



Exmo(a) Senhor(a)

Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

71/18.3YUSTR-D

Processo: 71/18.3YUSTR-D	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 216622 Data: 20-11-2018
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Jerónimo Martins Sgps Sa e outro(s)...		

Notificação

Assunto: Sentença

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário do Recorrido Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo da sentença proferida nos autos acima indicados com a ref^a 215971, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ao do seu envio, quando seja útil, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja – art.º 113º do C. P. Penal).

O/A Escrivão Auxiliar,

Carolina Barreiro



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 71/18.3YUSTR-D

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

215971

CONCLUSÃO - 12-11-2018

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Hélder Roseiro)

=CLS=

DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO

I.RELATÓRIO.

1. Por decisões interlocutórias de **16 e 17 de Maio de 2018 (Ofícios com a referência S-AdC/2018/1055 e S-AdC/2018/1079)**, proferidas no processo de contra-ordenação identificado como **PRC/2016/04**, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) indeferiu requerimentos da visada **Jerónimo Martins SGPS, S.A.** e da visada **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.**, quanto à declaração da invalidade de diligências de busca e de apreensão de correio eletrónico. 1

2. A visada, aqui recorrente, **Jerónimo Martins SGPS, S.A.**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência - AdC** (fls. 3 a 22).

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

A) Alega a AdC que, a existirem as invalidades invocadas pela Recorrente, estas deviam ter sido arguidas perante o Ministério Público, o que, ao não ter sido feito, fez precluir o direito da Recorrente;

B) A ora Recorrente – que alegou as invalidades no próprio acto, perante a AdC, que lhe estava a presidir e que é competente para o processo – não se conformou com as ilegalidades cometidas e designadamente com a apreensão de correio electrónico;

C) Ainda que o conhecimento de tais ilegalidades fosse da competência do MP, a AdC deveria ter remetido officiosamente os requerimentos àquela autoridade judiciária, não havendo lugar a qualquer preclusão;

D) A interpretação conjugada dos artigos 18.º, n.º 2, 13.º e 59.º do RJC, 41.º do RGCO e 118º a 123º do CPP no sentido de que a arguição de invalidades do despacho da autoridade judiciária que autoriza as buscas e apreensões, no próprio acto, perante a AdC conduz à preclusão do direito à arguição das mesmas invalidades é inconstitucional por violação dos artigos 266.º e 268.º da Constituição;

E) A intromissão nas telecomunicações, ressalvados os casos previstos na lei constitui, nos termos da Constituição e da lei, constitui uma proibição de prova, que tem como consequência que a prova é nula, não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

podendo ser utilizada, podendo esse vício ser conhecido oficiosamente ou a requerimento, não só durante todo o processo como mesmo depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, por via de revisão;

F) Ora, esta nulidade de prova e o seu regime próprio – por ser um meio de tutela de direitos e princípios fundamentais, *maxime* constitucionais – não é prejudicada pelas regras sobre invalidades processuais, como estabelece expressamente o artigo 118.º, n.º 3, do CPP;

G) A interpretação do artigo 126.º, n.º 3, do CPP, aplicável *ex vi* artigos 13.º do RJC e 41.º, n.º 1, do RGCO, no sentido de que as nulidades de prova se sanam se não for arguida, de acordo com os prazos e regras das nulidades dos actos processuais – é inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição;

H) Justamente ao contrário do que pretende a AdC, que por essa via pretende justamente que se dê por precludida a arguição de uma nulidade de prova pelo facto de se ter dado uma ilegalidade com a qual alegadamente, ou melhor ficcionalmente, a ora Recorrente se conformara, e que – é o pressuposto do argumento – teria de ser arguida e já estaria sanada;

I) O conhecimento da nulidade de prova, que é uma inutilizabilidade, compete naturalmente, à entidade competente para “utilizar” a prova no processo – ou seja, e no caso, a AdC e nunca ao MP –, ainda que para o efeito tenha de apreciar, como que incidentalmente, todos os requisitos de que dependa a admissão de que estamos perante um dos *casos previstos na lei*, que são *ressalvados* pelo artigo 126.º, n.º 3, do CPP;

J) Como, aliás, a AdC não deixa de procurar fazer – embora improcedentemente – no despacho que ora se impugna;

K) Quanto à alegada sanção da irregularidade – para além do que fica exposto – é de assinalar que não é verdade – e constitui mesmo uma tremenda injustiça, perante a intenção, por parte da ora Recorrente, de não complicar e atrasar a diligência de busca – aquilo se põe na sua base;

L) O RJC estabelece que pela prática das contra-ordenações nele previstas nesse podem ser responsabilizadas, não as empresas nos termos do artigo 3º, mas “*peças singulares, peças coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica*” (artigo 73º do nº 1) e não podem restar dúvidas sobre a alteridade, em termos de pessoa colectiva, entre uma SGPS e uma sua participada;

M) Não é o facto de ser titular de uma participação social numa determinada sociedade, nem o de, por isso exercer actividade económica de forma indirecta que legitima a realização de uma busca e apreensão – designadamente de correio electrónico, tendo de existir *indícios da prática de um ilícito e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes*;

N) Coisa que o carácter meramente indirecto dessa actividade económica torna completamente inverosímil, e que não se verificava no caso dos autos;

O) O que a Decisão recorrida parece reconhecer;

P) Pelo que, tal como o Despacho de 20.01.2017 ou ainda mais do que ele, também o Despacho de 02.02.2017 ou, desde já, o Despacho de 10.02.2017, todos se perfilam como ilegais, desnecessários e desproporcionais aos objectivos visados;



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 71/18.3YUSTR-D

Q) O que significa que os três referidos Despachos que autorizam a busca e apreensão à sede da ora Recorrente violam os artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, 174.º, n.º 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH;

R) Assim sendo, e nessa exacta medida, os referidos Despachos do Ministério Público que autorizam as referidas diligências são inválidos e nulos ou, quando menos, irregulares, e independentemente disso, são nulas as provas por meio deles obtidas, nos termos das disposições legais citadas e, bem assim, dos artigos 118.º e 123.º do CPP, e 32.º, n.º 8, da CRP;

S) A Decisão recorrida viola, pois, essas disposições constitucionais e legais;

T) Para o caso de se entender que o sentido da Decisão da AdC não é o acima exposto, a ora Recorrente, por este acto, adere integralmente à motivação e conclusões do recurso interposto nesta data pelo Pingo Doce.

