



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA



E-AdC/2019/7095
15/11/2019

Recurso nº 18/19.0YUSTR-B.L1

Acordam, em conferência, na 3ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa:

I RELATÓRIO

Nos presentes autos de contraordenação pelo 1º Juízo do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) foi proferida decisão judicial que não admitiu o recurso interposto pela MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A., visando as medidas de análise, exame e visualização ilegal de correio electrónico, de elementos protegidos por sigilo profissional e de elementos fora do âmbito da autorização e mandado do Ministério Público, tomadas pela Autoridade da Concorrência – AdC e na sequência de diligência de busca e apreensão no PRC/2018/05.

Inconformada a recorrente MEO veio interpor para este Tribunal da Relação recurso desta decisão, concluindo nos termos em que se seguem:

1. Vem o presente recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa interposto da sentença do TCRS de 03.04.2019, que rejeitou a impugnação pela MEO das seguintes concretas medidas adotadas pela AdC durante as buscas e apreensões realizadas na sede da Recorrente entre 28.11.2015 e 21.12.2018

(v) visualização e exame de mensagens de correio electrónico em processo de contraordenação;

(vi) visualização e exame de mensagens de correio electrónico sem prévio despacho judicial;

(vii) visualização e exame de mensagens de correio electrónico cobertas por sigilo profissional de advogado;

(viii) visualização e exame de mensagens de correio electrónico manifestamente fora do escopo material e temporal do mandado emitido pelo Ministério Público.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2. A MEO expressamente alegou que tais medidas contêm com os seguintes direitos fundamentais:

(v) com o sigilo da correspondência da MEO e, em particular, dos seus diversos colaboradores cujos computadores e inboxes foram integralmente examinados pela AdC, protegido pelo artigo 34.º n.º 4 a Constituição da República Portuguesa (CRP);

(vi) com o sigilo profissional de advogados, protegido pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva, insito no artigo 20.º da CRP;

(vii) com o direito à intimidade da vida privada, também assegurado às pessoas coletivas, protegido pelo artigo 26.º da CRP; e

(viii) em última linha, com o direito de defesa da MEO neste processo, insito no artigo 32.º n.º 10 da CRP.

3. A Decisão Recorrida deve ser revogada porquanto nela o TCRS aplicou e interpretou erradamente o artigo 85.º da LdC.

Com efeito, e ao contrário do defendido pelo TCRS, a LdC não é autossuficiente no que respeita aos meios de aquisição de prova, à intervenção das autoridades judiciais, à competência instrutória da autoridade administrativa, aos meios de reação interlocutórios e ao direito de defesa durante a fase organicamente administrativa do procedimento.

Na verdade, e nomeadamente,

(i) a LdC não regula os termos em que as diligências de busca, exame, recolha, apreensão e selagem das instalações de empresas devem ser realizadas, tendo de recorrer-se, necessariamente, aos regimes subsidiários aplicáveis, em particular ao CPP por via das remissões dos artigos 13.º da LdC e 41.º n.º 1 do RGCO;

(i) o artigo 83.º da LdC ordena expressamente a aplicação subsidiária do RGCO, o que mostra a indubitável não autossuficiência da LdC na resolução das matérias enunciadas pelo TCRS.

4. A Decisão Recorrida deve ser revogada porquanto viola igualmente os artigos 13.º e 83.º da LdC, 55.º do RGCO, 20.º n.ºs 1 e 5, 32.º n.º 10, 29.º n.ºs 1, 3 e 4 e 268.º n.º 4 da CRP e 6.º da CEDH ao afirmar que, não se encontrando previstos meios de reação na LdC contra



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

determinados atos que lesam direitos não poderia apelar-se aos meios de reação previstos em direito subsidiário.

Com efeito, existem atos que não são decisórios, mas que podem contender com direitos fundamentais de particulares e relativamente aos quais, portanto, importa que o ordenamento jurídico permita uma reação, como sucede com a previsão do recurso de medidas das autoridades administrativas em processo de contraordenação constante do artigo 55.º do RGCO, regime aplicável subsidiariamente por via dos artigos 13.º e 83.º da LdC

5. A Decisão Recorrida contraria a jurisprudência dos Tribunais superiores em relação à idoneidade do recurso direto para o TCRS de medidas adotadas pela AdC no decurso de diligências de busca e apreensão, nomeadamente a do recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.02.2019, no processo n.º 229/18.5YUSTR-L1.3 (acesstvel em www.dgsi.pt)

6. O artigo 85.º n.º 1 da LdC deve ser, por via do disposto no artigo 13.º da LdC, interpretado e conjugado com o artigo 55.º do RGCO, no sentido de, em processo contraordenacional em matéria de direito da concorrência, seriam recorríveis para o TCRS atos decisórios da AdC e também atos e medidas da autoridade que, não tendo conteúdo decisório, afetem direitos e interesses legalmente protegidos.

7. A Decisão Recorrida deve ser revogada também por violação do disposto no artigo 55.º do RGCO, uma vez que, ao contrário do que o TCRS nela sustenta, em argumentação subsidiária, as medidas adotadas pela AdC em causa no presente recurso lesam de forma imediata direitos e interesses da Recorrente.

