legalidade/ilegalidade e, se for caso disso, revogá-lo. A AdC considerou-se, deste modo, incompetente para se pronunciar sobre aquelas alegadas invalidades/nulidades, na medida em que, a existirem, e não tendo as mesmas sido cometidas por esta Autoridade, não é a mesma competente para as apreciar. Tais arguições deveriam, pois, ter sido dirigidas à Secção de Turno do DIAP e ali apreciadas*”.

16

59. Julgamos também que os argumentos esgrimidos pela visada/recorrente nada infirmam quanto a este enquadramento.

60. Por um lado, as *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos* configuram *soft law*, enquanto regras procedimentais de aplicação interna da AdC, sem qualquer virtualidade de consubstanciarem normas de Direito processual, de efeito vinculativo ou revogatório do regime legal.

61. Por outro, o assinalado ponto 56²¹ das *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos* terá de ser relevado perante a articulação jurídico-processual entre a norma de

²¹ *Se, no decurso de diligências de busca e apreensão realizadas pela Autoridade, forem praticados atos que, no entendimento das entidades visadas, configurem nulidades e/ou irregularidades, tais alegados vícios podem ser arguidos em requerimento apresentado junto da Autoridade no prazo de 10 dias úteis. A decisão da Autoridade*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

competência do art.º 21.º e a norma de competência recursiva do art.º 84.º, n.º 1 e 3. Ambas do NRJC.

62. Esta articulação, como acima consignámos, não legitima qualquer conclusão ínsita à competência deste Tribunal para apreciar a legalidade, validade e regularidade do mandado de busca e das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas entre os dias 3 e 17 de Maio de 2017.

63. Perspectiva diferente é aquela que é trazida pelas duas sentenças proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa nos processos n.º 97/06.0TYLSB (cfr. fls. 83 a 101) e n.º 214/07.2TYLSB (cfr. fls. 102 a 115), respectivamente de 24 de Abril de 2007 e de 3 de Junho de 2007, e pelo Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Janeiro de 2007, nos processo n.º 5807/2006-5, acessível em dgsi.pt²².

64. Haverá que concordar com a visada/recorrente no sentido em que, na aparência, tais decisões permitiriam descobrir, em abstracto, a possibilidade deste Tribunal se pronunciar sobre a legalidade, validade e regularidade da emissão de mandados de busca e apreensão e das diligências determinadas por autoridade judiciária no âmbito dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC. 17

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

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

67. A sentença proferida no proc. n.º 97/06.0TYLSB (cfr. fls. 83 a 101) respeita a um **mandado emitido pela própria AdC**, arguindo a recorrente a necessidade de intervenção de JIC para apreensão de correspondência, tendo o Tribunal concluído, em suma, que o mandado

que indeferir a arguição do vício é suscetível de impugnação judicial, perante o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

²² Pela referência da visada/recorrente não nos foi possível localizar o Acórdão de 10 de julho de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 1786/07-5



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

de busca e apreensão foi valida e regularmente emitido e que os documentos apreendidos se encontravam cobertos pelo seu objecto.

68. Já a sentença proferida no proc. n.º 214/07.2TYLSB (cfr. fls. 102 a 115) conheceu apenas da questão da extemporaneidade do recurso e da equiparação da sede de pessoas colectivas ao domicílio pessoal para efeitos da qualificação da diligência probatória, dizendo expressamente a sentença que “*não havendo, por conseguinte, de apurar se a competência caberia ao Tribunal de Comércio de Lisboa ou ao Juiz de Instrução Criminal nem tão pouco que apreciar a questão do seu consentimento para a realização das buscas*”.

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

18

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

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

72. Efectivamente, a visada/recorrente não veio impugnar, como se diz na sentença do proc. n.º 97/06.0TYLSB²³, que *a decisão da Autoridade da Concorrência tenha sido tomada*

²³ Como vimos, neste processo estava em causa mandado de busca e apreensão emitido pela própria AdC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

no âmbito da sua competência própria, de proceder, nos termos do n.º 1, alínea c) do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, às diligências de buscas e apreensão.

73. Este argumento parte da construção de uma ficção entre impulso processual e competência decisória que se nos afigura precária, insuficiente e de difícil sustentação.