4. Terminou, requerendo a **revogação da decisão interlocutória da AdC e, em consequência, a declaração de nulidade das provas apreendidas na diligência de busca e apreensão, com o desentranhamento e devolução dessas provas e destruição das cópias existentes.**

*

5. A visada, aqui recorrente, **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência - AdC** (fls. 53 a 109).

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

A) *Em primeiro lugar*, coloca-se a questão de saber se, no tipo de procedimento em causa nos autós, deve haver constituição formal do suspeito como visado, designadamente quando este é alvo de buscas e apreensões, nos termos do artigo 18.º do RJC;

B) É genealogia dos conceitos retirar de uma diferença conceptual – aliás, incerta – entre processos – penal e contraordenacional - a inaplicabilidade (ou uma aplicabilidade reduzida a um módico e cómodo mínimo – mesmo no que toca à presunção de inocência) das garantias do artigo 32.º, n.ºs 1 a 9, da CRP, ao processo de contra-ordenação: ela dependerá da analogia material de questões e soluções;

C) Entre outros, o artigo 74.º, n.º 3, do RJC prevê a “*constituição de visado*” como causa de interrupção da prescrição, o que só se pode interpretar como constituição como arguido nos casos e termos correspondentes aos do processo penal aplicáveis ao caso;

D) Por consequência, por aplicação com as necessárias adaptações do disposto no CPP, deve ter lugar a constituição como arguido quando haja fundada suspeita contra pessoa determinada (artigo 58.º, n.º 1, al. a), do CPP);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

E) A necessidade de indicição para a realização de buscas e apreensões é um postulado do princípio da proporcionalidade (uma vez que se trata de restrições de direitos fundamentais) e aflora claramente na regulamentação da clemência (art. 77.º, n.º 1, al. a), RJC);

F) Desde que, portanto, se trate de fazer buscas e apreensões na sede de uma empresa enquanto participante numa infracção, terá de haver fundada suspeita da prática da infracção e, pois, ser constituída arguida;

G) É a própria AdC que admite em diversos passos do processo, inclusivamente no Despacho recorrido, que existiam suspeitas contra a Recorrente, em momento prévio à realização das buscas e apreensões nas suas instalações;

H) Assim, as diligências de busca e apreensão realizadas na sede da ora RECORRENTE são inadmissíveis e nulas, nos termos conjugados dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 2, e 20.º do RJC, 126.º, n.º 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, n.ºs 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH”), sendo inconstitucional, por violação das referidas normas, a interpretação segundo a qual é passível de ser alvo de buscas a entidade que, existindo contra si suspeitas da prática de ilícito, não foi previamente constituída como visada;

I) *Em segundo lugar*, entende a Recorrente que não é admissível a busca e apreensão de correio electrónico, ainda que aberto, no âmbito de um processo por contra-ordenação da concorrência (mais exactamente, relativo a práticas restritivas), não podendo, em qualquer caso, tal diligência ser autorizada pelo Ministério Público, na medida em que a competência para o efeito sempre seria de um Juiz;

J) Da análise conjugada dos regimes jurídicos aplicáveis não se encontra fundamento para que a AdC, no âmbito de uma investigação em processo contra-ordenacional, possa apreender mensagens de correio electrónico nos termos realizados, *in casu*, por extracção directa da caixa de correio dos trabalhadores da aqui RECORRENTE e, em particular, sem a sua presença e consentimento;

K) A lei penal, designadamente no artigo 189.º do CPP e também na Lei do Cibercrime, regula de forma cuidadosa e especial a apreensão de mensagens de correio electrónico – ainda que elas estejam armazenadas no sistema informático –, e sem fazer quaisquer distinções entre correspondência aberta ou fechada;

L) Contudo, e naturalmente ressalvados os casos previstos em processo criminal, o artigo 34.º, n.º 4, da CRP proíbe a ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação;

M) Ora, resulta inequívoca e especificamente do artigo 42.º, n.º 1, do RGCO, a proibição de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação em processo de contra-ordenação;

N) Nenhuma disposição do RJC, incluindo os seus artigos 18.º e 20.º, habilitam a AdC a apreender mensagens de correio electrónico, não se podendo fazer a equiparação artificial com os documentos em papel, abstraindo do facto dos emails em causa continuarem a ser correspondência, com um regime próprio de apreensão;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

O) As diligências de busca e apreensão realizadas na sede da ora RECORRENTE são inadmissíveis e nulas ou, pelo menos, irregulares, e, independentemente disso, são nulas as provas obtidas por meio delas, nos termos conjugados dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 2, e 20.º do RJC, 126.º, n.º 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, n.ºs 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH, sendo inconstitucional, por violação das referidas normas, a interpretação segundo a qual não constitui prova nula aquela que é obtida através da apreensão de mensagens eletrónicas nos computadores, ainda que abertas, no âmbito de um processo contra-ordenacional regulado pelo RJC;

P) É igualmente inconstitucional, por violação das mesmas normas, o entendimento de que a entidade competente para autorizar a apreensão de mensagens de correio eletrónico, ainda que aberto, no âmbito de um processo de contra-ordenacional regulado pelo RJC é o Ministério Público e não um Juiz;

Q) Alega, ainda, a AdC que a existirem as invalidades invocadas pela Recorrente, estas deviam ter sido arguidas perante o Ministério Público, o que, ao não ter sido feito, fez precluir o direito da Recorrente;

R) A ora Recorrente – que que alegou as invalidades no próprio acto, perante a AdC, que lhe estava a presidir e que é competente para o processo – não se conformou com as ilegalidades cometidas e designadamente com a apreensão de correio electrónico;

S) Ainda que o conhecimento de tais ilegalidades fosse da competência do MP, a AdC deveria ter remetido oficiosamente os requerimentos àquela autoridade judiciária, não havendo lugar a qualquer preclusão;

T) A interpretação conjugada dos artigos 18.º, n.º 2, 13.º e 59.º do RJC, 41.º do RGCO e 118.º a 123.º do CPP no sentido de que a arguição de invalidades do despacho da autoridade judiciária que autoriza as buscas e apreensões, no próprio acto, perante a AdC conduz à preclusão do direito à arguição das mesmas invalidades é inconstitucional por violação dos artigos 266.º e 268.º da Constituição;

U) Aliás, no presente caso, admitindo e não concedendo que podia ter tido lugar uma busca e apreensão de correspondência electrónica, teria de ter havido autorização de um Juiz, pelo que os actos do Ministério Público seriam juridicamente inexistentes;

V) A intromissão nas telecomunicações, ressalvados os casos previstos na lei constitui, nos termos da Constituição e da lei, constitui uma proibição de prova, que tem como consequência que a prova é nula, não podendo ser utilizada, podendo esse vício ser conhecido oficiosamente ou a requerimento, não só durante todo o processo como mesmo depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, por via de revisão;

W) Ora, esta nulidade de prova e o seu regime próprio – por ser um meio de tutela de direitos e princípios fundamentais, *maxime* constitucionais – não é prejudicada pelas regras sobre invalidades processuais, como estabelece expressamente o artigo 118.º, n.º 3, do CPP;

X) A interpretação do artigo 126.º, n.º 3, do CPP, aplicável ex vi artigos 13.º do RJC e 41.º, n.º 1, do RGCO, no sentido de que as nulidades de prova se sanam se não for arguida, de acordo com os prazos e regras das nulidades dos actos processuais – é inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição;

Y) Justamente ao contrário do que pretende a AdC, que por essa via pretende justamente que se dê por precludida a arguição de uma nulidade de prova pelo facto de se ter dado uma ilegalidade com a qual



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

alegadamente, ou melhor ficcionalmente, a ora Recorrente se conformara, e que – é o pressuposto do argumento – teria de ser arguida e já estaria sanada;