Com efeito, independentemente de os elementos em causa virem ou não a ser apreendidos:

(i) o exame de correspondência eletrónica em processo de contraordenação viola o artigo 34.º n.º 4 da CRP, sobretudo a visualização não autorizada por autoridade competente (i.e., judicial como decorre do ponto 31 da Decisão Recorrida) viola normas legais e constitucionais expressas;

(ii) o exame de correspondência eletrónica protegida por sigilo profissional não foi (nem podia ser) autorizada pelo Mandado do Ministério Público, tendo sido violado o artigo 182.º do CPP e o artigo 20.º da CRP;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(iii) a medida de exame de correspondência eletrónica, nomeadamente protegida por sigilo profissional, foi realizada fora do escopo do Mandado do Ministério Público, o que contende com os artigos 26.º e 32.º n.º 10 da CRP.

8. Admitir que todos os direitos, liberdades e garantias possam ser violados, estando tal violação desprotegida e carecida de tutela, valendo tudo em nome de uma tentativa de encontrar algum facto indiciador de uma infração às regras da concorrência e alguma prova remotamente válida para o sustentar, afronta os direitos que se encontram consagrados nos n.ºs 1 e 5 do artigo 20.º da CRP, os quais foram expressamente violados na Decisão Recorrida.

9. A interpretação e aplicação corretas do artigo 55.º do RGCO impõem que o recurso interposto pela MEO seja admitido, porquanto:

(iii) as medidas de exame realizadas durante uma busca são atos da autoridade administrativa recorríveis nos termos do artigo 55.º n.º 1 do RGCO;

(iv) as medidas de exame de que se recorre, por terem sido adotadas pela AdC em violação de disposições legais expressas e sem autorização da autoridade judiciária competente, nos termos e com os fundamentos que acima se expuseram, lesam de forma imediata o sigilo da correspondência (artigo 34.º n.º 4 da CRP), o segredo profissional de advogado (artigo 20.º da CRP), o direito à vida privada (artigo 26.º da CRP) e o direito de defesa (artigo 32.º n.º 10 da CRP), preenchendo, nessa medida, o requisito de lesividade de direitos ou interesses previsto no artigo 55.º n.º 2 do RGCO.

Termos em que, sendo concedido provimento ao presente recurso, a Decisão Recorrida deve ser revogada e ser substituída por outra decisão que admita o recurso interposto pela MEO, devendo seguir-se os competentes trâmites processuais.

Mais se requer que o presente recurso suba com todos os despachos (em particular com a Decisão Recorrida) e todas as peças processuais nele apresentadas e respetivos documentos."

*

O recurso foi admitido.

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em resposta o M^oP^o junto do 1^a instância, invocando que em virtude ter sido interposto pela MEO um segundo recurso nos autos principais e que teve por objecto o ato de apreensão realizado pela AdC no dia em apreço e supra referido, alega ter ficado prejudicado o recurso objecto dos presentes autos.

*

Por sua vez a recorrida AdC apresentou de igual modo resposta, na qual pugna pela não procedência do recurso, concluindo nos seguintes termos:

A. A sentença recorrida não merece qualquer reparo, inexistindo qualquer vício de interpretação ou aplicação do artigo 85.º da Lei da Concorrência por parte do Tribunal a quo.

B. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, cabe recurso das decisões proferidas pela AdC cuja irrecorribilidade não esteja expressamente prevista neste diploma e nos termos do n.º 2 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, não é admissível recurso das decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento. O artigo 85.º densifica o procedimento no caso de decisões interlocutórias da AdC.

C. No caso concreto não existiu efetivamente qualquer decisão final condenatória ou decisão interlocutória que possa ser objeto de recurso previsto na Lei da Concorrência (como bem reconhece a MEO no ponto 17 do seu recurso de decisão interlocutória).

D. A possibilidade de a Recorrente recorrer, diretamente, dos atos de seleção, visualização e exame de informação realizados pelos funcionários da AdC no decurso da diligência, não está efetivamente prevista na Lei da Concorrência (ou no RGCO).

E. Não existe qualquer lacuna na Lei da Concorrência em matéria de recursos. Nesse sentido não existe necessidade de recurso ao RGCO ou a outro regime jurídico para enxertar no processo de contraordenação por infração às regras de concorrência recursos não previstos pelo legislador (acresce que, como referido a aplicação subsidiária do RGCO está prevista para a interposição, tramitação e julgamento dos recursos previstos, expressamente, na Lei da Concorrência, que não inclui o recurso agora pretendido pela MEG).

F. Nenhum reparo há, pois, a fazer à conclusão do Tribunal a quo de que o n.º 1 do artigo 85.º da Lei da Concorrência "encerra uma afirmação derogativa da amplitude recursiva do art.º



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

55.º do RGCO, 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; 20. Por consequência, a visada/recorrente, ao recorrer de actos preparatórios e de execução, antecedentes de uma eventual decisão de apreensão faz retroagir, contra legem, a tutela recursiva interlocutória, preterindo o art. 85.º, n.º 1 do NRJC e, como tal, violando norma processual expressa sobre a admissibilidade de tal objeto de recurso".

G. Quanto à aplicabilidade do artigo 55.º do RGCO à situação em apreço, importa concluir que, mesmo que se viessem a considerar as medidas em causa autonomamente recorríveis ao abrigo de tal norma, as mesmas não preencheriam o requisito de lesividade imediata de direitos e interesses que é pressuposto da respetiva recorribilidade ao abrigo de tal norma.

H. A formulação genérica usada no n.º 1 do artigo 55.º do RGCO de medidas reconduz-se necessariamente a quaisquer atos com conteúdo decisório que, no largo espectro de atuação das entidades administrativas, possa não ter a configuração ou designação formal de decisão.

