



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. EX-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Relevando a não oposição de todos os intervenientes processuais, por manifesta desnecessidade, **determino a imediata prolação de sentença.**

*

O Acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, proferido a 26-02-2020, **julgou provido o recurso declarando nula a sentença de 28-05-2019, nos termos do art. 123.º n.º 2 do CPP, a qual deverá ser substituída por outra em que: i) ou o TCRS se declara incompetente e se abstém de conhecer do mérito da impugnação judicial da decisão da AdC; ii) ou o TCRS, se considerar que deve pronunciar-se sobre as questões suscitadas pela Vodafone, na impugnação judicial da mesma decisão da AdC, tem de declarar-se competente para aferir da validade e eficácia da atuação da AdC, na execução do mandado de busca determinada pelo M.º P.**

Com todo o devido respeito pelo Venerando Acórdão e sem tanger com a sequente e douta fundamentação quanto à assinalada contradição entre o âmbito material da competência do TCRS nos recursos interlocutórios do NRJC e a pronúncia jurisdicional levada a cabo quanto às questões suscitadas pela visada, afigura-se-nos que a limitação disjuntiva do dispositivo do mesmo Acórdão torna difícil, senão impossível, conceder numa resposta cabal visto que, salvaguardado o respeito pelo poder jurisdicional desta instância, a nossa tese sobre a competência material do TCRS não foi invalidada no aresto em causa.

Assim, procedendo a nulidade da sentença por contradição insanável, o Venerando Tribunal da Relação de Lisboa não declarou nula ou recusou a nossa fundamentação sobre a limitação da competência material do TCRS para conhecer das questões tangentes com a competência do JIC ou do Ministério Público sobre as diligências de busca e apreensão.

E se não a declarou nula ou recusou, teremos de a manter na sua integralidade intelectual e motivacional, sujeitando-a a controlo de mérito, sem a expurgar de qualquer passo lógico que corresse o risco de a deturpar.

Todavia, tentaremos sanar a contradição tão evidentemente assinalada no aresto e de acordo com os seguintes fundamentos ali exarados:

“(…)

O recurso apresentado pela Vodafone perante o TCRS (fls. 2 a 32 do processo principal), tinha por objeto sindicat a pronúncia da AdC quanto ao efeito útil do recurso da



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

visada (2. das conclusões); à validade do bloqueio do acesso ao sistema informático imposto pela AdC (3. e 4. das conclusões); à violação do segredo profissional (5. e 6. das conclusões) e à violação dos limites temporal e material do mandado do MP por parte da AdC (conclusões 7. a 10.).

No que se refere à primeira questão, o TCRS discorreu nos parágrafos 140 a 159 sobre a mesma para concluir que « (...) perante o prosseguimento das diligências de busca e apreensão e com a apreensão (...) tomada a 21.1.2018, não subsiste qualquer efeito útil da decisão da AdC face ao concretamente peticionado pela Vodafone nos seus requerimentos de 11.12.2018 e de 13.11.2018» (transcrição parcial do parágrafo 149 da decisão recorrida).

No que se refere à questão relacionada com o bloqueio de acesso das contas de correio eletrónico de colaboradores sem que o mandado de busca conferisse os poderes previstos na al. d), do n.º 1 do artigo 18.º do NRJC, o TCRS abordou-a, analisou-a e decidiu-a nos parágrafos 219 a 235 (...).

Com referência ao tema da validade das medidas de exame e visualização levadas a cabo pela Adc que, no entender da recorrente Vodafone, afrontam, inadmissivelmente, direitos fundamentais de protecção da correspondência e de sigilo profissional de advogados, o mesmo foi apreciado e decidido nos parágrafos 160 a 205 da decisão do TCRS agora em recurso (...).

Por fim, quanto à questão de saber se as diligências de busca e apreensão foram além da delimitação temporal e material fixada no texto do mandado de busca, o TCRS, analisou e decidiu todas estas questões nos parágrafos 206 a 218 (...).

A decisão recorrida não padece, nem de excesso, nem de omissão de pronúncia.

O problema desta decisão é outro.

Esse problema radica na afirmação simultânea da incompetência do TCRS para conhecer das questões suscitadas no recurso interlocutório apresentado pela Vodafone e do demérito ou falta de fundamento legal do recurso precisamente quanto às mesmas questões.

(...)

Aparte o acerto ou desacerto de tal excerto da decisão recorrida, tendo o TCRS afirmado a sua incompetência para conhecer da legalidade, validade ou irregularidade da apreensão dos documentos em resultado da busca ordenada pelo M.º P.º, às instalações da



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Vodafone com o argumento de que tal apreciação determinaria a ingerência na competência das autoridades judiciais competentes em matéria criminal, não pode, logo de seguida e na mesma decisão, pronunciar-se sobre a existência ou inexistência de efeito útil do recurso da Vodafone, nem acerca da validade do bloqueio do acesso ao sistema informático imposto pela AdC, nem sobre a violação do segredo profissional e dos limites temporal e material do mandado do MP por parte da AdC, porque estas são precisamente as questões atinentes ao modo de execução do mandado de busca para cuja apreciação se havia já considerado material e funcionalmente incompetente.

Estas duas linhas de argumentação auto excluem-se e a sua manutenção na mesma decisão conduz a uma contradição insanável na fundamentação da decisão.” – nosso destacado.

Por referência àquela explanação, foi proferida, em 03-09-2020, nova decisão, retirando da fundamentação todas as questões expressamente enunciadas pelo douto Acórdão da Relação de Lisboa 26-02-2020 como contraditórias com o objeto e âmbito definido da competência material do TCRS, ou seja, e respetivamente à ordem das questões enunciadas, os pontos 140) a 159); os pontos 219) a 235); os pontos 160) a 205) e os pontos 206) a 218) da sentença proferida a 28-05-2019, mantendo tudo o mais.

*

Interposta nova fase de recurso, o Acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, proferido a 26 de fevereiro de 2020, julgou provido o recurso, declarando que a sentença recorrida padece de vício de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, p. e p. no art.º 410.º, n.º 2 do C.P.P. e, em consequência, determinou o reenvio dos autos, para que seja proferida nova sentença pelo TCRS, onde seja sanado o vício apontado de e de forma coerente e fundamentada o Tribunal se pronuncie sobre o recurso da Vodafone, emitindo uma decisão que poderá ser: i) no sentido da declaração de incompetência do TCRS para reconhecer do mérito do recurso da Vodafone, ou ii) assumindo essa competência, pronunciar-se sobre as várias questões suscitadas pela recorrente Vodafone.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Em respeito pela fundamentação do Acórdão tentaremos novamente clarificar a nossa posição de acordo com o enquadramento da questão pelo Tribunal a quem com os seguintes pressupostos:

i) A nossa posição original sobre a medida da competência tem sido reiterada ao longo de quase duas dezenas de decisões deste signatário nos processos infra referenciados, e tem sido validada pelos mais recentes arestos da Relação de Lisboa, dos quais se destaca o Ac. RL de RL de 26-11-2019, proc. n.º 18/19.0YUSTR-D.L1-PICRS, relator RUI TEIXEIRA, e precisamente no mesmo processo contraordenacional;