Z) O conhecimento da nulidade de prova, que é uma inutilizabilidade, compete naturalmente, à entidade competente para “utilizar” a prova no processo – ou seja, e no caso, a AdC e nunca ao MP –, ainda que para o efeito tenha de apreciar, como que incidentalmente, todos os requisitos de que dependa a admissão de que estamos perante um dos *casos previstos na lei*, que são *ressalvados* pelo artigo 126.º, n.º 3, do CPP;

AA) Como, aliás, a AdC não deixa de procurar fazer – embora improcedentemente – no despacho que ora se impugna;

Em suma, quanto aos Despachos de 20.01.2017 e de 02.02.2017

BB) Primeiro que tudo, e quanto à questão da alegada competência do MP (e alegada incompetência da AdC), vale integralmente quanto se disse atrás acerca que alegação paralela da AdC no que respeita à ilegalidade da busca e apreensão de correspondência electrónica, que aqui se dá por reproduzido, para todos os devidos e legais efeitos;

CC) Quanto à alegada sanção da irregularidade – para além do que fica exposto – é de assinalar que não é verdade – e constitui mesmo uma tremenda injustiça, perante a intenção, por parte da ora Recorrente, de não complicar e atrasar a diligência de busca – aquilo se põe na sua base;

DD) Importando, a este respeito, assinalar o significado verdadeiramente jusfundamental que adquirem as exigências legais feitas relativamente ao despacho de autorização da busca e apreensão, tanto em geral, como sobretudo de correspondência electrónica, e da sua entrega à pessoa do visado;

EE) O Despacho de 20.01.2017 não o tem a ora RECORRENTE por destinatário e a sua junção pela AdC como elemento informativo sobre os indícios e a possível infração que justificativa as diligências de busca e apreensão na Pingo Doce constitui, desde logo, confissão expressa por parte da AdC de que o Despacho de 02.02.2017 não contém fundamentação suficiente para as diligências que ordena e constitui igualmente confissão expressa da razão que assiste à ora RECORRENTE no seu requerimento;

FF) Os factos alegadamente em causa num e noutro Despachos não são os mesmos, nem as empresas envolvidas, pelo que a comunicação de dois Despachos dissonantes, *summo rigore*, contraditórios sobre os factos traz consigo a indeterminação dos factos objecto dos presentes autos;

GG) Ao contrário do que afirma a AdC, torna-se indispensável no Despacho a indicação dos factos concretos em que consiste a infração e respectivos indícios e, bem assim, dos indícios que levem a crer que em determinado local há elementos de prova relevantes;

HH) A interpretação do artigo 18.º, n.º 2, do RJC no sentido de que na decisão da autoridade judiciária que autoriza buscas e apreensões não é necessária a indicação dos factos concretos que constituem infração, dos seus indícios e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes é inconstitucional por violação dos artigos 18.º, 26.º e, se se entender que pode abranger correspondência electrónica, 34.º da CRP;

II) É patente que o referido Despacho de 02.02.2017, único que se autoriza a busca e apreensões na sede da ora RECORRENTE não obedece a tais exigências;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

JJ) Pelo que, tal como o Despacho de 20.01.2017 (irrelevante para o caso presente) ou ainda mais do que ele, também o Despacho de 02.02.2017 se perfila como ilegal, desnecessário e desproporcional aos objectivos visados;

KK) Alegar – como faz a AdC – que “foi no decurso das diligências em curso (no processo com o n.º PRC/2016/4) que a AdC encontrou indícios de envolvimento de cadeias da grande distribuição nas eventuais práticas proibidas e que este conjunto de empresas incluía a Pingo Doce” e que “pelo exposto, é possível concluir que a diligência de busca e apreensão foi necessária para obtenção de prova porque existiam indícios suficientes de a Pingo Doce estar a praticar acordos violadores da concorrência...”, além de não indicar de novo qualquer facto concreto ou indício, é um exercício de pensamento retroactivo, que só confessa a falta dos indícios suficientes no momento da prolação dos Despachos e do início das buscas;

LL) Exercício que, a admitir-se, equivaleria a coonestar toda a ilegalidade na matéria, pondo definitivamente em causa os direitos fundamentais em presença;

MM) O que significa que o Despacho de 02.02.2017 que autorizou a busca e apreensão à sede da ora RECORRENTE viola os artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, 174.º, n.os 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH;

7

NN) Assim sendo, e nessa exacta medida, o Despacho do Ministério Público de 02-02-2017 que autorizou as referidas diligências é nulo (e nulas as provas que vierem a ser adquiridas), ou quando menos, irregular, nos termos das disposições legais citadas e, bem assim, dos artigos 118.º e 123.º do CPP, e 32.º, n.º 8, da CRP;

OO) O Despacho da AdC violou, pois, estas disposições constitucionais e legais, devendo ser substituído por outras que declarem tais invalidades e, sobretudo, a nulidade da prova apreendida;

PP) A busca, como foi organizada e executada até ao momento da notificação do Despacho de alargamento da busca dirigiu-se a uma geral monitorização das relações com fornecedores e concorrentes, relativas aos mais diversos produtos;

QQ) Apta a constituir uma fiscalização, coerciva e sem base indiciária, da generalidade das restrições, horizontais ou verticais, das empresas do sector em pelo menos 10 anos de actividade;

RR) Também quanto a esse aspecto a busca (e eventualmente a apreensão) realizadas até ao momento são ilegais – e nulas as provas através delas obtidas – por violação dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, 174.º, n.os 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH;

SS) A Constituição (designadamente, o princípio constitucional da proporcionalidade) e a lei não autorizam devassas gerais como aquela que foi conduzida no presente caso;

TT) Pelo que o Despacho agora recorrido viola as normas dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, 174.º, n.os 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH;



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 71/18.3YUSTR-D

UU) Por fim, quanto ao Despacho de alargamento, de 10.02.2017, como demonstra o requerimento da ora RECORRENTE, apresentado justamente perante a comunicação do Despacho de alargamento das buscas, de 10.02.2018, no curso real dos acontecimentos, a extensão da busca, até constituir uma fiscalização, coerciva e sem base indiciária, da generalidade das restrições, horizontais ou verticais, das empresas do sector em pelo menos 10 anos de actividade, foi prévia ao referido Despacho;

VV) Tal Despacho já assume sem qualquer rodeio a total generalidade das buscas a empreender, as quais abrangem indiscriminadamente “*fornecedores de produtos alimentares e não alimentares*” (fls. 128) – o mesmo é dizer: *todo e qualquer fornecedor de todo e qualquer produto* e refere-se simultaneamente a “*acordos entre concorrentes*”, e a práticas de “*fixação horizontal*” de preços;

WW) Este alargamento, que confirma, nos factos, a ilegalidade da busca realizada, corresponde a um assumido processo de contra-ordenação *por tudo e contra todos*;

XX) O que torna o Despacho, o mandado emitido por força dele e as buscas e apreensões que venham a ocorrer ilegais – e a prova deles derivada, nula – nos termos supra expostos, a propósito dos Despachos de 20-01-2017 e de 02-02-2017;

YY) Sendo o Despacho que indeferiu essa arguição por parte do ora RECORRENTE ilegal por violação das disposições legais e constitucionais aí referidas.