I. O limite do conceito de medidas sempre poderá ser dado pelo n.º 2 do artigo 55.º quando se refere a atos que possam colidir com os interesses ou direitos das pessoas.

J. Importará lembrar que no caso concreto toda a informação foi examinada durante a realização de diligências de busca, exame, recolha e apreensão.

K. Decorre da alínea c) do n.º 3 do artigo 18.º da Lei da Concorrência que a AdC pode 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.

L. A diligência em causa está portanto expressamente prevista na lei: nos termos conjugados do n.º 2 do artigo 18.º, 20.º e 21.º, as diligências de busca e apreensão referidas são ordenadas e autorizadas pelo Ministério Público.

M. O mandado judicial emitido no caso concreto pelo Ministério Público configura assim uma ordem legítima.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

N. Dito de outra forma: uma diligência de busca, não anunciada, ordenada pelo Ministério Público, nas instalações de uma empresa visada, concretiza-se precisamente na possibilidade de exame de informação de forma coerciva e não consentida; dito ainda de outro modo, a AdC não precisa do consentimento ou da colaboração da empresa para seleccionar e examinar toda a informação que, de forma unilateral e autónoma, entenda poder ser relevante para a investigação.

O. A busca é ordenada precisamente para que a AdC possa procurar informação relevante para a investigação em curso; a AdC não conhece previamente a empresa, os seus colaboradores, o tipo ou quantidade de informação ou o local onde possa estar alojada. As diligências servem precisamente para esse exercício, coercivo reitera-se, de pesquisa e exame.

P. Daqui decorre que não pode pretender-se que, num exercício coercivo para busca e exame de informação (desconhecida a priori), a AdC deva limitar ou direccionar a seleção e visualização de informação de acordo com as instruções, conveniência ou oposição da empresa.

Q. Consequentemente, os atos de seleção e de visualização de informação durante a execução coerciva da busca ordenada por autoridade judiciária não são medidas de conteúdo decisório que admitam recurso direto nos termos do n.º 1 do artigo 55.º do RGCO, pelo que o presente recurso deverá ser rejeitado por inadmissibilidade.

R. Deste modo, bem andou o Tribunal a quo ao concluir que -apesar da doutrina de referência consignar, em anotação do elemento literal decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo e sem ulterior casuismo relevante para o caso, a possibilidade recursiva de tais actos, impõe-se sublinhar que tais qualificadas opiniões não deixam de fazer menção ao critério de lesão imediata dos direitos e interesses."

S. Não havendo nenhum reparo a fazer-se à conclusão de que -certamente não se pode trasler tal critério operacional à luz de um entendimento de que a mera afetação de direitos no âmbito de uma diligência particularmente invasiva, como é o caso de buscas e apreensão, confere, ipso facto, o direito de recorrer direta e autonomamente de tais medidas."

T. A AdC subscreve, assim, na íntegra o conteúdo decisório da sentença recorrida, devendo, em consequência ser negado total provimento ao recurso interposto pela MEO.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Nestes termos e nos demais de Direito, não deverá ser dado provimento ao presente recurso da MEO, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida.

*

Nesta Relação, a Exm^a Procuradora-geral Adjunta formulou o seu secundando a posição do M^oP^o junto da 1^a instância

*

Cumpriu-se o art^o 417^o n^o 2 do C.P.P.

*

Foi proferida decisão sumária que não admitiu o recurso, por considerar que no caso em apreço, estando perante uma decisão de não admissão do recurso deveria ter-se utilizado a reclamação nos termos do art^o 405^o do CPP.

Tendo a recorrente reclamada para Conferência, nesta foi atendida a pretensão daquela, pelo que foi admitido o recurso interposto para este Tribunal.

*

II FUNDAMENTAÇÃO

A decisão sindicada e objecto do presente recurso tem o seguinte conteúdo:

**Da admissibilidade do presente recurso interlocutório.*

1. *A visada, aqui recorrente, MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A., veio apresentar recurso de medidas de análise, exame e visualização ilegal de correio electrónico, de análise, exame e visualização de elementos protegidos por sigilo profissional e de análise, exame e visualização de elementos fora do âmbito da autorização e mandado do Ministério Público, tomadas pela Autoridade da Concorrência - AdC e na sequência de diligência de busca e apreensão no PRC/2018/05.*

2. *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).*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, suscitando questão prévia quanto à inadmissibilidade do recurso – cfr. artigos 8.º a 44.º das contra-alegações, designadamente por i) inexistência de decisão interlocutória objecto de recurso no NRJC; ii) os actos de selecção, visualização e exame de informação praticados por funcionários da AdC são irrecorríveis perante o regime de recursos aplicável; iii) a visada dispõe de outros meios de reacção adequados e idóneos perante o Ministério Público ou perante a AdC; iv) a formulação genérica do art.º 55.º do Regime Geral das Contra-ordenações (R.G.CO.) reconduz-se a actos de conteúdo decisório pelo que os actos em questão não configuram medidas para aquele efeito que admita recurso autónomo e directo; v) o exame da informação decorreu no âmbito de diligências de busca e apreensão previstas no art.º 18.º, n.º 3 al. c) do NRJC, ordenadas pelo Ministério Público, e sujeitas a dever de colaboração por parte da visada; vi) o exame de informação contida em computadores ou em arquivo não implica qualquer compressão de direitos da visada porquanto tal actuação se afigura necessário para identificação da informação relevante para efeitos de apreensão.