ii) Com profundo e reverente respeito pela posição do Tribunal *a quem*, a nossa posição original implica que este Tribunal seja competente para decidir de todos os atos da AdC que não tanjam com os mandados de busca, parecendo-nos evidente que a solução disjuntiva do aresto é flagrantemente restritiva dessa posição, a qual, repetimos, se tem consolidado jurisprudencialmente e que não recusa a competência, mas limita o âmbito da pronúncia sobre as questões de validade inerentes aos mandados;

iii) Este Tribunal reconhece que o Acórdão em causa consignou que, na sentença de 03-09-2020, se produziu argumentação de forma mais detalhada e minuciosa sobre as razões inerentes à medida da competência, discordando-se, sobretudo, do dispositivo final e que entendeu não ser consequente com a mencionada fundamentação;

iv) Neste seguimento, este Tribunal irá então reformar a sentença nessa medida, lembrando que na primeira sentença conheceu efetivamente de mérito sobre os fundamentos do recurso de âmbito material e temporal, ainda que de forma que se possa considerar excessiva ou contraditória com a medida da competência definida por este Tribunal *a quem*.

*
*
*
*
*
*
*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

SENTENÇA

I. RELATÓRIO.

1. Por decisão de **22 de Janeiro de 2019**, proferida no processo de contra-ordenação identificado como **PRC/2018/05**, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) indeferiu os requerimentos apresentados pela visada, aqui recorrente, **VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A.**, (doravante **VODAFONE** ou visada/recorrente) nos dias 11 de Dezembro de 2018 e de 13 de Dezembro de 2018 e no deurso de diligências de busca e apreensão.

2. A visada/recorrente, **VODAFONE**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da AdC, proferida a **22 de Janeiro de 2019** e na sequência de diligência de busca e apreensão no **PRC/2018/05**.

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

1. Vem o presente recurso interposto da Decisão da AdC, de 22.01.2019 ("Decisão") que incidiu sobre os requerimentos da Vodafone de 11.12.2018 e 13.12.2018, apresentados no decurso das diligências de busca e apreensão, realizadas na sua sede por, alegadamente, ter participado num "acordo de cavalheiros", em conjunto com outras empresas de telecomunicações, com o objeto de impedir que potenciais clientes que pesquisassem online ofertas de determinada empresa tivessem acesso a informação respeitante a empresas concorrentes, desde, pelo menos, 2015;

2. A Decisão viola o disposto nos artigos 122.º e 123.º do CPP, uma vez que, e ao contrário do alegado pela AdC, a apreciação do objeto dos requerimentos de 11.12.2018 e 13.12.2018 tem efeito útil porquanto:

i. qualquer invalidade que seja constatada torna inválido o ato sobre o qual incida a arguição, bem como todos atos que dele dependerem ou puderem afetar;

ii. a Vodafone associou (e mesmo que não tivesse associado, por se tratar de questões de conhecimento oficioso – nulidade da prova) às invalidades arguidas consequências sobre a prova recolhida durante as diligências; e

iii. a tese da AdC inviabilizaria a tutela dos direitos dos visados pelas buscas em manifesta violação dos n.ºs 1 e 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa;

3. Relativamente ao bloqueio de acesso a sistema informático, a Decisão viola o disposto nos artigos 18.º n.º 1 alíneas c) e d) da LdC, na medida em que:

i. o bloqueio de acesso a sistema informático não está integrado nos poderes conferidos pelo mandado nos termos da alínea c) do artigo 18.º n.º 1 da LdC, correspondendo a uma selagem e não apenas a um "mero passo informático necessário e prévio à cópia da informação", e visando preservar a prova sem que tal seja concomitante com qualquer ato de extração ou cópia;



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

ii. o bloqueio das contas dos colaboradores da Vodafone não se reportou, apenas, à conta de email, mas ao computador como um todo, uma vez que foi bloqueado o acesso ao sistema de intranet que liga o utilizador à Vodafone Portugal e ao Grupo Vodafone, ficando assim este impossibilitado de aceder ao seu ambiente de trabalho, aos documentos, aos programas e, também, ao correio eletrónico, cujo acesso ficou igualmente bloqueado via telemóvel; no fundo, impediu-se que os colaboradores pudessem aceder ao seu posto de trabalho virtual;

iii. o ato de selagem está previsto no artigo 18.º, n.º 1, alínea d) da LdC, alínea que não consta do mandado do Ministério Público, o que significa que tal ato foi praticado sem autorização para o efeito, sendo a prova desse modo obtida inválida;

4. As ordens de bloqueio, dadas sem poderes legais, configuraram uma situação de coacção ou, pelo menos, de intromissão ilegítima na atividade da Vodafone, devendo assim a prova apreendida nas diligências de busca e apreensão ser declarada nula, nos termos conjugados dos artigos 126.º, n.º 1 e 3 do CPP, artigo 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 da LdC, não podendo ser utilizada no processo;

5. Quanto à violação do segredo profissional de advogado, a Decisão contraria o disposto nos artigos 13.º, n.º 1 e 20.º, n.ºs 1 e 5 da LdC, 41.º, n.º 1 e 42.º 1 do RGCO, 122.º, n.º 1, 126.º, n.ºs 1 e 3, 135.º 1 e 182.º, n.º 1 do CPP, 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados e 34.º e 208.º da Constituição da República Portuguesa, devendo declarar-se a nulidade de toda a prova apreendida em violação do referido sigilo;

6. Com efeito:

i. à AdC foi entregue, no início do dia de 12.12.2018, uma lista de advogados, externos e internos que, ainda que não exaustiva, deveria e poderia ter sido respeitada pela Autoridade, nomeadamente através da aplicação de filtros;

ii. a posição da Vodafone não inviabiliza qualquer diligência de busca e apreensão uma vez que, caso a AdC se deparasse com emails contendo como remetente, destinatário ou copiados advogados, externos ou internos, a Autoridade podia (e devia) proceder à respetiva selagem, sem visualização, e remessa ao Ministério Público e ao Juiz de Instrução Criminal para que este, e só este, os analisasse e verificasse se estariam ou não abrangidos por sigilo;

iii. é proibida a visualização de emails enviados ou recebidos pelos advogados da Vodafone, externos ou internos, ou com os mesmos em cópia, pelos funcionários da AdC, independentemente de serem ou não, posteriormente, apreendidos (179.º, n.º 3 e 182.º do CPP, aplicáveis nos termos conjugados dos artigos 13.º, n.º 1, 19.º, n.ºs 7 e 8 e artigo 20.º, n.º 4 da LdC e artigo 41.º, n.º 1 do RGCO);

iv. não está em causa o potencial conhecimento fortuito de comunicações abrangidas por sigilo, dado que, se a empresa consegue identificar os seus advogados, ainda que não exaustivamente, não pode a AdC ignorar essa informação, pretendendo que as comunicações provindas, dirigidas ou conhecidas por esses advogados (pelo menos esses) lhe chegam ao conhecimento de forma inadvertida;



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

v. a violação do segredo profissional contamina toda a prova apreendida, uma vez que a mera visualização de informação sujeita a segredo pode redirecionar uma pesquisa, abrir novas vias de investigação, suscitar novas palavras-chave, enfim, influenciar, de forma mais ou menos decisiva, a recolha de prova;

7. No que respeita ao extravasamento do período temporal do mandado, a Decisão deve ser revogada, devendo declarar-se a nulidade de toda a prova apreendida, nos termos conjugados dos artigos 126.º, n.º 3, e 178.º, n.º 3 do CPP, 17.º, n.º 1 da Lei do Cibercrime, 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO.