7. Terminou, requerendo a revogação da decisão interlocutória da AdC e, em consequência, a declaração de nulidade das provas apreendidas na diligência de busca e apreensão, com o desentranhamento e devolução dessas provas e destruição das cópias existentes.

8. A AdC veio remeter o processo relativo a ambos os recursos interlocutórios, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos dos artigos 87.º, n.º 2 e 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 (cfr. fls. 113 a 166 e fls. 323 e 324).

9. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos dos art.º 85.º, n.º 1 do NRJC.

*

10. Nos termos e para os efeitos do art.º 85.º, n.º 3 do NRJC, determinou-se a formação de um único processo entre o processo n.º 189/18.2YUSTR e o processo n.º 71/18.3YUSTR, e através da criação de apenso (APENSO D).

11. Por terem sido tempestivamente interpostos, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, foi proferido despacho a admitir os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

presentes recursos de medidas de autoridade administrativa proferidas, respectivamente, em 16-05-2018 no âmbito do PRC/2016/04, interpostos por Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. e Jerónimo Martins SGPS, S.A., em harmonia com o disposto no art.º 85.º do NRJC.

12. 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 2017/13, tratando-se de decisões que visam aferir da legalidade das diligências de prova determinadas por autoridade judiciária; 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 (CPP), **foi proferido despacho a fixar efeito meramente devolutivo aos presentes recursos.**

13. Compulsando os termos da motivação dos recursos e atendendo ao objecto das decisões administrativas em causa – *legalidade/validade das diligências de apreensão determinadas por mandado de busca e apreensão*, 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 as visadas/recorrentes, o Ministério Público 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.**

14. Regularmente notificada, a AdC não veio opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 01-10-2018, ref.^a 34424).

15. Regularmente notificadas, as visadas/recorrentes vieram declarar não se oporem à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 04-10-2018, ref.^a 34487), tendo procedido ao pagamento da respectiva taxa de justiça e se pronunciado sobre a questão prévia suscitada pela AdC quanto à competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e demais alegações da resposta aos recursos.



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 71/18.3YUSTR-D

16. Regularmente notificado, o Ministério Público não veio opor-se à decisão por simples despacho.

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

17. Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada, por admissão expressa das visadas/recorrentes e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos autos principais e do apenso D¹, 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 dos mandados de busca e apreensão²:

A. A AdC instaurou processo de contra-ordenação, sob a referência interna PRC/2016/04 por práticas restritivas da concorrência, em que são visadas as sociedades **Jerónimo Martins SGPS, S.A.** e **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.**

B. No âmbito do processo de contra-ordenação PRC/2016/04, as visadas/recorrentes foram alvos de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada por esta Autoridade entre os dias e **07.02.2017** e **27.02.2017** em cumprimento dos mandados emitidos pela Exma.

¹ Despacho de autoridade judiciária e Mandados de Busca e Apreensão quanto à visada **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.** de fls. 170 a 181 (Doc. 1); Despacho de autoridade judiciária e Mandados de Busca e Apreensão quanto à visada **Jerónimo Martins SGPS, S.A.** de fls. 182 a 194 (Doc. 2); Despacho de autoridade judiciária e Mandados de Busca e Apreensão de alargamento do objeto do mandado quanto à visada **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.** de fls. 196 a 198 (Doc. 3); Despacho de autoridade judiciária e Mandados de Busca e Apreensão de alargamento do objeto do mandado quanto à visada **Jerónimo Martins SGPS, S.A.** de fls. 200 a 202 (Doc. 4); autos de notificação de 07.02-2018 de fls. 204 e 204v, de fls. 206 e 207, de fls. 209 e 210, de fls. 201 e 213 (Docs. 5, 6, 7 e 9); autos de suspensão e de continuação de diligência de busca e apreensão de fls. 214 e 215, 217, 219 e 220, 222, 224 e 225, 227, 229 e 230, 232, 234 e 235, 237, 239 e 240, 242, 244 e 244v, 246, 248 e 249, 251, 253 e 254, 256, 258 e 258v, 260, 262 e 262v, 264, 266 e 266v, 268, 270 e 270v, 272 (Docs. 10 a 34); auto de apreensão de fls. 274 a 278 (Doc. 35); requerimento da visada **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.** de arguição de ilegalidade e invalidade das diligências de busca e apreensão de fls. 280 a 300 (Doc. 36) requerimento da visada **Jerónimo Martins SGPS, S.A.** de arguição de ilegalidade e invalidade das diligências de busca e apreensão de fls. 304 a 305v (Doc. 38); Decisão interlocutória de 16.05.2018 de fls. 311 a 318 - **Ofício S-AdC/2018/1055** (Doc. 41) Decisão interlocutória de 16.05.2018 de fls. 320 a 322 - **Ofício S-AdC/2018/1079** (Doc. 42).

² As visadas juntaram requerimento, em 11.07.2018 – ref. 33526 de fls. 330, e respectivos anexos de fls. 360 a 403, relativo a pedidos de elementos dirigidos às visadas efectuados nos processos de contra-ordenação PRC/2017/01, PRC/2017/04, PRC/2017/05 e PRC/2017/13, os quais se nos afiguram elementos documentais despiciendos para a aferição do mérito das impugnações judiciais e em atenção aos fundamentos dessa impugnação expressamente identificados nos autos.



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 71/18.3YUSTR-D

Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datados de **2 de Fevereiro de 2017** e de **10 de Fevereiro de 2017** (de alargamento do objeto do mandado).

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

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

E. A diligência foi acompanhada pelos advogados da visada/recorrente **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.**

F. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico aberto conforme auto de apreensão de **27 de Fevereiro de 2017**.

G. Durante a referida diligência de busca, exame, recolha e apreensão, a visada/recorrente **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.** apresentou requerimentos em 15.02.2017 e em 16.02.2017.

H. Durante a referida diligência de busca, exame, recolha e apreensão, a visada/recorrente **Jerónimo Martins SGPS, S.A.** apresentou requerimentos em 16.02.2017 e em 21.02.2017.

I. Em conjunto, as visadas/recorrentes apresentaram requerimento em 27.02.2017.

J. Em tais requerimentos, as visadas/recorrentes invocaram um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes: **i)** à não constituição das recorrentes como visadas; **ii)** à apreensão do correio eletrónico; **iii)** ao despacho de fundamentação e despacho de alargamento, e respetivos mandados que autorizam a diligência de busca, exame, recolha e apreensão; **iv)** à forma como tem sido conduzida a investigação até ao momento da arguição das nulidades; **v)** à omissão de pronúncia por parte da AdC e **vi)** à invalidade dos despachos do Ministério Público que autorizam as diligências de busca e apreensão a uma sociedade gestora de participações sociais.

K. A AdC, por decisão de **16 de Maio de 2018**, indeferiu o requerimento da visada/recorrente **Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A.**, considerando, entre o mais, que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

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.