74. Pelo contrário, o que a visada/recorrente quer discutir nesta instância é, efectivamente, o *despacho de autorização*, em suma, a emissão do mandado de busca e apreensão.

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

19

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

77. A visada/recorrente, notificada do mandado e respectivo despacho de fundamentação do Ministério Público para as diligências de busca e apreensão determinadas no PRC2017/13, pretende que este Tribunal assuma, perante aquela autoridade judiciária, uma competência de instância superior, criando, para tanto, duas instâncias paralelas que apreciem da legalidade das diligências de busca e apreensão em processo sancionatório.

78. No que importa, a arguida pretende que este Tribunal, num primeiro momento, volte a apreciar os fundamentos do deferimento das diligências de busca e apreensão determinadas pelo Ministério Público, delimitando a amplitude do seu objecto, e, num segundo momento, volte a apreciar a validação do cumprimento do mesmo mandado pela AdC.

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

80. **À luz do enquadramento processual, este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica para sindicar as decisões das autoridades**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.

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

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

20

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

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

85. Todavia, a protecção que a visada/recorrente invoca, além do que dissemos sobre o controlo da utilização de métodos proibidos de prova, só pode ser afirmada através da enunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e atribuição à AdC de uma responsabilidade de *cariz fiduciário ou de custódia* na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

86. Quer isto dizer, que cabe à AdC, validadas as diligências instrutórias de busca e apreensão de documentos, decidir, posteriormente quais os documentos que devem permanecer no processo, em função do seu valor exculpatório e inculpatório²⁴.

87. Contudo, o que é objecto da interposição deste recurso interlocutório não é qualquer decisão sobre o valor exculpatório e inculpatório dos documentos apreendidos ou sobre o acesso da visada a esses elementos, mas o modo como a autoridade judiciária competente – o *Ministério Público da área da sede da Autoridade da Concorrência* – exerceu a essa competência no deferimento de diligências de obtenção de prova por busca e apreensão – *downraids* – efectuadas na sede da visada.

88. O argumento trazido pela visada de que *arguiu a nulidade da apreensão do correio eletrónico, a qual foi efetuada pela AdC e que essa nulidade tem forçosamente de ser arguida perante aquela autoridade, no momento da apreensão, e não perante o Ministério Público*, nada aduz, transporta ou altera sobre o regime processual que decorre do NRJC e sobre a única interpretação possível quando à inexistência de competência material ou hierárquica

21

²⁴ Como deixámos expresso na sentença do proc. n.º 195/16.1YUSTR: “admitimos, frontalmente, que a AdC dispõe de competência para autorizar o desentranhamento de documentos apreendidos, mesmo posteriormente à diligência de apreensão – trata-se de uma actuação plenamente conforme com a actividade de investigação e apuramento de factos com relevância sancionatória, em função do contínuo apuramento de factos ao longo do processo.

A indicação probatória que subjaz à validade das diligências instrutórias do processo sancionatório não se confunde com os juízos ulteriores sobre a utilidade, pertinência e adequação de tais meios de prova para prova dos factos entretanto apurados.

Parece-nos até elementar assinalar a diferença entre os pressupostos que devem presidir ao deferimento de diligências de prova de natureza invasivas numa fase inicial do processo e os pressupostos que, após apuramento e aprofundamento das diligências de prova, devem presidir a um juízo de oportunidade processual sobre o interesse de manter tais elementos de prova no processo.

A decisão sobre a validade na obtenção de meios de prova não equivale nem delimita a decisão sobre a relevância/irrelevância dessa prova por confronto com outros elementos de prova e com os factos indiciados.

Essas decisões (aparte regimes excepcionais) são tomadas a todo o momento no âmbito do processo penal (em que as garantias do processo equitativo devem auferir de maior assertividade) pela autoridade judiciária competente e em respeito ao decurso do processo.

Numa palavra, **não vemos obstáculo legal ou impedimento processual no NRJC ou no regime subsidiário do R.G.CO. para que a AdC proceda ao desentranhamento e devolução de documentos entretanto considerados irrelevantes, inócuos e desnecessários para o apuramento da responsabilidade sancionatória das visadas.**

Os regimes processuais que obrigam a uma manutenção de todos os elementos de prova recolhidos por determinada autoridade competente para a investigação de factos com relevância sancionatória são de natureza excepcional - por exemplo o regime de intercepção e gravação de conversações telefónicas previsto nos artigos 188.º, n.º 12 do C.P.P. - não permitem a aplicação analógica e a obrigatoriedade de manutenção de suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova reflecte determinadas posições garantísticas sobre a precariedade e sensibilidade dos dados recolhidos.”