8. Isto porque:

i. a documentação, mensagens de correio eletrónico, atas e extratos de escrita que não tenham relação com o período temporal ou com os factos subjacentes ao mandado não podem nem devem ser examinados nem, por maioria de razão, apreendidos pela AdC, porquanto tal configura uma busca (e apreensão) em absoluto extravasamento do mandado;

ii. o facto de o mandado prever a possibilidade de existência de mensagens de correio eletrónico anteriores a 2015 não legitima uma fishing expedition, sob pena de o mandado constituir um cheque em branco que habilitaria a AdC a escrutinar livremente as instalações, os computadores e a rede informática da Vodafone, com o objetivo de encontrar qualquer tipo de informação, referente a todo e a qualquer período de tempo, permitindo-lhe eventualmente instruir um processo contraordenacional por um qualquer tipo de infração;

iii. a Vodafone identificou no seu requerimento de 13.12.2018, pelo menos, 3 emails cujas datas estavam razoavelmente afastadas do ano de 2015 que, ainda assim, foram visualizadas pela AdC, sem se perceber o porquê ou qual a sua utilidade para a investigação;

9. Quanto ao extravasamento do âmbito material do Mandado, a Decisão deve ser revogada, devendo declarar-se a nulidade de toda a prova apreendida, nos termos conjugados dos artigos 126.º, n.º 3, e 178.º, n.º 3 do CPP, 17.º, n.º 1 da Lei do Cibercrime, 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO;

10. Com efeito:

i. a AdC examinou o conteúdo de mensagens de correio eletrónico que nada tinham a ver com os factos sob suspeita;

ii. o mandado não pode ser entendido como uma carta-branca para analisar toda e qualquer comunicação de um cidadão e de uma empresa, mormente quando nem de crimes se trata;

iii. a Autoridade não se limitou à leitura rápida de correios eletrónicos para determinar o período temporal e o assunto em causa, tendo efetuado uma leitura detalhada e muito para lá do necessário para compreender que tais correios eletrónicos nada tinham de relevante para os autos.

4. A AdC veio remeter o processo, 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.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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

6. Por decisão de 12-03-2019 no âmbito do processo n.º **55/19.4YUSTR**, determinou-se a apensação daqueles autos ao presente processo nos termos e para os efeitos do art.º 85.º, n.º 3, do Novo Regime Jurídico da Concorrência.

7. Por ter sido tempestivamente interposto, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, em harmonia com o disposto no art.º 85.º do NRJC **foi proferido despacho a admitir o presente recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa proferida em 22.01.2019, no âmbito do PRC/2018/05, interposto por VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A., em harmonia com o disposto no art.º 85.º do NRJC.**

8. Nos termos e fundamentos do despacho proferido a 21.03.2019, **foi atribuído efeito meramente devolutivo aos presentes recursos.**

9. Compulsando os termos da motivação do recurso e atendendo ao objecto da decisão administrativa em causa, afigurando-se susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, **notificou-se a visada/recorrente, 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.**

10. Regularmente notificada, a visada/recorrente não veio declarar opor-se à decisão por simples despacho, tendo-se pronunciado, após contraditório, nos termos do requerimento de 14.04.2019 (ref.ª 36977).

11. Em conformidade com o entendimento exarado no despacho de 23.04.2019, designou-se dia para a realização da audiência de julgamento, com determinação do âmbito da prova a produzir (cfr. despacho de 08.04.2019), a qual decorreu com inteira observância do legal formalismo (cfr. respectiva acta de julgamento).

* * *

*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

II. MATÉRIA DE FACTO¹.

12. Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada, por admissão expressa da visada/recorrente, por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes do apenso A² e do apenso C³, juntas pela AdC, e quanto ao seu alcance probatório, e por corroboração da prova testemunhal produzida em sede de audiência de julgamento, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contra-ordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à emissão do mandado e efectivação da diligência de busca e apreensão:

A. A AdC instaurou processo de contra-ordenação, sob a referência interna PRC/2018/05, por práticas restritivas da concorrência, em que é visada a sociedade VODAFONE PORTUGAL-COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A..

B. No âmbito do processo de contra-ordenação PRC/2018/05, a visada/recorrente foi alvo de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada entre os dias 11 de Dezembro e 21 de Dezembro de 2018, em cumprimento do mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de 10 de Dezembro de 2018 e respectivo despacho de fundamentação para apreender documentos e informações que revelem a existência directa ou indirecta de práticas restritivas da concorrência.

9

¹ Por adequação processual e por atenção ao objecto processual, a produção de prova para o Apenso A e C foi concentrada na mesma diligência, com aproveitamento para ambos os apensos – cfr. acta de 08-05-2019.

² Auto de apreensão de dia 21.12.2018, de fls. 130 a 136 (doc. 2); requerimento de 11.12.2018 apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 138 a 142 (doc. 3); requerimento de 13.12.2018 apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 144 a 156 (doc. 4); Decisão da AdC de 22.01.2019 que inferiu os requerimentos de 11.12.2018 e de 13.12.2018, de fls. 158 a 173 (doc. 5); requerimento de 11.11.2018 apresentado pela visada junto do Ministério Público do DIAP de Lisboa de fls. 175 a 179 (doc. 6); notificação do proc. 28999/18.3T8LSB a correr termos no Juízo de Instrução criminal de Lisboa – Juiz 5 de fls. 181 a 186 (doc. 7); credências dos funcionários da AdC que participaram nas diligências de busca e apreensão, de fls. 188 a 192 (doc. 8), auto de notificação de fls. 194 a 196; autos de suspensão e de continuação de fls. 197 a 232 (doc. 9).

³ Mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de 10 de Dezembro de 2018, de fls. 211, e respectivo despacho de fundamentação de fls. 212 a 214 (doc. 1); credências dos funcionários da AdC que participaram nas diligências de busca e apreensão, de fls. 216 a 220 (doc. 2); auto de notificação de fls. 222 a 224, autos de suspensão e de continuação de fls. 225 a 260 (doc. 3); Auto de apreensão de dia 21.12.2018, de fls. 262 a 268 (doc. 4); requerimento de 11.12.2018 apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 270 a 274 (doc. 5); requerimento de 13.12.2018 apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 276 a 288 (doc. 6); Decisão da AdC de 22.01.2019 que inferiu os requerimentos de 11.12.2018 e de 13.12.2018, de fls. 290 a 304 (doc. 7); requerimento de 21.12.2018 apresentado pela visada junto da AdC, de fls. 306 a 354 (doc. 8).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

C. Pode ler-se no despacho do Ministério Público que:

“ (...) no decurso de diligências efetuadas no âmbito do [processo PRC/2018/5] vieram a ser conhecidas mensagens de correio eletrónico trocadas por uma das empresas visadas com a respetiva agência de comunicação e mensagens de correio eletrónico trocadas entre agências de comunicação, citando contactos entre estas últimas a respeito de um «acordo de cavalheiros» celebrado entre várias operadoras de telecomunicações. O conteúdo das referidas mensagens sugere que o aludido acordo visará, pelo menos, garantir que o potencial cliente que pesquisa online as ofertas de determinada operadora não tem acesso a informação das operadoras concorrentes”.