L. A AdC, por decisão de **17 de Maio de 2018**, indeferiu o requerimento da visada/recorrente **Jerónimo Martins SGPS, S.A.**, considerando, entre o mais, 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.

18. 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 CPP; 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO. e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

12

19. **Impõem os presentes recursos de impugnação judicial que se apreciem as seguintes questões:**

- *A validade das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do PRC/2016/04 depende da constituição das aqui recorrentes como visadas em processo contra-ordenacional?*

- *As decisões interlocutórias da AdC de 16 e 17 de Maio de 2018 são legais e conformes aos limites de pronúncia sobre a legalidade, validade ou regularidade da diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa?*

*

20. *Prima facie*, como *passada de chamada* para a argumentação relevante, cumpre recordar que **o que está em causa com estes recursos de medidas de autoridade administrativa ou recurso de medidas interlocutórias é a validade das decisões da AdC de 16 e 17 de Maio de 2018 (Ofícios com a referência S-AdC/2018/1055 e S-AdC/2018/1079) e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial.

21. Ou seja, ao contrário do que parece defender a AdC nas suas alegações – cfr. **conclusões D) a I)**, uma vez que a medida ou despacho interlocutório de que se recorre são as decisões referidas nos **pontos K) e L) dos factos provados**, e não as próprias diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC nas instalações de cada uma das visadas, nunca se estaria perante qualquer incompetência material do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão para conhecer do presente recurso, visto que a **aplicação da norma de competência do art.º 112.º, n.º 2 al. b) da LOSJ, aprovada pela Lei n.º 62/2013, com referência ao art.º 85.º do NRJC, se dirige a um acto decisório procedimental da autoridade administrativa, sequente das diligências probatórias, mas que com elas não se confundem.**

13

22. Neste sentido e sem maiores delongas, desmerecemos qualquer abordagem que incida sobre a violação de foro jurisdicional quando está em causa são as decisões da AdC de **16 e 17 de Maio de 2018**, proferidas em conhecimento de requerimentos apresentados pela visadas durante e na sequência das diligências de busca e apreensão e referidos nos **pontos G) a J) dos factos provados**.

* *

Da validade das diligências de busca e apreensão por falta de constituição das recorrentes como visadas.

23. Neste seguimento, o primeiro passo a tomar sobre a validade das decisões impugnadas é o problema inerente à obrigatoriedade formal de constituição das visadas/recorrentes nessa qualidade processual, no âmbito de processo contra-ordenacional e em momento prévio à realização das diligências de busca e apreensão, de modo a investi-las no respectivo estatuto processual e por deferência subsidiária e equivalência temática com as regras previstas no Direito Processual Penal.

24. Indo cerce ao que interessa, sendo ocasionalmente revisitada esta problemática em recursos de impugnação judicial pendentes neste Tribunal apesar de, ao que julgamos saber, ser unívoca a resposta dos Tribunais Portugueses, diremos que inexistente qualquer razão, fundamento ou atendimento suficiente, bastante ou eficiente para a aplicação do estatuto



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 71/18.3YUSTR-D

processual previsto no art.º 57.º do CPP ao Direito Contra-ordenacional, precludindo qualquer invalidade decorrente da ausência de acto formal de constituição das recorrentes como visadas/arguidas em momento prévio ou posterior das diligências de busca e apreensão.

25. Para sustentar a respectiva posição comum, as visadas juntaram ao processo um parecer jurídico do Exm.º Sr. Professor Augusto Silva Dias – cfr. fls. 334 a 359 dos autos, no qual este defende a necessidade de constituição das empresas como visadas antes ou aquando da realização das buscas e apreensão, por aplicação analógica (subsistindo uma lacuna no NRJC e no R.G.CO.) do art.º 57.º, ex vi artigos 13.º do NRJC e 41.º, n.º 1 do R.G.CO., mais concluindo que essa omissão de constituição no caso prático tem como consequência a ilegalidade das buscas e apreensões de correio electrónico às visadas – cfr. ponto 1 do parecer e respectivas conclusões³.

26. Salvo melhor opinião, aquele douto parecer parte de uma premissa lógica, construída, no entanto, mediante uma formulação abstracta, segundo a qual a omissão de um acto formal de constituição das empresas como visadas no âmbito de processo contra-ordenacional, e em momento prévio ao cumprimento formal do art.º 50.º do R.G.CO., redundará necessária e apodictamente numa ablação dos seus direitos de defesa por inexistência de acto atributivo de um estatuto e constitutivo de direitos processuais.

27. Não obstante, o mesmo autor não deixa de atentar que concorda, *no essencial, com as teses defendidas da sentença* do Tribunal de Comércio de Lisboa de 2 de Maio de 2007 proc. n. 965/06.9TYLSB⁴, segundo as quais: *i. nem a Lei da Concorrência nem o RGCO contêm regras relativas à constituição do arguido; ii. as regras relativas à obrigatoriedade de constituição formal do arguido não têm aplicação in totum no processo contra-ordenacional; iii. o núcleo dos direitos que assistem ao arguido no processo contra-ordenacional não dependem da sua constituição formal como arguido e decorrem da Lei e da Constituição, existindo esse estatuto desde o início do processo e independentemente de qualquer acto formal; iv. A constituição formal de arguido não é necessária para dar a conhecer aos arguidos os seus direitos, mercê da neutralidade axiológica das contra-ordenações,*

³ Não merece qualquer reparo as doudas observações do parecer quanto à autonomização do estatuto de visado face ao estatuto de arguido, sendo certo que assumimos que a semântica jurisprudencial contribuiu para essa indiferenciação de menor rigor técnico.

⁴ Acessível em http://bdjur.almedina.net/juris.php?field=doc_id&value=135470.



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.supervisão@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

entendendo o legislador que as garantias de defesa ficavam salvaguardadas com a previsão do art.º 50.º do R.G.CO. – cfr. ponto 1.2. do parecer e, mais importante, a opinião expressa em AUGUSTO SILVA DIAS, Direito das Contra-ordenações, Almedina, págs. 204 a 206⁵.

28. Este entendimento, sempre constante, do Tribunal de Comércio foi confirmado pelo Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Abril de 2013, proc. 349/11.7TYLSB.L1 – cfr. fls. 172 a 174⁶.

29. Ora, assumindo-se, noutra perspectiva, que “*esse conhecimento [de todos os direitos] não depende, por certo, da constituição formal como arguido, mas depende seguramente da informação da autoridade administrativa competente para dar início e seguimento ao processo contra-ordenacional*” - AUGUSTO SILVA DIAS, ob. cit., Almedina, pág. 205 a 206, julgamos que subsiste uma evidente contradição entre a adesão àquela jurisprudência na obra publicada e a opinião doutrinária do parecer, segundo a qual, para efeitos da legalidade e validade de buscas e apreensões, o NRJC demanda um acto formal de constituição do estatuto de visada para conhecimento e atribuição processual dos respectivos direitos, apesar de, como diz o mesmo autor noutra sede, nada no Direito contra-ordenacional o impor, decorrendo tais direitos da própria Lei e devendo ser afirmados desde o início do processo.