3. Acrescentou, ainda a AdC, que a visada/recorrente interpôs recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão da decisão da AdC da apreensão dos documentos no final das diligências de busca e apreensão e arguiu também a nulidade das diligências perante a AdC em 12-12-2018, pelo que o presente recurso se afigura inútil e encerra risco de contradição de julgados uma vez que naqueles meios de reacção se sindicará a validade da apreensão dos documentos e do mandado – cfr. artigos 45.º a 56.º das contra-alegações.

4. Notificada a visada/recorrente para se pronunciar acerca das questões prévias, suscitadas pela AdC, relacionadas com a inadmissibilidade legal do recurso interposto, veio a mesma pronunciar-se – cfr. requerimento de 27-03-2019 (ref.º 36709), defendendo que: i) apesar de não configurar acto decisório interlocutório as medidas em causa são susceptíveis de lesar direitos fundamentais de particulares; ii) os meios de reacção previstos no NRJC não são adequados a contestar a realização de actos de busca e exame em extravasamento do mandado nem aptos a assegurar o respeito pelos direitos fundamentais preteridos com actos não decisórios; iii) o art.º 20.º e do art.º 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagram o direito a uma tutela jurisdicional activa e o direito de impugnação de actos lesivos pelo que o art.º 55.º do R.G.CO, aplicável por via do art.º 13.º do R.G.CO. prevê o meio de reacção adequado; iv) a correcta interpretação do art.º 55.º do R.G.CO. prevê a possibilidade de impugnação de actos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

preparatórios de que resulte uma imediata lesão de direitos ou interesses; v) as medidas em causa contêm com o sigilo de correspondência da visada e dos seus colaboradores, com o sigilo profissional de advogado, com o direito à intimidade da vida privada e com o direito de defesa previsto no art.º 32.º, n.º 10 da CRP; vi) a interpretação do art.º 84.º, n.º 1 e 2 do NRJC, conjugado com o art.º 55.º do R.G.CO., no sentido de não admitir o recurso de medidas tomadas pela AdC durante diligências de busca e apreensão é inconstitucional por violação dos artigos 20.º, n.º 1 e 5, 32.º, n.º 10; 29.º, n.º 1, 3 e 4 e 268.º, n.º 4 da CRP e por violação do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; vii) o pedido deste recurso interlocutório não é coincidente com o objecto do recurso da decisão da apreensão nem com o objecto do requerimento de arguição de nulidade; viii) a procedência do presente recurso ainda assegura o efeito útil de impedir a AdC de utilizar o conhecimento obtido com o exame indevido da informação; ix) não subsiste risco de contradição de julgados porquanto todos os recursos são distribuídos ao mesmo juiz por aplicação do art.º 85.º, n.º 3 do NRJC.

*

5. Cumprido o devido contraditório, cumpre examinar o nosso entendimento sobre a admissibilidade do presente recurso, assinalando a premissa lógica de que não está em causa nenhum acto decisório da AdC mas antes actos preparatórios e/ou de execução de mandado de busca e apreensão determinado por autoridade judiciária no âmbito do NRJC.

6. Efectivamente, a visada/recorrente pretende sindicar a validade, legalidade e regularidade de medidas de análise, exame e visualização ilegal de correio electrónico, de análise, exame e visualização de elementos protegidos por sigilo profissional e de análise, exame e visualização de elementos fora do âmbito da autorização e mandado do Ministério Público, tomadas pela AdC e na sequência de diligência de busca e apreensão realizada entre os dias 28 de Novembro e 21 de Dezembro de 2018.

7. Durante tais diligências os funcionários da AdC, devidamente credenciados, efectuaram acções de pesquisa e análise de documentos potencialmente relevantes para a investigação, incluindo mensagens de correio electrónico.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

8. Mercê dessas acções foi determinada a apreensão de um conjunto de documentos em 21 de Dezembro de 2018, sendo que o presente recurso não visa qualquer sindicância sobre essa apreensão.

9. Incontroverso também se afigura a pendência de recurso interlocutório dessa decisão de apreensão interposto pela visada/recorrente, que corre termos nos autos principais, e a interposição de requerimento junto da AdC e para arguição de nulidades da diligência.

10. Enquanto elemento de contexto das pronúncias que este Tribunal tem vindo a proferir no âmbito do controlo judicial da admissibilidade de recursos previstos no NRJC, cumprirá notar que, desde 2017 até hoje, deram entrada no Tribunal 3 recursos de decisões finais condenatórias da AdC, enquanto que, no mesmo período, deram entrada cerca de 56 recursos interlocutórios de medidas da mesma autoridade.

11. A legítima litigância desses cerca de 56 recursos interlocutórios visou, numa primeira fase, sindicância tendencialmente o acesso à prova electrónica, digital e documental recolhida pela AdC no âmbito das diligências de busca e apreensão previstas no art.º 18.º do NRJC, e, numa segunda fase, passou a sindicância tendencialmente, mediante a arguição de nulidades junto da AdC, a legalidade, validade e regularidade da recolha dessa prova.

12. O objecto processual dos recursos mais recentes parece inaugurar uma terceira fase desta litigância pela qual se sindicam directamente os actos de apreensão ou, como está em causa nos presentes autos, se sindicam os actos preparatórios e/ou de execução que antecedem essa mesma decisão de apreensão.

13. Acresce que, como é de conhecimento público e amplamente divulgado, a AdC tem incrementado as suas acções de obtenção de prova junto de visadas através de downraids e ao abrigo de mandados de busca e apreensão.