(...) tendo em vista a aquisição e recolha de melhores elementos de prova – atenta a complexidade dos factos em apreço, os recursos tecnológicos e financeiros das partes envolvidas e a especial dificuldade de obtenção de prova no sector das comunicações –, importa proceder à realização de buscas na sede e instalações das empresas identificadas [nomeadamente a Vodafone], para exame e recolha de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, bem como a eventual apreensão de objetos”.

D. O mandado emitido pela Exma. Senhora Procuradora do Ministério Público da Comarca de Lisboa (DIAP – Juízo de Turno), datado de 10 de Dezembro de 2018 “autoriza e ordena que, com observância das formalidades legais e nos termos do disposto nos arts. 9.º, n.º 1, 18.º, n.ºs 1, alínea c), 2, 3, 4, alíneas a) e b), 20.º, n.º 1, e 21.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (...) [fosse] efetuada BUSCA [À SEDE DA VODAFONE], para exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico trocadas entre as referidas operadoras de telecomunicações e entre estas e as respectivas agências de comunicação, bem como destas últimas entre si, de documentos internos de reporte de informação entre níveis hierárquicos distintos e de preparação de decisões a nível da política comercial de marketing digital das operadoras de telecomunicações, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em quaisquer suportes informáticos ou computadores, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem” (...).”



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

E. A diligência em causa foi cumprida por funcionários da AdC devidamente credenciados para o efeito, tendo a visada disponibilizado à AdC, no dia **12.11.2018**, uma lista contendo a identificação dos seus advogados internos e externos, actualizada nos dias **13.12.2018** e **17.12.2018** e consolidada no dia **20.12.2018**.

F. No dia **11.12.2018**, os mandatários da visada apresentaram um requerimento dirigido à presidente da AdC e ao Ministério Público, invocando a ilegalidade das ordens dadas pela AdC, nesse dia, de bloqueio das contas de correio eletrónico de [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED].

G. As diligências de busca e apreensão continuaram no dia **12.12.2018**, tendo sido nesse dia lavrado auto de suspensão de diligência de busca e apreensão do qual constava que “[os mandatários legais da Vodafone] irão apresentar um requerimento junto da Sra. Presidente da Autoridade da Concorrência e, bem assim, junto da Magistrada do Ministério Público que emitiu o mandado de busca, invocando invalidades relativas ao bloqueio da conta da funcionária [REDACTED] relativas à violação do sigilo profissional e relativas à violação do âmbito do objeto do mandado, o que se fará apenas após o término da diligência por ser necessário recolher informação relevante respeitante à atividade de pesquisa que decorre no dia de hoje”, tendo esse requerimento sido entregue à AdC no dia **13.12.2018**.

H. As diligências de busca e apreensão continuaram até dia **20.12.2018** tendo, em cada um dos dias, sido lavrado auto de suspensão de diligência de busca e apreensão, nos quais consignaram os mandatários da **Vodafone** que foram violados o segredo profissional e o âmbito do mandado, temporal e material.

I. No dia **21.12.2018** a diligência de busca terminou, tendo sido lavrado auto de apreensão e tendo a **Vodafone** apresentado um requerimento arguindo invalidades e irregularidades verificadas no decurso da diligência, bem como apresentado junto do Ministério Público e do Tribunal de Instrução Criminal requerimentos de idêntico conteúdo, arguindo as mesmas invalidades e irregularidades.

J. No final da diligência foi entregue à **Vodafone** cópia dos ficheiros informáticos apreendidos.

K. Mercê da indisponibilidade de acesso ao conteúdo da caixa de correio eletrónico do colaborador-alvo [REDACTED], protegido por username e password, a Vodafone



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

comprometeu-se a entregar à Autoridade, até ao dia 28.12.2018, em formato eletrónico e com o conteúdo descriptado, as seguintes mensagens: (i) «Comunicado Interno – Celebração de acordo de conteúdos entre a Vodafone Portugal e a NOS» (*caixa de entrada*); (ii) «Novo método de angariação de Leads Vodafone» (*caixa de entrada*); (iii) «RE_Preparação reunião novo site – Configurador» (*caixa de entrada*); (iv) «Negativos para adicionar» (*Itens Enviados*); (v) «RE_Follow up de reunião Vodafone_MindSEO» (*Itens Enviados*); (vi) «RE_Preparação reunião novo site – Configurador» (*Itens Enviados*)”.

*

L. Durante a realização das diligências de exame e recolha, os informáticos da visada efectuaram cópias dos discos rígidos dos computadores dos colaboradores da visada considerados relevantes, no total de 17 colaboradores, efectuando, posteriormente, cópia dos mesmos para o disco externo da AdC.

M. No decurso da diligência, por se encontrarem fora das instalações da visada, o acesso às seguintes contas de correio eletrónico esteve bloqueado pelo período de tempo a seguir indicado: (i) no caso de [REDACTED] entre as 12h45 do dia 11.12.2018 e as 11h25 do dia 12.12.2018; (ii) no caso de [REDACTED] entre as 12h48 do dia 11.12.2018 e as 11h30 do dia 12.12.2018; (iii) no caso de [REDACTED] entre as 12h51 do dia 11.12.2018 e as 12h47 do dia 12.12.2018; (iv) no caso de [REDACTED] entre as 12h59 do dia 11.12.2018 e as 11h39 do dia 12.12.2018.

N. Os referidos administradores encontravam-se fora das instalações da visada, tendo os respectivos computadores sido disponibilizados para efeitos de diligência apenas no dia 12.12.2018, pelas 09h45 (no caso de [REDACTED] e [REDACTED]) e pelas 12h28 (no caso de [REDACTED]).

O. No decurso da diligência, mercê da entrega do computador ao final do horário de expediente no dia **12.12.2018** pela própria colaboradora, o acesso à conta de correio eletrónico da colaboradora [REDACTED] esteve bloqueado até à manhã do dia **13.12.2018**.

P. À excepção dos colaboradores [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] o acesso dos demais colaboradores-alvo às respectivas contas de correio electrónico foi bloqueado pelo tempo necessário para efectuar a cópia dos respectivos arquivos locais de correio electrónico.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Q. No decurso das diligências, os funcionários da AdC devidamente credenciados procederam à execução do mandado no local, realizando nomeadamente acções de pesquisa e análise de documentos potencialmente relevantes para a investigação, contidos nas cópias obtidas dos discos rígidos dos computadores dos colaboradores da visada considerados relevantes, mediante a utilização de um programa informático e através de elementos de pesquisa temporais, temáticos e nominais dos colaboradores da visada, que não excluíram mensagens de correio electrónico aberto e/ou lido ou mensagens remetidas, destinadas ou em conhecimento de advogados constantes das listas apresentadas pela **Vodafone**.