30. Julgamos que a viabilidade de concatenação lógica entre as referidas opiniões doutrinárias seria a de evitar uma construção abstracta dessa obrigatoriedade de constituição formal, assumindo-se antes que, casuisticamente, esse acto pode-se revelar concretamente necessário e precisamente para assegurar as garantias de defesa num determinado processo, excursão racional que o parecer não desenvolve por referência à concreta posição processual das visadas e às concretas diligências probatórias efectuadas.

31. Por outro lado, nada obsta que essa eventual e hipotética invalidade não seja reparada com o cumprimento formal do art.º 50.º do R.G.CO.

⁵ Criticando, o mesmo autor, a contradição da restante fundamentação da sentença neste tópico “...com a asserção de que o arguido dispõe de todos os direitos de defesa desde o início do processo e independentemente de qualquer acto formal”.

⁶ Acessível

em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/ANEPE%20IDF_11_11_TRL_04.04.2013.pdf



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 71/18.3YUSTR-D

32. Prosseguindo no que respeita à suficiência da lei contra-ordenacional quanto à constituição do estatuto processual de visada, “*O que a lei regula são os actos processuais essenciais para a tramitação dos autos que, pelo seu conteúdo e significado, permitem identificar momentos anteriores e posteriores aos mesmos e a sua sujeição a um regime específico*”, importando para tal os seguintes momentos essenciais; “ (...) i) a imputação das infracções ao arguido pela autoridade administrativa; ii) a defesa perante essa imputação; iii) a eventual realização de diligências adicionais de prova; iv) a decisão final da autoridade administrativa; v) eventual impugnação judicial desta decisão pelo arguido” – FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito de Audição e Direito de Defesa em Processo de Contraordenação: Conteúdo, Alcance e Conformidade Constitucional*, RPCC, Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, fls. 74.

33. Independentemente do seu carácter invasivo, as diligências probatórias de busca e apreensão, expressamente previstas para a acção sancionatória do NRJC, não integram qualquer momento essencial do processo contra-ordenacional por infracções ao Direito da Concorrência, e não cumprem nenhum desiderato autónomo e obrigatório do cumprimento dos direitos de audição e defesa, pelo que não correspondem a quaisquer actos essenciais para a tramitação do procedimento.

34. Outrossim, a única interpretação admissível do art.º 50.º do R.G.CO. é que o direito de audição e defesa tem de ser efectivamente cumprido nesse momento processual, independentemente do receptáculo processual que lhe sirva como meio de comunicação e concessão da oportunidade de defesa.

35. Por conseguinte, as diligências probatórias de busca e apreensão representam apenas meios processuais de aquisição de prova do facto ilícito, sendo por vezes o momento despoletador da acção sancionatória, e que, no rigor da lei adjectiva, não exigem o cumprimento de qualquer conteúdo obrigatório ou acto formal prévio para a sua validade, e sem prejuízo do respeito pelas normas de competência para as providências de aquisição probatória que lhe são inerentes.

36. As visadas, esteiradas naquele parecer, fundamentam a arguição desta invalidade exclusivamente por referência à aplicação subsidiária do CPP e quanto ao seu art.º 57.º.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

37. Esta chamada do Direito subsidiário encontra-se liminarmente inquinada por inoperacionalidade de aplicação do art.º 41.º do R.G.CO. e pela inaplicabilidade da estrutura acusatória ao processo contra-ordenacional.

38. *“Este regime [art.º 41.º do R.G.CO.] exige, portanto, uma actividade interpretativa do aplicador do Direito, basicamente centrada em dois momentos: em primeiro lugar, o aplicador terá de determinar se é necessário e admissível para regular certa questão do Direito de Mera Ordenação Social recorrer aos preceitos do Direito Processual Penal, em segundo lugar, se a resposta a esta questão for positiva quanto às duas exigências (necessidade e admissibilidade), terá de ser realizada uma segunda operação hermenêutica que consiste em determinar se as normas do Direito Processual Penal se aplicam literalmente ou se têm de ser «devidamente adaptadas» à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenações”* - FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *A figura do assistente e o processo de contra-ordenação*, RPCC, Ano 12, n.º 1, Janeiro-Março 2002, fls. 112 e 113.

17

39. Neste conspecto, a aplicação do regime previsto nos artigos 57.º e 58.º do CPP falha, em toda a linha, este criterioso juízo de aplicação subsidiária, seja por inexistência de uma situação jurídica carente de solução exterior ao R.G.CO. ou ao NRJC e que seja adequada ao processo sancionatório, seja por uma notória inadaptação dos pressupostos formais daquele acto formal de inquérito decorrente da indiciação de um crime, obrigatório numa estrutura acusatória do processo penal, ao cumprimento do direito de audição e defesa na fase administrativa do processo contra-ordenacional.

40. Donde resulta, em nosso entender, que o estatuto processual de visado em processo contra-ordenacional deve ser observado à luz do cumprimento do art.º 50.º do R.G.CO. e sem que se possa exigir a obrigatoriedade de um acto formal de constituição dos destinatários de diligências probatórias em visadas.

41. Uma conclusão deste tipo e pelos consequentes vícios de *nulidade e inutilizabilidade da prova* - pugnados no parecer, ou de inconstitucionalidade, nulidade e inadmissibilidade nos termos conjugados dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 2, e 20.º do RJC, 126.º, n.º 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, n.ºs 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – pugnados pelas visadas/recorrentes, acarretaria, num só golpe, 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 71/18.3YUSTR-D

colapso de todo o Direito Probatório Processual jusconsolidado no Direito Contra-ordenacional.

42. Seguimos, por adesão e valência intelectual, as conclusões da AdC na respectiva resposta ao recurso de impugnação judicial, expostas nas seguintes preposições: i. no Código de Processo Penal não se encontra prevista a obrigatoriedade de constituição de arguido em momento prévio à realização de diligências de busca e apreensão, conforme resulta *a contrario* dos artigos 57.º, 58.º e 59.º do CPP; ii. uma pessoa ou uma empresa pode ser alvo de buscas sem que seja posteriormente constituída arguida; iii. a qualidade de buscado não tem de ser necessariamente coincidente com a de visado quer ao momento das diligências de buscas, quer em momento posterior; iv. no processo contra-ordenacional da concorrência não existe um momento formal e autónomo de constituição de visado, uma vez que tal constituição não é necessária à garantia dos seus direitos, não contendo o NRJC qualquer disposição relativa à obrigação, ao tempo e ao modo de constituição de visado; v. mesmo em momento posterior ao da realização das diligências de busca e apreensão, e ao contrário do que ocorre no processo penal, no direito contra-ordenacional não existe um momento formal e autónomo de constituição de visado, uma vez que tal constituição não é necessária à garantia dos seus direitos; vi. da análise do art.º 32.º da CRP verifica-se a existência de diferenças substanciais entre o processo criminal em geral e o regime geral das contra-ordenações (consagrado no n.º 10 deste preceito; vii. o legislador pretendeu, de forma intencional, perante a diferença de natureza dos ilícitos – os penais e os contra-ordenacionais – que as regras processuais penais não tivessem aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, não incluindo, nem no R.G.CO., nem no NRJC, uma norma prevendo a constituição formal de visado, não se tratando, portanto, de uma lacuna.