14. Daí que o controlo da admissibilidade recursiva pelo Tribunal neste tipo de processos se imponha como um momento decisivo e que reclama ponderação rigorosa e criteriosa.

*



V. Silva

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

15. Postos estes termos de circunstanciação procedimental, somos a avançar que o regime recursivo do NRJC em confronto com o objecto do recurso obsta à admissibilidade e prossecução do presente recurso de impugnação judicial interlocutória.

16. Para tanto, por referência ao argumentário dos intervenientes, veiculamos as razões, preposições e juízos interpretativos do regime legal aplicável a seguir expostas.

*

17. Em primeiro lugar, 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.*

18. 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.

19. Neste sentido, o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC 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.

20. Por consequência, a visada/recorrente, ao recorrer de actos preparatórios e de execução, antecedentes de uma eventual decisão de apreensão faz retroagir, contra legem, a tutela recursiva interlocutória, preterindo o art.º 85.º, n.º 1 do NRJC e, como tal, violando norma processual expressa sobre a admissibilidade de tal objecto de recurso.

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

21. Em segundo lugar, ainda que assim não fora e se admitisse a existência de uma lacuna do NRJC perante tais actos preparatórios e/ou de execução de actos decisórios e que legitimasse o chamamento subsidiário do art.º 55.º, n.º 1 do R.G.CO., a inegável amplitude literal do artigo não pode obscurecer a necessidade de verificar criticamente a aplicação casuística desse normativo.

22. Assim, apesar da doutrina de referência consignar, em anotação do elemento literal decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo e sem ulterior casuismo relevante para o caso, a possibilidade recursiva impõe-se sublinhar que tais qualificadas opiniões não deixam de fazer menção ao critério de lesão imediata de direitos e interesses.

23. Ora, certamente que não se pode trasler tal critério operacional à luz de um entendimento de que a mera afectação de direitos no âmbito de uma diligência particularmente invasiva, como é o caso de buscas e apreensão, confere, ipso facto, o direito de recorrer directa e autonomamente de tais medidas.

24. Na verdade, os direitos fundamentais que a visada invoca são necessariamente direitos fundamentais postos em crise com qualquer diligência de busca e apreensão coactivamente efectuada em ambiente de prova digital e/ou electrónica, pelo que o reconhecimento desta legitimidade recursiva deve exigir uma grau mais profundo de análise hermenêutica, sob pena de defendermos que qualquer acto de colaboradores da autoridade administrativa durante tais diligências poder encerrar tal lesão processualmente relevante.

25. Neste particular, a exemplificação de possíveis actos recorríveis que a interpretação proposta pela visada/recorrente envolve pode conduzir, até, ao esvaziamento material da tutela jurisdicional interlocutória e na medida que bastará ocorrer compressão de um direito ou interesse para garantir uma via processual autónoma.

26. O critério de lesão imediata de direitos e interesses deve subentender, em nosso parecer, a existência de ofensa potencial desses direitos e interesses que configure um acto cuja protecção do alcance lesivo não se encontre processualmente acautelado e que, por isso mesmo, mereça uma tutela antecipada, directa e imediata.

27. Neste conspecto, 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 NRJC7



Vale

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

traduzem-se numa "das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos", tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte - LOBO MOUTINHO e PEDRO D'URO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 209.

28. *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.*

29. *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.*

30. *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.*

31. *O que vale por dizer que a protecção do sigilo de correspondência da visada e dos seus colaboradores, do sigilo profissional de advogado e do direito à intimidade da vida privada já se encontra abrangida pela atribuição da competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma àquelas autoridades judiciárias com competência em matéria criminal, devendo ser necessariamente sindicado aquando da emissão do mandado e da respectiva autorização judicial, sem prejuízo da sindicância da sua validade, legalidade e regularidade.*

32. *Por outro lado, o exame de prova com potencial relevância em ambiente digital e/ou electrónico nada tange com o direito de defesa das visadas em processo contra-ordenacional, posto*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que esse acto preparatório não conforma qualquer posição processualmente relevante nem sequer tange sequer com o objecto da imputação contra-ordenacional.

33. Na verdade o mero visionamento de correio electrónico e a realização de operações técnicas de pesquisa, selecção e consulta pelos funcionários credenciados da AdC, previamente à apreensão dessa prova e a qualquer acto de conteúdo decisório, nada significam para o objecto processual da imputação, dispondo a visada sempre da possibilidade de instruir o processo com os elementos não apreendidos que considere úteis à sua defesa.

34. Por conseguinte, a abusão à compressão dos direitos de defesa da visada e à violação do art.º 32.º, n.º 10 da CRP como direito preterido pelas operações de exame e visionamento é, para nós, argumento espúrio e desgarrado de qualquer atendibilidade racional.

35. Em terceiro lugar, considerando que qualquer visada que seja objecto de diligências de busca e apreensão dispõe de meios idóneos, próprios e autónomos para sindicar a validade, legalidade e regularidade do mandado da autoridade judiciária competente, para sindicar a sequente decisão da apreensão da AdC como acto decisório ou para arguir nulidades de execução do mandado perante a autoridade competente, parece-nos claro a eventual procedência destas diferentes vias recursivas, esgota a necessidade de qualquer tutela jurisdicional de potencial lesão, afectação ou compressão dos direitos fundamentais invocados pela aqui visada/recorrente, sendo que a tutela insita a cada um desses meios denota uma protecção garantística efectiva, proficiente e adequada à afirmação processual desses mesmos direitos.

36. Se o que a visada pretende é atingir a validade da prova colhida no âmbito da consulta/pesquisa aos computadores dos seus trabalhadores e colaboradores, julgamos preclaramente que a questão apenas se pode colocar em função do objecto, limites e extensão do cumprimento do respectivo mandado de buscas e apreensão, visto que, para o que importa, tal prova foi obtida no âmbito do art.º 18.º, n.º 1 do NRJC e do insito dever de não obstrução do exercício dos poderes de inquirição, busca e apreensão previsto no art.º 68.º, n.º 1 al. j) do NRJC12.

37. Quando muito, o problema do aproveitamento dessa prova poderia envolver considerações inerentes ao direito da visada/recorrente à não auto-incriminação pois que a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

aquisição probatória decorreu da sua sujeição legal a diligências probatórias determinadas por autoridade judiciária.

38. *De resto, o recurso interlocutório contra-ordenacional não configura, nem pode configurar, uma tutela jurisdicional de apreciação positiva de direitos fundamentais das visadas em processo contra-ordenacional, cujo escopo sirva apenas um intuito declarativo desses direitos perante uma outra parte, como a visada parece defender quando é chamada a pronunciar-se sobre a utilidade e efeito útil deste recurso por confronto com as vias recursivas e de sindicância já accionadas.*

39. *Com o presente objecto recursivo a visada pretende sindicat apenas a ingerência de um aparente terceiro nas suas comunicações electrónicas, desmerecendo a circunstância dessa ingerência ocorrer por habilitação legal, no âmbito de um mandado de autoridade judiciária para investigação de práticas restritivas da concorrência e com vista à recolha de prova para demonstração dessa infracção.*

40. *Tal interpretação bule, apodictamente, com a natureza do processo contra-ordenacional enquanto acção sancionatória de Direito Público.*

41. *Em suma, não subsiste com a interpretação proposta por nós do art.º 85.º do NRJC qualquer violação dos artigos 20.º, n.º 1 e 5, 32.º, n.º 10; 29.º, n.º 1, 3 e 4 e 268.º, n.º 4 da CRP e muito menos violação do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem por não estar limitado qualquer recurso de plena jurisdição de decisões condenatórias.*

*

Por fim, afigura-se-nos que os argumentos inerentes à sobreposição de objectos processuais com outras instâncias recursivas ou de sindicância dos actos decisórios da AdC - já accionados pela própria visada - se encontram abrangidos pela posição que acima veiculamos sobre a admissibilidade de recurso interlocutório de medidas de análise, exame e visualização efectuadas durante a execução de mandado de busca e apreensão, sendo que, portanto, a consideração do efeito útil, da inutilidade superveniente ou da identidade de objectos processuais perde atendibilidade por configurarem critérios de decisão despiciendos para a questão prévia da admissibilidade.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

43. *Todavia, a pedra-de-toque apresentada pela visada/recorrente para sustentar a autonomia recursiva desta impugnação interlocutória – tais medidas extravasam o objecto do mandado – representa, para nós e com toda a parcimónia, um argumento notoriamente tautológico visto que essas medidas estão necessariamente a executar essa autorização judiciária quanto à prova digital ou electrónica.*

44. *A AdC quando procede à análise, exame e visualização de correio electrónico, ou à análise, exame e visualização de elementos protegidos por sigilo profissional encontra-se a actuar em execução da autorização judiciária conferida pelo art.º 18.º, n.º 3 al. c) do NRJC, sendo que a visada deve colaborar com essa execução.*

45. *A discussão sobre se essa actuação se apresenta ilegal perante o objecto do mandado, nomeadamente por falta de cobertura, ou a discussão sobre o aproveitamento da prova assim recolhida aquando da apreensão, nomeadamente por utilização de meio proibido de prova, configuram interesses recursivos absolutamente abrangidos pelas mencionadas vias recursivas e de sindicância, carecendo a tutela jurisdicional directa e autónoma da análise, exame e visualização de elementos de utilidade.*

46. *Assim, o mandado judiciário permite ou não permite tais actos de execução e recolha de prova, resultando a conclusão da validade, legalidade e regularidade da prova recolhida dessa análise de subsunção entre acto executório e acto habilitante, análise essa que integra o objecto da tutela jurisdicional accionada pela visada.*

47. *Com o devido respeito e consideração sempre merecida, a alegação de que a procedência do presente recurso ainda assegura o efeito útil de impedir a AdC de utilizar o conhecimento obtido com o exame indevido da informação mais não será que uma paráfrase do que acabámos de enunciar.*

48. *A AdC, enquanto autoridade administrativa competente para a prossecução da acção contra-ordenacional prevista no NRJC só pode utilizar tal conhecimento através da aquisição dessa prova por meio de apreensão e com vista à instrução da mesma no respectivo processo.*

49. *No mais, esse conhecimento obtido afigura-se inócuo, irrelevante e vazio de consequência processual que demande tutela jurisdicional autónoma e directa.*

* *



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

50. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e disposições legais enunciadas, por manifesta irrecorribilidade, decido não admitir o presente recurso interlocutório de medidas de autoridade administrativa interposto pela visada/recorrente MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.

51. Custas da rejeição do recurso interlocutório pela visada/recorrente, que se fixam em 1UC, em função do decaimento e da complexidade das questões suscitadas, 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 do art.º 83.º do NRJC.

52. Notifique e deposite.

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

O âmbito do recurso é delimitado pelas conclusões extraídas pelo recorrente da respectiva motivação, sendo apenas as questões aí sumariadas as que o tribunal de recurso tem de apreciar¹, sem prejuízo das de conhecimento oficioso, designadamente os vícios indicados no art. 410º nº 2 do C.P.P.².

No caso dos autos, face às conclusões da motivação do recurso, a questão submetida à nossa apreciação é de saber se o recurso interposto pela MEO para o TRCS é admissível.

Recorde-se que o recurso se refere ao modo, como em 12 de Dezembro de 2018, no cumprimento das diligências e de um mandado de busca às suas instalações, ordenado pelo Ministério Público, a AdC, efectuou a análise, exame e visualização de correio electrónico, contestando-se a possibilidade de a AdC, poder examinar documentos compostos por mensagens de correio electrónico aberto e lido, sendo que teriam sido examinados documentos sujeitos a sigilo profissional e examinados documentos que estariam fora do objeto do mandado.

¹ (cfr. Prof. Germano Marques da Silva, "Curso de Processo Penal" III, 2ª ed., pág. 335 e jurisprudência uniforme do STJ (cfr. Ac. STJ de 28.04.99, C/STJ, ano de 1999, p. 196 e jurisprudência ali citada).

² Ac. STJ para fixação de jurisprudência n.º 7/95, de 19/10/95, publicado no DR, série I-A de 28/12/95.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Apreciemos, sendo que de imediato poderemos adiantar que a recorrente carece de razão.

Com efeito, o princípio da recorribilidade das decisões da AdC vem estabelecido n.º 1 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, o qual estabelece que *“Cabe recurso das decisões proferidas pela AdC cuja irrecorribilidade não esteja expressamente prevista neste diploma.”*

Acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que, *“Não é admissível recurso das decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento.”*

Por sua vez os artº 85º, 86º e 87º vêm regular o recurso relativamente às decisões interlocutórias, das medidas cautelares e da decisão final.

Finalmente por força do artº 83º da LdC, subsidiariamente, aplica-se o RGCO à interposição, tramitação e julgamento dos recursos previstos na Lei da Concorrência

Estando nós perante um caso de recurso de uma decisão interlocutória, o normativo a ter em conta será o artº 85º já citado.

E relativamente a este diga-se desde já que se subscreve por inteiro a posição do Tribunal “a quo” e da requerida (AdC) que o artº 85º não deixa margem para a aplicação do artº 55º do RGCO, conforme pretende a recorrente.

A anterior LdC, estabelecia no nº 2 do artº 50º a possibilidade de aplicação do artº 55º nº2 remetendo expressamente para este preceito no que se refere às decisões interlocutórias.

Ora a actual LdC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias no artº 85º, deixando de fazer referência à aplicação do RGCO, não deixando por isso possibilidade de aplicação do artº 55º deste último diploma.

E não se diga que existe a possibilidade de aplicação subsidiária do RGCO por força do disposto no artº 83º da LdC.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É que como é óbvio, a aplicação subsidiária do RGCO, no caso em apreço em matéria recursiva encontra-se prevista expressamente para a interposição, tramitação e julgamento dos recursos previstos, expressamente, na Lei da Concorrência, e que não incluirá o recurso agora pretendido.

E não se pode aceitar o argumento da recorrente no sentido de que sendo as medidas em causa praticadas pela recorrida, susceptíveis de lesar direitos fundamentais de particulares, e uma vez que os meios de reacção previstos na LdC não se mostram, adequados a contestar a realização de actos de busca e exame em extravasamento do mandado nem aptos a assegurar o respeito pelos direitos fundamentais preteridos com actos não decisórios, violando-se o art.º 20.º e do art.º 268.º, n.º 4 da CRP, só com a aplicação do art.º 55º do RGCO, é que se verificaria o meio de reacção adequado, possibilitando a impugnação de actos preparatórios de que resulte uma imediata lesão de direitos ou interesses.

É que ao contrário do que a recorrente alega, existem meios de reacção perante qualquer decisão ou ato da AdC que se considere ilegal.

No campo da reacção à prática de actos ilegais, antes do mais haverá que averiguar se são atos próprios do Ministério Público ou actos próprios da Autoridade da Concorrência em execução daqueles.

Os primeiros atos são os praticados pelo Ministério Público, sendo o exemplo mais relevante o despacho de autorização.

A nosso ver durante a fase administrativa não existe controle jurisdicional das decisões proferidas pelo Ministério Público, já que o juiz não é o superior hierárquico do MºPº.

Mas mesmo assim tais actos a nosso ver estarão sempre estar sujeitos a mecanismos de controlo, podendo o interessado suscitar junto do MºPº as eventuais invalidades que se venha a verificar, com intervenção hierárquica caso se entenda que é legalmente admissível.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Note-se que decisão e os vícios existentes podem sempre posteriormente serem sujeitos a controle judicial subsequente pelo TCRS, durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC, controle este que é extensivo a todo o objecto do processo.

Por seu lado os actos próprios da AdC incluem todos os atos praticados por esta Autoridade durante a execução dos atos praticados pelo MP, categoria esta aonde como é óbvio se inclui a matéria em apreço.

E aqui subscrevemos por inteiro as considerações tecidas no Ac. nº 229/18.5YUSTR-L.1-3:

“As razões que nos levaram a proferir tal decisão permanecem perfeitamente válidas e resumem-se no seguinte:

Se o que se contesta é o erro na definição do âmbito de uma busca ou mesmo a oportunidade da sua autorização então a questão apenas pode ser conhecida pelo Tribunal na fase jurisdicional dos autos;

Se o que se contesta é a forma como se executou um mandado então a questão pode ser suscitada, quer na fase administrativa (mediante recurso de decisão intercalar), quer na fase jurisdicional (sendo certo que a decisão sobre a questão fará sempre caso julgado intraprocessual não podendo a questão ser suscitada duas vezes.”