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

para sindicar as decisões das autoridades judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.

89. Tanto mais assim é, quando os fundamentos, argumentos e sustentação da nulidade têm que ver com a amplitude, vacuidade e indeterminação do mandado e não com a sua execução desconforme pela AdC.

90. Atente-se que, mercê da nossa posição, abstemo-nos de avançar sobre os demais fundamentos do requerimento de 17 de Maio de 2017, apreciados subsidiariamente e *ad latere* na decisão impugnada, nomeadamente: **i)** sobre se o mandado especificou o seu âmbito e propósito; **ii)** sobre se indicou, da forma mais precisa possível, as provas procuradas e os factos da investigação; **iii)** sobre se definiu ou deveria definir os sectores dentro dos quais a infração foi supostamente cometida; **iv)** sobre se o mandado violou a Lei do Cibercrime; e **v)** e sobre a competência de autoridade judiciária prevista no art.º 179.º do CPP.

22

91. Em suma, sobre se o mandado de busca e apreensão cumpriu os requisitos legais e jurisprudenciais que superintendem a estas diligências probatórias invasivas de apreensão de correio electrónico.

92. Todos estes fundamentos da arguição da invalidade são dirigidos ao controlo da legalidade do despacho do Ministério Público que determinou a emissão do mandado de busca e apreensão.

93. Pela decisão de 19 de Fevereiro de 2018, a AdC não se arrogou a *poderes mais invasivos de direitos, liberdades e garantias do que aqueles que dispõem o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal em processo penal*, pois que esses poderes foram exercidos no âmbito de um mandado emitido por autoridade judiciária, que não a AdC.

94. É certo que a AdC, num esforço de suficiência e completude da pronúncia, conheceu de forma subsidiária dos fundamentos materiais da arguição de nulidade, procurando sustentar a legalidade das diligências e consignando, em síntese, que a realização das diligências de busca e apreensão se mostraram válidas, conformes e legais porquanto configuram um caso ressalvado pela Lei e que não configuram obtenção por método proibido de prova.

95. Esta amplitude da decisão impugnada tratar-se-á de um eventual excesso de pronúncia por parte da AdC que, em caso algum, poderia fixar os limites do controlo deste



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 83/18.7YUSTR

Tribunal dos despachos emitidos pela autoridade judiciária competente em matéria criminal e ao abrigo do disposto nos artigos 18.º, n.º 2, 19.º, 20.º e 21.º do NRJC, visto que jamais a AdC disporia de competência para declarar a invalidade do despacho proferido pelo Ministério Público.

*

96. Em conclusão, a decisão de 19 de Fevereiro de 2018, no segmento em que se recusou conhecer da invalidade, por nulidade, da apreensão de 1541 ficheiros de correio eletrónico a coberto do Mandado de Busca e Apreensão emitido pelo Ministério Público ao abrigo dos artigos 18.º, n.º 1, als. c) e d) e n.º 2 e 21.º do NRJC, foi legal e conforme ao regime processual.

97. Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da anulação da decisão interlocutória proferida pela AdC em 19 de Fevereiro de 2018.

23

* * *

*

IV. DECISÃO.

98. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o recurso de impugnação de medidas administrativas, interposto pela visada/recorrente Beiersdorf Portuguesa, Lda., absolvendo a AdC do pedido de anulação da decisão proferida em 19 de Fevereiro de 2018 no âmbito do PRC2017/3.

99. Mais se condena a visada/recorrente em custas processuais, em função do decaimento e complexidade das questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 2UC, nos termos do art.º 93.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. e art.º 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais, por remissão sucessiva do art.º 83.º do NRJC.

100. Notifique e deposite.

101. Comunique a presente decisão à Autoridade da Concorrência, com envio de certidão judicial.

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, ds

O Juiz de Direito, *Alexandre Leite Baptista*