18

43. Concluimos, então, que a não constituição das empresas Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. como visadas em momento anterior às diligências de busca e apreensão não constitui qualquer nulidade ou irregularidade.

* *



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 71/18.3YUSTR-D

Da legalidade, validade ou regularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela AdC em cumprimento de mandados emitidos pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

44. Outra premissa explicativa desta decisão decorre da recente pronúncia deste Tribunal e deste signatário, constante da sentença de 03-05-2018, proferida no âmbito do processo n.º 83/18.7YUSTR, e da sentença de 17-05-2018, proferida no âmbito deste processo e PRC/2016/04 – apenso A, **tendo tais decisões transitado em julgado sem qualquer interposição de recurso**⁷.

45. Efectivamente, todas as alegações de ambas as visadas neste apenso correspondem, essencialmente, às alegações vertidas na impugnação judicial conhecida naqueles processos e no âmbito de processo contra-ordenacional instaurado pela AdC por práticas restritivas da concorrência, pelo que aqui se reiterará o nosso entendimento mercê da inexistência de qualquer razão superveniente para transmutar a nossa pronúncia.

*

46. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da das decisões da AdC de **16 e 17 de Maio de 2018** e do indeferimento das pretensões das visadas consignadas nos requerimentos referidos nos **pontos G) a J) dos factos provados**, prende-se com o entendimento da AdC quanto à sua própria competência para apreciar da validade, legalidade e regularidade 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.

47. Por sua vez, o centro nevrálgico da posição comum de ambas as visadas/recorrentes neste recurso aquilata-se, de modo preclaro, na sua declarada e partilhada pretensão em aferir da legalidade do mandado de busca e apreensão, emitido por autoridade judiciária, quanto à apreensão do correio electrónico⁸.

⁷ Assim como das sentenças proferidas nesta data nos apensos E, G e I, não transitadas em julgado.

⁸ Como bem nota a AdC na resposta à impugnação das decisões interlocutórias: “*Ainda que as Recorrentes invoquem (a jusante), a nulidade da diligência de busca executada pela AdC, bem como a nulidade da prova*



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 71/18.3YUSTR-D

48. Ora, este Tribunal, além das sentenças acima referidas que partilham o mesmo objecto de impugnação, no âmbito de recursos de medidas interlocutórias proferidas em processos de contra-ordenação instaurados por práticas restritivas da concorrência – **cf. sentença de 25-10-2016, proc. n.º 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.

49. 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.

apreendida (cf. capítulo III dos Recursos), a verdade é que tais nulidades decorrem (a montante) de uma pretensa nulidade do mandado emitido pelo Ministério Público, a qual é expressamente identificada pelas Recorrentes (cf. capítulos IV e VI dos Recursos)."

⁹ Quanto a este encadeamento sistemático remete-se para a cronologia destas pronúncias do TCRS ao longo deste período de litigância interlocutória: **i) Processo n.º 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 apensação 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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

50. 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.

51. 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.**

21

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.*

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 noutros locais, incluindo*



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 71/18.3YUSTR-D

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

53. 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.

54. 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.

55. Como tal, a proposta de enquadramento processual defendida por ambas as visadas/recorrentes incorre numa grosseira ab-rogação do regime processual, cujas

22

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

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

consequências significariam a subversão total do regime de aquisição probatória transversal ao Direito Público Sancionatório.

56. 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 I do NRJC, concluindo pela nulidade daquele exercício de competência e pela utilização de um método proibido de prova, validado pelo mesmo Juiz de Instrução e cujas decisões não podem ser controladas por um outro Tribunal de 1.º instância em completa preterição das regras de extensão e limites da competência jurisdicional segundo a matéria, o valor, a hierarquia e o território, cujo resultado seria um evidente desaforamento daquela competência.

57. 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.**

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

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

60. *“Os regimes especiais prevêm a autorização judicial de busca, mas discute-se qual é o juiz competente. Em regra, o juiz competente é do Tribunal que conhecerá da impugnação judicial da decisão administrativa e não do juiz de instrução”* – PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das 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.

61. 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.

62. 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**



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.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

de busca e apreensão determinadas pelas autoridades judiciárias competentes em matéria criminal devem ser arguidas perante aquelas autoridades – por reclamação hierárquica, requerimento ou até impugnação judicial - e sujeitas a instância recursiva para aquele foro.

63. 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 das visadas/recorrentes de sindicância da validade, legalidade e regularidade dos mandados de busca e apreensão, emitidos no âmbito de medida restritiva determinada em processo contra-ordenacional.

64. Este regime processual – previsto nos artigos 119.º; 120.º; e 174.º a 186.º do CPP – permite a cominação de vício de nulidade sanável em caso de preterição de formalidades essenciais, mediante a arguição de inexistência, nulidade ou irregularidade do 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, proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA¹⁵, Ac. RG de 05-12-2016, proc.

24

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 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.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

823/12.8PBGMR.G1, relator PAULA ROBERTO¹⁶; Ac. RG de 20-09-2010, proc. nº 89/09.7GCGMR.G1, relator TERESA BALTAZAR¹⁷, todos disponíveis em dgsi.pt.

65. Este regime de sindicância, em glosa qualificada naqueles arestos¹⁸, 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 correspectivo da sua autonomia e domínio do inquérito, **tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão pudesse intervir no controlo dessa actividade além daquilo que o Juiz de Instrução pode nos termos da lei processual penal.**

66. 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.

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

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 sanção 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. nº 683/16.0PBGMR.G1, relator ALDA CASIMIRO e que defende que “o JIC possui competência para verificar a existência de irregularidade em despacho proferido pelo M.º P.º 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 71/18.3YUSTR-D

68. Ainda assim, entendemos que pode ser aportado um outro argumento, sequente dos precedentes e que visa trazer algum equilíbrio à protecção dos interesses das visadas/recorrentes no âmbito do processo contra-ordenacional.

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

70. 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 determinado pelo mandado emitido pelo Ministério Público se apresenta, nesta fase, inócuo para o sancionamento da visada por práticas restritivas da concorrência.

71. Isto é, a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento de cada uma das visadas/recorrentes é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC, no momento processual em que as decisões interlocutórias foram proferidas, não havia procedido a qualquer **acto processual tendente à utilização dessa prova** para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude.

72. 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 visadas/recorrentes querem ver sindicada.

73. 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.

74. No entanto, **entendemos que esse conhecimento de plena jurisdição depende, apodictamente, da efectiva e concreta utilização no processo contra-ordenacional de provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou**



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 71/18.3YUSTR-D

nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular, ressalvados os casos previstos na lei.

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

76. 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.

77. Ora, neste PRC/2016/04, a AdC limitou-se a requerer as diligências de prova e a executar os mandados, nos termos determinados pelos despachos do Ministério Público, incluindo os de alargamento do objecto, 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.

27

78. 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.