Como tal, a conclusão a retirar é que ao contrário do que a recorrente alega, existem assim meios de controle que permitem assegurar plenamente direitos fundamentais de particulares, e o respeito pelos direitos fundamentais preteridos com actos não decisórios.

Acresce ainda que a nosso ver a não admissibilidade do recurso também estaria fundamentada atento o objecto que o mesmo visa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É que conforme se afere do artº 84º da LdC, são recorríveis as decisões proferidas pela AdC e cuja irrecorribilidade não esteja prevista naquele diploma, dispondo o artº 85º do mesmo diploma que são recorríveis igualmente as decisões interlocutórias proferidas por aquela autoridade administrativa.

Ora no caso em apreço, não estamos perante decisões da AdC, mas sim de actos praticados por esta durante uma busca que a recorrente considerou lesivos dos seus interesses.

Com efeito, quando a AdC se apresentou nas instalações da recorrente e procedeu às diligências de busca e apreensão praticou actos próprios, não praticou actos de outrem ou actos delegados por outrem, mas sim, actos próprios autorizados por outrem, mediante a emissão do competente mandado, o qual a credencial que lhe permitiu agir as competências próprias de investigação impostas por lei (arts. 5º, nº 1, 7º, nºs 1 e 2, 17º, nº 2 e 18º da LC).

Ora assim sendo, querendo sindicar a forma de execução desses actos, deveria a recorrente arguir a respetiva nulidade perante a AdC e então recorrer diretamente dessa decisão.

É desta forma que se pode sindicat na fase administrativa a forma como se executou um mandado.

Não o tendo feito no caso em apreço, não é de admitir o recurso sobre os actos de execução mencionados.

Quanto à nulidade das buscas, vícios e nulidade insanável do mandado, inadmissibilidade legal da busca e ilegalidade da apreensão, ilegalidade de visualização de correspondência electrónica sujeita a sigilo profissional, já supra respondemos, ao abordar a questão ao apreciar os modos que a lei possibilita ao interessado, e da recorribilidade dos actos praticados pela AdC, matéria esta aliás que segundo se depreende dos autos teria sido já objecto de recurso por parte da recorrente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Com efeito, verifica-se dos autos que a recorrente para além deste recurso, veio arguir em 12 de Dezembro de 2018 junto do M^ºP^º, a nulidade do mandado que ordenou a busca considerando o mesmo ilegal, e em 28 do mesmo mês, veio recorrer da apreensão de prova pela AdC considerando a mesma como ilegal.

Como tal, as questões referidas, bem como da admissibilidade do modo de impugnação utilizado, são questões que terão que ser analisadas e apreciadas, nesses recursos.

Sobre esta matéria subscreveríamos para terminar as considerações tecidas pelo Tribunal “a quo” sobre tal matéria:

“Por fim, afigura-se-nos que os argumentos inerentes à sobreposição de objectos processuais com outras instâncias recursivas ou de sindicância dos actos decisórios da AdC - já accionados pela própria visada - se encontram abrangidos pela posição que acima veiculamos sobre a admissibilidade de recurso interlocutório de medidas de análise, exame e visualização efectuadas durante a execução de mandado de busca e apreensão, sendo que, portanto, a consideração do efeito útil, da inutilidade superveniente ou da identidade de objectos processuais perde atendibilidade por configurarem critérios de decisão despiciendo para a questão prévia da admissibilidade.”

“A discussão sobre se essa actuação se apresenta ilegal perante o objecto do mandado, nomeadamente por falta de cobertura, ou a discussão sobre o aproveitamento da prova assim recolhida aquando da apreensão, nomeadamente por utilização de meio proibido de prova, configuram interesses recursivos absolutamente abrangidos pelas mencionadas vias recursivas e de sindicância, carecendo a tutela jurisdicional directa e autónoma da análise, exame e visualização de elementos de utilidade.”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Finalmente quanto ao efeito útil do recurso ainda de assegurar o efeito útil que se impeça a AdC de utilizar o conhecimento obtido com o exame indevido da informação é argumento que de modo algum se pode aceitar.

Conforme se refere no supra citado Ac. desta Relação e que tem perfeito cabimento a recorrente parece *“esquecer que a AdC não é uma entidade privada, que opera no mercado e que ganha com o conhecimento de informação que as recorrentes reputam de confidencial ou do seu interesse comercial. A AdC define o seu comportamento por padrões de legalidade e quando age em sede de buscas solicita autorização prévia a uma outra entidade que rege o seu comportamento por padrões de legalidade.”*

Como tal deverá improceder a pretensão da recorrente

*

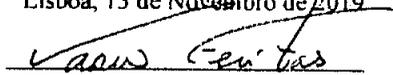
III DECISÃO:

Em face do exposto, acordam os juizes deste Tribunal da Relação de Lisboa em não dar provimento ao recurso interposto pela “MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A” e em consequência manter na totalidade a decisão recorrida.

Custas a suportar pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 5 4 UCs (artº 8º nº 5 do RCP)

(Processado em computador e revisto pela 1º signatário - art. 94 nº 2 do CPP)

Lisboa, 13 de Novembro de 2019



(Vasco Freitas)



(Rui Gonçalves)