R. Mercê das operações de pesquisa, as listas de resultados eram consultadas pelos funcionários da AdC, aferindo do seu teor e relevância para o objecto do mandado e por recurso, quando necessário, à leitura parcial ou integral do seu conteúdo, sem qualquer limitação temporal por referência ao ano de 2015.

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

T. No final das operações de pesquisa, exame e recolha que procederam à selecção das mensagens potencialmente relevantes, e previamente à apreensão de documentos, a AdC fez correr um filtro que automaticamente excluía correio electrónico não lido ou por abrir, ou que fosse remetido ou destinado aos endereços electrónicos dos advogados indicados pela visada.

U. Após a realização das diligências de exame e recolha de informação relevante para a investigação, foi determinada a apreensão de um conjunto de documentos em **21 de Dezembro de 2018**, nomeadamente:

i. *FW: Vodafone-Google Asense*, de **23.04.2007**, 20:12, enviado por [REDACTED]

ii. *Apresentação Google*, de **16.06.2011**, 11:17, enviado por [REDACTED]

iii. *Reunião com a equipa de comunicação*, de **24.11.2011**, 12:38, enviado por [REDACTED]

iv. *FW: Materiais Gráficos Vodafone*, de **18.01.2012**, 18:21, enviado por [REDACTED]



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

- v. RE: *Materiais Gráficos Vodafone*, de **20.01.2012**, 13:55, enviado por [REDACTED]
- vi. RE: *Materiais Gráficos Vodafone*, de **20.01.2012**, 20:34, enviado por [REDACTED]
- vii. RE: *Materiais Gráficos Vodafone*, de **24.01.2012**, 11:49, enviado por [REDACTED]
- viii. RE: *Domínio*, de **30.01.2012**, 08:03, enviado por [REDACTED]
- ix. RE: *Validação da campanha Google*, de **02.02.2012**, 09:47, enviado por [REDACTED]
- x. RE: *contacto na Vodafone para quem gere campanhas Adwords?*, de **15.06.2012**, 14:50, enviado por [REDACTED]
- xi. RE: *contacto na Vodafone para quem gere campanhas Adwords?*, de **15.06.2012**, 15:15, enviado por [REDACTED]
- xii. FW: *Análise campanha Adwords e display Tv Net Voz*, de **10.07.2012**, 12:35, enviado por [REDACTED]
- xiii. RE: *Campanhas Google na keyword Vodafone*, de **12.12.2012**, 00:30, enviado por [REDACTED]
- xiv. RE: *Reunião Google - Tv Net Voz*, de **03.07.2013**, 18:58, enviado por [REDACTED]
- xv. RE: *follow up - reunião Vodafone – Google*, de **01.08.2013**, 21:54, enviado por [REDACTED]
- xvi. FW: *follow up - reunião Vodafone – Google*, de **01.08.2013**, 21:58, enviado por [REDACTED]
- xvii. RE: *follow up - reunião Vodafone – Google*, de **02.08.2013**, 09:39, enviado por [REDACTED]
- xviii. RE: *follow up - reunião Vodafone – Google*, de **05.08.2013**, 09:12, enviado por [REDACTED]
- xix. *Presença no Google*, de **04.02.2014**, 11:36, enviado por [REDACTED]
- xx. RE: *Sugestão*, de **19.02.2014**, 10:12, enviado por [REDACTED]
- xxi. RE: *Passagem da área Digital*, de **03.07.2014**, 13:11, enviado por [REDACTED]



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

- xxii. *Fwd: Account Review - Follow up*, de **25.07.2014**, 11:21, enviado por [REDACTED]
- xxiii. *RE: Account Review - Follow up*, de **25.07.2014**, 14:15, enviado por [REDACTED]
[REDACTED]
- xxiv. *RE: Account Review - Follow up*, de **31.07.2014**, 15:20, enviado por [REDACTED]
[REDACTED]
- xxv. *Fwd: Vodafone - L4S - Follow Up*, de **15.09.2014**, 22:49, enviado por [REDACTED]
[REDACTED]
- xxvi. *RE: Vodafone - L4S - Follow Up*, de **15.09.2014**, 23:05, enviado por [REDACTED]
[REDACTED] e
- xxvii. *RE: Google - sem anúncios nossos?*, de **23.09.2014**, 17:04, enviado por [REDACTED]
[REDACTED]
- xxviii. *RE: MOU Pre-Roll*, de **27.09.2016**, 19:23, enviado por [REDACTED] e
- xxix. *FW: Novo comparador de serviços de comunicações eletrónicas*, de **22.05.2017**,
10:23, enviado por [REDACTED]

*

V. No dia **21.12.2018**, a Vodafone apresentou à AdC um requerimento arguindo as diversas invalidades verificadas no decurso das diligências, havendo igualmente apresentado junto do Ministério Público e do Tribunal de Instrução Criminal requerimentos de conteúdo semelhante.

W. A **28.12.2018**, a Vodafone apresentou junto do Ministério Público e do Tribunal de Instrução Criminal novo requerimento, completando aqueles de **21.12.2018**.

X. Posteriormente, a **02.01.2019**, apresentou a Vodafone, junto da AdC e dirigido a este Tribunal, um recurso no qual arguiu as invalidades que já arguira perante a AdC, o Ministério Público e o Tribunal de Instrução Criminal.

Y. A **22.01.2019** foi proferida decisão pela AdC, nos termos da qual foram indeferidos os requerimentos apresentados nos dias **11.12.2018** e **13.12.2018**.

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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

*

14. *Prima facie*, como *passada de chamada* para a argumentação relevante, cumpre recordar que **o que está em causa com este recurso de medidas de autoridade administrativa ou recurso de medidas interlocutórias é a validade da decisão interlocutória da AdC de 22.01.2019** e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial.

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

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



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

17. Neste sentido, o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC⁴ encerra uma *afirmação derogativa da amplitude recursiva do art.º 55.º do R.G.CO., enquadrada por um regime processual e autónomo, o qual, entre o mais, faz depender o interesse e a legitimidade recursiva da preexistência de um acto decisório ou de uma actuação de conteúdo decisório por parte da AdC.*

18. Por consequência, a visada/recorrente, ao pretender recorrer com fundamento na invalidade, ilegalidade e irregularidade dos actos preparatórios e de execução antecedentes de uma eventual decisão de apreensão - nomeadamente i) *a medida da AdC que determinou a ordem de bloqueio de acesso das contas de correio eletrónico de 4 (quatro) administradores da Vodafone, e a ii) medida da AdC que determinou que, desde o início da diligência de busca e tendo sido facultada a lista de advogados internos e externos (que foi sendo atualizada durante a busca), não fosse aplicado um filtro que tivesse impedido – como não impediu – a visualização de várias mensagens de correio eletrónico cujo conteúdo estava abrangido pelo segredo profissional – pretende fazer retroagir, contra legem, a tutela recursiva interlocutória, defraudando o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC e no sentido em que o objecto da sua impugnação são aqueles actos executórios do mandado de busca e apreensão.*

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

20. Neste sentido e sem maiores delongas, desmerecemos qualquer abordagem que incida sobre a violação de foro jurisdicional quando está em causa é a decisão da AdC de **22.01.2019**, proferida na sequência das diligências de busca e apreensão efectuadas entre os

⁴ *Interposto recurso de uma decisão interlocutória da Autoridade da Concorrência, o requerimento é remetido ao Ministério Público no prazo de 20 dias úteis, com indicação do número de processo na fase organicamente administrativa.*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

dias e **11.12.2018** e **21.12.2018** em cumprimento de mandado emitido pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.

21. Cumpre, ainda, fazer uma referência ao efeito útil do presente recurso interlocutório como problematização prévia à apreciação do mérito da impugnação.

22. Da narração do decurso do processo, torna-se evidente que a visada adoptou uma estratégia de litigância absoluta e total pois que, sucessivamente, tem suscitado perante este Tribunal, perante a AdC, perante o Ministério Público e perante o Juiz de Instrução Criminal meios de impugnação que, na essência, repetem os mesmos argumentos sobre a violação do objecto material e temporal do mandado do Ministério Público, e por referência àqueles actos de execução e/ou preparatórios da apreensão, apenas com a diferença inerente ao prosseguimento e normal devir das diligências de busca e apreensão.

23. De resto, é a própria visada que, transparentemente, o admite.

24. Todavia, sem prejuízo da conjugação e admissibilidade de instâncias de impugnação para diferentes autoridades judiciais, subsistindo neste PRC/2018/05 actos de conteúdo decisório autónomos entre si, tornar-se-ia flagrantemente temerário sindicarem os direitos recursivos da visada segundo um critério adjectivo de repetição da causa ou que aferisse da utilidade desses objectos recursivos perante decisões precedentes.

25. Para mais, diga-se que a suposta inutilidade superveniente se aplicaria antes ao recurso interposto da decisão de apreensão de **21.12.2018** - objecto do apenso A destes autos, visto que se trata de decisão precedente da decisão aqui impugnada e cujo conteúdo decisório não teve por referência qualquer requerimento apresentado pela visada.

26. Atente-se que não negamos a possibilidade da ocorrência de contradição de julgados, risco circunstancial fortemente minorado pela aplicação do art.º 85.º, n.º 3 do NRJC e que garante, tendencialmente⁵, que ambos os apensos sejam decididos e tramitados pelo mesmo juiz.

⁵ Tendencialmente porque, como já sucedeu no passado, a ocorrência de movimento judicial ordinário de Juizes ou a aplicação de regimes de substituição por impedimentos pessoais ou atribuição de exclusividades ao Juiz titular sempre implicarão que os processos possam ser decididos por diferentes juizes sem que subsista qualquer preterição do art.º 85.º, n.º 3 do NRJC.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

27. Questão diferente é a sindicância da fundamentação da decisão impugnada que indeferiu os requerimentos de **11.12.2018** e de **13.12.2018** por via da perda de efeito útil das pretensões exaradas nos mesmos requerimentos, a aquilatar infra.

* *

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

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

30. Mais recentemente, também importa referir a sentença proferida nos autos principais deste processo, a 10-04-2019, a aguardar interposição de recurso e/ou trânsito em julgado.

31. Estes elementos de contexto judicial **não reflectem, como nos parece evidente mas convém sublinhar, qualquer enunciação de precedente vinculativo nem procuram qualquer remissão argumentativa por identidade casuística - tratam-se de processos diferentes com diferentes visadas e diferentes decisões impugnadas.**

32. Outrossim, queremos expressar que questões idênticas, na falta de revidação, exigiram deste Tribunal uma resposta coerente, uniforme e constante, desiderato que reiteramos neste processo e que se impõe na intenção da melhor administração da justiça pelos Tribunais.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

33. Por outro lado, o presente objecto recursivo impõe uma diferença de arguição que é tributária de um novo momento de sindicância desta actividade probatória da AdC.

34. Efectivamente, a visada/recorrente provocou a emissão de uma decisão interlocutória por requerimentos apresentados na pendência das próprias diligências de busca e apreensão, antes do término destas e antes de ocorrer qualquer apreensão efectiva de documentos tidos como relevantes para a investigação das práticas restritivas da concorrência.

35. Neste conspecto, a recente pronúncia da Relação de Lisboa do Ac. 13-02-2019 proferida no **apenso E do processo n.º 71/18.3YUSTR**, adverte que *"(...) o que temos de concluir é que o juiz do Tribunal a quo é competente para se pronunciar sobre a forma da execução do mandado (e esta forma de execução é sindicável no âmbito da decisão intercalar) mas, pelas razões aduzidas no despacho recorrido que aqui damos por reproduzidas é incompetente para se pronunciar sobre a validade substancial do mandado a coberto da qual a busca é feita (sem prejuízo da questão poder ser alvo da discussão na fase jurisdicional do processo se a tal se chegar)"*.

20

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

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

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

39. Outra conclusão interpretativa não se pode retirar da obrigatoriedade de sujeitar as apreensões efetuadas pela Autoridade da Concorrência, não previamente autorizadas ou



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

ordenadas, à validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas conforme se dispõe expressamente no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

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

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

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

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

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

45. Não obstante este contexto da instância jurisdicional, o fundamento primacial da impugnação da **decisão interlocutória de 22.01.2019**, prende-se com o entendimento da visada, nos termos do qual a apreensão de documentos na sequência de diligência de buscas e apreensões contendeu, de *forma inadmissível e não justificada*, com o direito de sigilo da correspondência e de sigilo profissional de advogados e com o direito de defesa neste processo.

46. **O centro nevrálgico desta posição da visada/recorrente neste recurso aquilata-se, de modo preclaro, na sua declarada pretensão em solicitar deste Tribunal a repetição do juízo que superintendeu à emissão do mandado pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.**



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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

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

49. Neste sentido, **torna-se imperativo afirmar que a preterição dos direitos de sigilo da correspondência e de sigilo profissional de advogados foi necessariamente cotejada pela autoridade judiciária na emissão do mandado de autorização das buscas e apreensão.**

50. A visada/recorrente não identifica qualquer outro núcleo autónomo de direitos afectado pela diligência de busca e apreensão e que não esteja abrangido pela autorização judicial do Ministério Público.

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

52. É, por isso e portanto, que aqui reiteramos novamente as razões e fundamentos da nossa posição.

*

53. 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 NRJC⁶ traduzem-se

⁶ 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



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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.

54. 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.^o, 20.^o e 21.^o do NRJC - em linha com os poderes de investigação criminal.**

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.

⁷ 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 veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas.

⁸ 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



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juíz da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juíz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

55. 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.**

56. 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.

57. 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.**

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

59. Imagine-se a situação processual em que este Tribunal apreciaria a legalidade de um mandado emitido por Juíz de instrução nos termos do art.º 19.º, n.º 1 do NRJC, concluindo pela nulidade daquele exercício de competência e pela utilização de um método proibido de prova, validado pelo mesmo Juíz de Instrução e cujas decisões não podem ser controladas por um outro Tribunal de 1.ª instância em completa preterição das regras de extensão e limites da competência jurisdicional segundo a matéria, o valor, a hierarquia e o território, cujo resultado seria um evidente desaforamento daquela competência.

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.

º 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.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

60. 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.**

61. 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.

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

63. *“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.

64. 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.

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

66. Seguindo a remissão dos artigos 83.º do NRJC e 41.º do R.G.CO., afigura-se-nos concludente que o regime processual penal de sindicância da **validade das medidas de obtenção de prova restritivas de direitos fundamentais, sujeita a reserva de lei e de autoridade judiciária para a respectiva autorização**, há-de servir para acolher a pretensão da visada/recorrente de sindicância da validade, legalidade e regularidade dos mandados de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

busca e apreensão, emitidos no âmbito de medida restritiva determinada em processo contra-ordenacional.

67. 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 casuismo 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 FERREIRA¹⁰ e Ac. RP de 02-11-2005, proc. n.º 0541293, relator ANTONIO GAMA¹¹, Ac. RG de 05-12-2016, proc. 823/12.8PBGMR.G1, relator PAULA ROBERTO¹²; Ac. RG de 20-09-2010, proc. n.º 89/09.7GCGMR.G1, relator TERESA BALTAZAR¹³, todos disponíveis em dgsi.pt.

68. Este regime de sindicância, em glosa qualificada naqueles arestos¹⁴, acarreta uma consequência interpretativa *a fortiori ratiōne*, 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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*.

¹⁴ Em sentido divergente, cfr., *inter alia*, a fundamentação do Ac. RG de 05/02/2018, proc. n.º 683/16.0PBGMR.G1, relator ALDA CASIMIRO e que defende que “o JIC possui competência para verificar a existência de irregularidade em despacho proferido pelo Mº Pº em fase de *inquérito*, desde que tempestivamente arguida”, e que “tal entendimento não viola a autonomia do Ministério Público, pois que a mesma não pode ser confundida com direcção do *inquérito*, sem qualquer controlo jurisdicional”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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.**

69. 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.

70. Em suma, **também com a construção alegatória propugnada pela visada/recorrente 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.**

27

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

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

73. 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.

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



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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

76. 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.

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

28

78. 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.

79. 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.

80. 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.**



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

81. Os artigos 84.^{o15} e o art.º 112, n.º 1 al. a) e n.º 2 al. b) da LOSJ conferem respaldo a este entendimento, pois que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão dispõe de competência recursiva exclusiva para decisões interlocutórias da AdC.

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

83. 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.

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

85. Todavia, este *desfasamento geográfico*¹⁶ 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

¹⁵ 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.

¹⁶ Expressão feliz utilizada na Lei da Concorrência Anotada, Almedina, pág. 224.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juíz da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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.

86. *“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.*

87. 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.

88. A perspectiva que é trazida pelas três sentenças proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa nos processos n.º 97/06.0TYLSB¹⁷, n.º 214/07.2TYLSB¹⁸ e n.º 219/07.3TYLSB¹⁹, respectivamente de 24 de Abril de 2007, de 3 de Junho de 2007 e de 23 de Julho de 2007, e pelo **Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Janeiro de 2007, no processo n.º 5807/2006-5**, acessível em dgsi.pt., não é diferente daquela que aqui defendemos²⁰.

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.

¹⁷ Disponível em

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

¹⁸ Disponível em

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

¹⁹

Disponível

em

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/Cartona rie%20DJC_01_07_TCL_23.7.2007.pdf.

²⁰ Cfr. outra casuística referida em Revista de Concorrência e Regulação, n.º 6, Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo – *O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pág. 87 e seguintes, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%206.pdf.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef. 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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 a visada/recorrente pretende aqui ver reconhecida.

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

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 válida 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.

95. Já a sentença proferida no **proc. n.º 219/07.3TYLSB** conheceu apenas da questão essencial relativa à equiparação da sede das pessoas colectivas ao domicílio pessoal e à sequente qualificação das buscas como domiciliárias e validade do consentimento prestado, tendo o Tribunal concluído que, tendo as buscas sido determinadas por autoridade judiciária competente (Ministério Público) e não havendo equiparação com as buscas domiciliárias,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

foram respeitados todos os requisitos formais previstos na lei, *irrelevando* a prestação de consentimento – cfr. fls. 10 e 28 da sentença.

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

97. 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.**

98. 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.

99. Ora, neste **PRC/2018/05**, a AdC limitou-se a requerer as diligências de prova e a executar o respectivo mandado, nos termos determinados pelo despacho do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, sem que tenha existido, nos termos aqui propostos, qualquer utilização processual própria, autónoma e funcionalizada que possa integrar o controlo jurisdicional deste Tribunal nos termos do regime e das normas de competência previstas no NRJC.

100. Efectivamente, a visada/recorrente não veio impugnar, como se diz na sentença do **proc. n.º 97/06.0TYLSB**²¹, 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.*

101. *Ergo*, **este Tribunal tem competência para conhecer das medidas interlocutórias mas não dispõe de qualquer competência para conhecer da legalidade (lawfulness), existência de indícios suficientes ou razoáveis (reasonable suspicion),**

²¹ Como vimos, neste processo estava em causa mandado de busca e apreensão emitido pela própria AdC.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

necessidade e justificação material (*substantive justification*) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

102. Julgamos também que os argumentos esgrimidos e/ou repetidos pelas visada/recorrente nada infirmam quanto a este enquadramento.

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

104. Pelo contrário, o que a visada/recorrente quer discutir nesta instância para efeitos da mesma questão da legalidade da apreensão de correspondência é, efectivamente, o *despacho de autorização emitido pelo Ministério Público*, em suma, a emissão do mandado de busca e apreensão quanto ao âmbito da sua legalidade para autorizar a AdC à apreensão de correio electrónico e através de medidas procedimentais de execução/preparação dessa apreensão.

105. O caminho trilhado de fazer incidir a impugnação sobre a apreensão dos documentos e através dos actos preparatórios ou de execução do mandado não encerra qualquer circunstancialismo que altere o sentido das anteriores pronúncias deste Tribunal.

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

107. 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 direcção 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*.

108. A visada/recorrente, notificada dos respectivos mandado e despacho de fundamentação do Ministério Público para as diligências de busca e apreensão determinadas no **PRC/2018/05**, pretende que este Tribunal assumia, perante aquela autoridade judiciária,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

uma competência de instância superior, criando, para tanto, duas instâncias paralelas que apreciem da legalidade das diligências de busca e apreensão em processo sancionatório, agora na perspectiva das medidas procedimentais de execução/preparação dessa apreensão.

109. No que importa, a visada/recorrente pretende que este Tribunal, num primeiro momento, volte a apreciar os fundamentos do deferimento das diligências de busca e apreensão determinadas pelo Ministério Público agora quanto à apreensão do correio electrónico e aos actos procedimentais preparativos ou de execução do mandado, delimitando a amplitude do seu objecto, ao mesmo tempo que, num segundo momento, pretende que este Tribunal se substitua à autoridade judiciária repetindo a apreciação própria da autorização ou de uma eventual instância de validação.

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

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

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

113. 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.*



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3
Pç. do Município, Edif. EX-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

114. 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.

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

116. Todavia, a protecção que a visada/recorrente invoca, além do que dissemos sobre o controlo da utilização de métodos proibidos de prova, só pode ser afirmada através da 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.

117. Quer isto dizer que cabe à AdC, autorizadas/validadas as diligências instrutórias de busca e apreensão de documentos, decidir, posteriormente quais os documentos que devem permanecer no processo, em função do seu valor exculpatório e inculpatório²².

²² Como deixámos expresso na sentença do proc. n.º 195/16.IYUSTR: “ 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 indicição probatória que subjaz à validade das diligências instrutórias do processo sancionatório não se confunde com os juízos ulteriores sobre a utilidade, pertinência e adequação de tais meios de prova para prova dos factos entretanto apurados.

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

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

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

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

Os regimes processuais que obrigam a uma manutenção de todos os elementos de prova recolhidos por determinada autoridade competente para a investigação de factos com relevância sancionatória são de natureza excepcional – por exemplo o regime de interceptação e gravação de conversações telefónicas previsto nos artigos



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

118. 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 nas instalações da visada, mas agora da perspectiva da execução do mandado.

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

120. Tanto mais assim é quando os fundamentos, argumentos e sustentação da nulidade têm que ver com a amplitude e alcance do mandado quanto à apreensão de correio electrónico e quanto às medidas procedimentais que a antecedem e, apenas na aparência, com a sua execução desconforme pela AdC.

121. Quando a visada pretende que este Tribunal conheça da possibilidade e cobertura legal da apreensão de correio electrónico em processo contra-ordenacional (e bem assim sobre o conceito de documento para o art.º 18.º do NRJC ou sobre os limites dessa apreensão pela Lei do Cibercrime) está, na verdade, a solicitar que o TCRS se substitua à autorização do Ministério Público que consagrou essa mesma faculdade e finalidade da busca e apreensão.

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

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."



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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

124. Por outro lado, a leitura do despacho de fundamentação do Ministério Público, permite atender qual a finalidade probatória a alcançar – *«acordo de cavalheiros» celebrado entre várias operadoras de telecomunicações para limitar as pesquisa online as ofertas de determinada operadora pelo potencial cliente, impedindo-o de ter acesso a informação das operadoras concorrentes*.

125. Tal acordo pode consubstanciar uma restrição da concorrência.

126. Todavia, desta motivação não decorre, de *per se*, qualquer limitação temporal ou material das diligências de busca e apreensão, nomeadamente quanto ao momento temporal de 2015, dispondo a AdC do mecanismo previsto no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC quando recolha prova não abrangida por autorização precedente.

127. A própria visada, num passo de negação da sua própria razão, chega a admitir que, efectivamente, o mandado menciona a possibilidade de o suposto comportamento ilícito se ter iniciado em data anterior ao ano de 2015.

128. Todavia, a visada parte desta mesma premissa, para interpretar o próprio alcance temporal do mandado – **cfr. artigos 103.º a 115.º do recurso de impugnação**, afirmando que essa possibilidade *não significa que o objeto da investigação abranja qualquer data anterior, pois tal equivaleria à total falta de delimitação de objeto*, obstando a qualquer conduta de ***fishing expedition***, *sob pena de o mandado constituir um cheque em branco que habilitaria a AdC a escrutinar livremente as instalações, os computadores e a rede informática da Vodafone*.

129. Esta posição argumentativa encerra uma evidente contradição interna na construção da impugnação, posto que, *afinal*, o que a visada pretende é que este Tribunal proceda a uma interpretação correctiva do próprio mandado de busca quanto ao âmbito temporal.

130. Já sobre o âmbito material – **cfr. artigos 116.º a 121.º do recurso de impugnação**, limita-se a visada a arguir a AdC examinou o conteúdo de mensagens de correio eletrónico que nada tinham a ver com os factos sob suspeita.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

131. Denotando a evidente vacuidade de tal imputação – a *visada nem sequer enuncia que mensagens foram examinadas remetendo para o art.º 58.º do requerimento de 13.12.2018*, a visada esclarece que essa análise foi *detalhada e muito para lá do necessário para compreender que tais correios eletrónicos nada tinham de relevante para os autos*.

132. Ora, se tais comunicações foram apreendidas em extravasamento do mandado do Ministério Público, apenas esta autoridade se encontra habilitada a determinar o alcance material da sua autorização, sendo a mesma que conhecerá da necessidade de submeter tais apreensões à validação prevista no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

133. Se se tais comunicações não foram apreendidas inexistente qualquer lesão de qualquer direito da visada porquanto essa operação procedimental de execução ou de preparação da apreensão se encontra, expressa e directamente, coberta pelo despacho de autorização que indica a faculdade da AdC proceder ao exame de *mensagens de correio eletrónico que estejam direta ou indirectamente relacionados com práticas restritivas da concorrência, e exame e cópia da informação que contiverem*.

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

135. Atente-se que, mercê da nossa posição, abstermo-nos de avançar sobre outros eventuais e/ou adjacentes fundamentos do requerimento interlocutório da visada, nomeadamente: i. âmbito subjectivo e objectivo, fundamentação e conteúdo do despacho de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público; ii. inadmissibilidade legal da busca e apreensão de correspondência eletrónica no âmbito do processo contra-ordenacional; iii. inadmissibilidade legal da busca e apreensão de correspondência eletrónica sem prévia autorização judicial; iv. irregularidade, invalidade e ilegalidade das diligências de busca e apreensão por excesso e desconformidade com o despacho de autorização do Ministério Público, nomeadamente quanto ao respectivo âmbito temporal²³ e material²⁴; e v. natureza da invalidade.

²³ A visada nem sequer identifica concretamente nas suas alegações aquele que entende ser o escopo temporal do mandado, tanto mais que da fundamentação escrita do mandado não resulta qualquer delimitação.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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

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

138. Pela decisão de **22.01.2019**, a AdC, ao defender a validade, legalidade e regularidade das diligências de busca e apreensão, não se arrogou a poderes mais invasivos de direitos, liberdades e garantias do que aqueles que dispõem o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal em processo penal, nem levou a cabo medidas de exame e/ou visualização sem o devido suporte de autorização, pois que **esses poderes e medidas foram exercidos no âmbito de um mandado emitido por autoridade judiciária, que não a AdC.**

39

*

139. Em conclusão, por respeito ao Aresto do Tribunal Superior, de acordo com os fundamentos enunciados e da necessidade de retificação do vício de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, p. e p. no art.º 410.º, n.º 2 do C.P.P., este Tribunal declara-se incompetente para reconhecer do mérito do recurso da Vodafone.

* * *

*

IV. DECISÃO.

140. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, declaro este Tribunal incompetente para reconhecer do mérito do recurso da Vodafone.

141. Mais se condena a visada/recorrente em custas processuais, em função do decaimento e complexidade das questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 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.

142. Notifique e deposite.

²⁴ Também aqui as alegações desconsideram flagrantemente o conteúdo do despacho de fundamentação da diligência – cfr. **ponto C) dos factos provados.**



Processo: 18/19.OYUSTR-C
Referência: 336769

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 3

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

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

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, ds