79. Os artigos 84.º¹⁹ e o art.º 112, n.º 1 al. a) e n.º 2 al. b) da LOSJ conferem respaldo a este entendimento, pois que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão dispõe de competência recursiva exclusiva para as decisões da AdC de **22-01-2018 e de 02-02-2018,**

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 carácter 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

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

decisões interlocutórias essas que indeferiram as arguidas nulidades do mandado de busca e apreensão.

80. A determinação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas nas instalações de ambas as visadas não corresponde a qualquer decisão da AdC, mas consubstancia, antes, um acto de competência jurisdicional do Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

81. *Ergo*, este Tribunal tem competência para conhecer das medidas interlocutórias de **16 e 17 de Maio 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.

82. 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.

83. 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 garantias 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.

84. 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 71/18.3YUSTR-D

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.

85. *“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.*

86. 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.

87. 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, sendo esse um ónus que cabe à ora Recorrente e não à AdC.”*

88. A perspectiva que é trazida pelas duas sentenças proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa nos processos n.º 97/06.0TYLSB²¹ e n.º 214/07.2TYLSB²², 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, no processo n.º 5807/2006-5, acessível em dgsi.pt. (invocados noutros recursos com o mesmo objecto), não é diferente daquela que aqui defendemos.

²¹ Disponível em

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/%C3%81reaFarmaceutica%20IDI_09_06_TCL_14.05.2007.pdf.

²² Disponível em

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/NORB OX%20IDI_02_07_TCL_05.06.2007.pdf.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

89. 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.

90. 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 as visadas/recorrentes pretendem aqui ver reconhecida.

91. Todavia, a **análise do conteúdo e do casuismo 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.**

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

93. Já a sentença proferida no proc. n.º 214/07.2TYLSB conheceu apenas da questão da extemporaneidade do recurso e da equiparação da sede de pessoas 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*”**.

94. 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 aresto assume como premissa argumentativa a solução contrária àquela que ficou expressamente prevista no art.º 18.º, n.º 2 e 21.º do NRJC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

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

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

97. Efectivamente, as visadas/recorrentes não vieram impugnar, como se diz na sentença do proc. n.º 97/06.0TYLSB²³, que *a decisão da Autoridade da Concorrência tenha sido tomada no âmbito da sua competência própria, de proceder, nos termos do n.º 1, alínea c) do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, às diligências de buscas e apreensão.*

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

99. O *argumento de cúpula* das visadas/recorrentes para legitimar a amplitude dos recursos parte da construção de uma ficção que faz corresponder o impulso/execução processual da diligência probatória com a competência decisória para a mesma diligência que se nos afigura precária, insuficiente e de difícil sustentação.

100. Pelo contrário, o que as visadas/recorrentes querem discutir nesta instância é, efectivamente, os *despachos de autorização emitidos pelo Ministério Público*, em suma, a emissão dos mandados de busca e apreensão (e de alargamento do objecto) quanto ao âmbito da sua legalidade para autorizar a AdC à apreensão de correio electrónico.

101. Por outro lado, já assinalámos o elemento de contexto interpretativo pelo qual o legislador assumiu um *desfasamento geográfico e de foro* quanto à competência das diligências determinadas por autoridade judiciária no âmbito dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º

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 71/18.3YUSTR-D

e 21.º do NRJC e quanto à competência para a impugnação de decisões, interlocutórias ou finais, da AdC.

102. 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*.

103. As visadas/recorrentes, notificadas dos respectivos mandados e respectivos despachos (comuns) de fundamentação do Ministério Público para as diligências de busca e apreensão determinadas no PRC/2016/04, pretendem que este Tribunal assumira, perante aquela autoridade judiciária, uma competência de instância superior, criando, para tanto, duas instâncias paralelas que apreciem da legalidade das diligências de busca e apreensão em processo sancionatório.

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

105. Este entendimento apresenta-se vazio de qualquer atendibilidade ou razoabilidade adjectiva.

106. **À luz do enquadramento processual, este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica para sindicar as decisões das autoridades judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC.**

107. 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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. n.º 71/18.3YUSTR-D

ingerência nas entidades reguladas manifestamente invasivos e tributários de fundada suspeita da prática de infracções concorrências.

108. 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.*

109. 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.**

110. 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.

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

112. 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.

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 indiciação 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.



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 71/18.3YUSTR-D

113. 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.

114. O argumento repetido trazido por ambas a visadas de que foi arguida a nulidade da apreensão do correio eletrónico, efetuada na prática 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 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.

115. 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.

116. Atente-se que, mercê da nossa posição, abstenho-nos de avançar sobre os demais fundamentos dos requerimentos interlocutórios das visadas, apreciados subsidiariamente e *ad latere* nas decisões impugnadas, nomeadamente: i. inadmissibilidade constitucional de busca e apreensão de correio electrónico num processo de contra-ordenação: ii. proibição de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação em processo de contra-

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 interceptação 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

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

ordenação; **iii.** aplicação da Lei do Cibercrime em processo de contra-ordenação; **iv.** competência exclusiva de JIC para autorização de tais diligências; **v.** âmbito subjectivo, fundamentação e conteúdo dos despachos de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público; **vi.** regularidade, validade e legalidade dos despachos de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público; **vii.** regularidade, validade e legalidade das diligências de busca e apreensão; **viii.** regularidade, validade e legalidade das diligências de busca e apreensão previamente à emissão e notificação do despacho de alargamento de 10.02.2017; e **ix.** natureza da invalidade e tempestividade da arguição.

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

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

119. Pelas decisões de **16 e 17 de Maio 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.**

120. É certo que a AdC, num esforço de suficiência e completude da pronúncia, conheceu de forma subsidiária dos fundamentos materiais da arguição dos vícios e nulidades, 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.

121. 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 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.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 71/18.3YUSTR-D

122. No mesmo sentido, não merecem revisão crítica ou de mérito os demais argumentos e conclusões expendidas no parecer do Exm.º Sr. Professor Augusto Silva Dias, as quais julgamos aplicáveis ao próprio exercício da competência decisória probatória da autoridade judiciária responsável pela emissão dos mandados.

*

123. Em conclusão, as decisões interlocutórias de 16 e 17 de Maio de 2018, no segmento em que se recusaram a conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto de mandados de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público e ao abrigo dos artigos 18.º, n.º 1, als. c) e d) e n.º 2 e 21.º do NRJC, foram legais e conformes ao regime processual.

124. Impõe-se, por tudo o que vai dito, a conseqüente improcedência da declaração de nulidade das decisões proferidas pela AdC em 16 e 17 de Maio de 2018, as quais indeferiram, respectivamente, os requerimentos das visadas Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., referidos nos pontos G) a J) dos factos provados, mantendo-se, na íntegra, os seus efeitos processuais.

36

* * *

*

IV. DECISÃO.

125. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente os recursos de impugnação de medidas administrativas, interpostos pelas visadas/recorrentes Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., absolvendo a AdC dos pedidos de declaração de invalidade e nulidade das decisões proferidas em 16 de Maio de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1055) e em 17 de Maio de 2018 (Ofício S-AdC/2018/1079) no âmbito do PRC/2016/04.

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

127. Notifique e deposite.



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 71/18.3YUSTR-D

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

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 19-11-2018

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista