



71/18.3YUSTR-D.L2
Exma Senhora
Dra. Ana Cruz Nogueira
Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

Processo: 71/18.3YUSTR-D.L2	Recurso Penal	Referência: 15561387 Data: 06-03-2020
Origem Recurso Penal, nº 71/18.3YUSTR-D.L2 do Lisboa - Tribunal da Relação - P.I.C.R.S.		
Recorrido: Autoridade da Concorrência		
Recorrente: Jerónimo Martins Sgps Sa e outro(s)...		

Notificação

Assunto: Acórdão

Fica V. Exª notificada, na qualidade de Mandatária da Recorrida Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo do douto acórdão proferido, cuja cópia se junta.

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

A Oficial de Justiça,

Andrea Parreira Fragoso



2024

Tribunal da Relação de Lisboa

*

Recurso Penal
Em Recurso de Contraordenação
Em Separado n.º 71/18.3YUSTR-D.L2

*

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

1. RELATÓRIO

1.1. No Processo n.º 71/18.3YUSTR-D (Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas) do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1.º Julho, por despacho de 04-jun.-2019, depositado em 06-nov.-2019 ⁽¹⁾, foi decidido, no que ao caso releva:

- «Julgar totalmente improcedente[s] os recursos de impugnação de medidas administrativas, interpostos pelas visadas/recorrentes Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., absolvendo a Adc dos pedidos de declaração de invalidade e nulidade das decisões proferidas em 16 de maio de 2018 (Ofício S-Adc/2018/1055) e em 17 de maio de 2018 (Ofício S-Adc/2018/1079) no âmbito do PRC/2016/04» ⁽²⁾

1.2. Inconformadas com o assim decidido, recorreram, em 27-jun.-2019 "Jerónimo Martins SGPS, S.A." e "Pingo Doce - Distribuição Alimentar, S.A.", ambas com demais sinais nos autos.

Rematam a sua motivação do seguinte modo:

«(...) Conclusões

«Sobre o Despacho recorrido e o objeto do presente recurso

«I. Vem o presente recurso interposto do Despacho do TCRS de 04-06-2019, proferido na sequência do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-05-2019, que julgou parcialmente procedente e, por consequência, em parte, revogou e substituiu o Despacho do mesmo Tribunal de 10-11-2018.

«II. O Despacho recorrido traduz, em parte, uma clara e assumida reiteração - em primeira linha do Despacho de 19-11-2018,

que foi revogada pelo Acórdão da Relação proferido nos presentes autos.

«III. O que é completamente inaceitável, por violar o caso julgado de uma decisão proferida em recurso por um Tribunal superior, em total inversão da hierarquia judiciária - que impõe, naturalmente, "o dever de acatamento das decisões proferidas em via de recurso por tribunais superiores" (artigo 4.º, n.º 1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário) - e não o contrário.

«IV. Transitada em julgado, a decisão que recaia unicamente sobre a relação processual - como é o caso do Acórdão da Relação proferido nos presentes autos - tem força obrigatória dentro do processo (cfr. artigo 620.º do CPC, aplicável ex vi artigos 13.º do RJC, 41.º do RGCO e 4.º do CPP).

«V. Não sendo lícito rediscutir as questões por ele definitivamente decididas.

«VI. O que conduz em linha recta à desconsideração da parte da decisão recorrida que constitui reprodução do Despacho de 19-11-2018, e designadamente o que se diz e conclui acerca das seguintes questões:

«1) "Da validade das diligências de busca e apreensão por falta de constituição das recorrentes como visadas" - questão em que o Tribunal da Relação manteve o Despacho de 19-11-2018;

«2) "Da legalidade, validade ou regularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas pela Adc em cumprimento de mandados emitidos pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa" - questão em que o Tribunal da Relação revogou o Despacho de 19-11-2018 e o substituiu por decisão diferente.

«VII. Pelo que, por respeito pelo caso julgado, o objeto do presente recurso se tem de limitar à parte agora acrescentada, ou seja, os n.ºs 127 a 180, nos quais o Tribunal a quo versa sucessivamente as seguintes questões:

«1) "Da apreensão do correio eletrónico";

«2) "Do despacho de fundamentação e despacho de alargamento, e respetivos mandados que autorizam a diligência de busca, exame, recolha e apreensão";

«3) "Da forma como foi conduzida a investigação até ao momento da arguição das nulidades";

«4) "Da invalidade dos despachos do Ministério Público que autorizam as diligências de busca e apreensão a uma sociedade gestora de participações sociais" e "Da omissão de pronúncia".

«VIII. Não se entendendo assim - o que não se concede - e, portanto, admitindo a renovação das questões versadas nos refe-

⁽¹⁾ Despacho subscrito pelo Senhor juiz de direito Dr. Alexandre Leite Baptista (cf. fls. 830-877, e declaração de depósito de fls. 878, todas dos autos - vol. 3.º).

⁽²⁾ Cf. fls. 877 dos autos - vol. 3.º.



Tribunal da Relação de Lisboa

ridos locais do Despacho ora recorrido, as ora RECORRENTES dão aqui por reproduzido, para os devidos e legais efeitos, quanto alegaram no recurso interposto do Despacho de 19-11-2018 - e, além disso, ainda quanto doutamente a Relação de Lisboa afirmou sobre tais questões no Acórdão proferido nos presentes autos.

♦

«Sobre a ilegalidade da busca e apreensão de correspondência eletrónica

«IX. Como as ora recorrentes invocaram desde o ato de busca e também na sua impugnação judicial, a busca e apreensão de correspondência eletrónica não é admissível em processo de contraordenação, nem em geral (cfr. artigo 42.º do RGCO), nem em processo de contraordenação relativo a práticas restritivas da concorrência, pelas razões que a doutrina tem salientado.

«X. As ora RECORRENTES juntaram também aos autos um douto Parecer do Senhor Professor Doutor AUGUSTO SILVA DIAS, que, com o rigor, a clareza e a consistência que lhe são peculiares, concluiu, em termos para os quais se remete e que aqui se dão por reproduzidos, pela ilegalidade das buscas e apreensões efetuadas pela Adc nos presentes autos, em virtude:

«De as buscas e apreensões de correio eletrónico não estarem previstas na Ldc e no RGCO, como deveriam, pois trata-se de atos fortemente restritivos de direitos, liberdades e garantias. Essa omissão resulta, contudo, do disposto no art. 34.º n.º 4 da CRP, que proíbe expressamente a ingerência na correspondência e nas telecomunicações, excetuando os casos previstos na lei processual penal. É, assim, uma omissão intencional e não uma lacuna susceptível de integração por recurso ao direito subsidiário;

«[...] De as mensagens de correio eletrónico, não serem meros documentos, como pretende a Adc, mas correspondência especial, como decorre do art. 189.º do CPP, aplicável como regra interpretativa extraída do direito subsidiário. Parafraseando MANUEL DA COSTA ANDRADE, deve adscrever-se a natureza e o regime das telecomunicações aos e-mails que continuam (e enquanto continuam) no domínio do provider - "quer isto aconteça antes, quer depois da tomada de conhecimento pelo destinatário";

«[...] De a autoridade judiciária competente para autorizar buscas e apreensões de mensagens de correio eletrónico ser, em termos gerais, o JIC (arts. 189.º e 187.º n.º 1 do CPP, ex vi arts. 13.º da Ldc e 41.º do RGCO) e não o MP como pretende a Adc» (p. 24).

«XI. Acrescentando que "[a] consequência jurídica é a ilegalidade dos despachos e mandados e a nulidade das provas por meio deles obtida. Com efeito, as ilegalidades referidas tornam nulas e inutilizáveis as provas obtidas através das buscas e apreensões realizadas pela Adc, nos termos do art. 126.º n.º 3 do CPP, podendo ser arguidas a todo o tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (arts. 119.º e 449.º, n.º 1.º Al) e do CPP), todos ex vi art. 13.º da Ldc e art. 41.º do RGCO. Na verdade, elas representam uma intromissão ilegal e não consentida nas telecomunicações das empresas visadas, não podendo ser valoradas ou utilizadas contra elas" (ibidem, p. 25).

«XII. São improcedentes os argumentos adiantados em contrário pelo Despacho recorrido: (i) já porque alega disposições da lei ordinária para afastar a sua própria inconstitucionalidade; (ii) já porque, apesar das alegações das ora RECORRENTES, e sem fundamentar, parte da premissa de que a lei admite as buscas e apreensões de correspondência eletrónica em processo de contraordenação e mediante mera autorização do Ministério Público; (iii) já porque incorre na inversão teleológica de considerar que seria incongruente que a lei depois de rodear as buscas e apreensões de correio eletrónico de um regime garantístico no processo penal (nomeadamente exigindo prévia autorização de um Juiz), as permitisse muito mais amplamente no processo de contraordenação - e não o contrário; (iv) já porque alega a autorização do Ministério Público como se fora interpretação autêntica da Constituição e da lei; (v) já porque alega uma Diretiva inconstitucional, não transposta e não aplicável aos presentes autos.

«XIII. Além de infundada no plano da lei ordinária, a interpretação dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que:

«Em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas

«É inconstitucional, por violação do artigo 34.º, designadamente n.º 4, da Constituição.

«XIV. A ser admissível a busca e apreensão de correspondência eletrónica neste tipo de processo, quanto a elas, a expressão "autoridade judiciária" constante dos artigos 18.º, n.º 2, e 20.º do RJC" seria sempre de interpretar, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do CPP, como Juiz de Instrução.

«XV. Além de infundada no plano da lei ordinária, a interpretação dos artigos 18.º a 21.º do RJC no sentido de que:



n.m.

Tribunal da Relação de Lisboa

«Em processo por prática restritiva da concorrência é permitida a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico abertas mediante autorização do Ministério Público

«É inconstitucional, por violação dos artigos 34.º, designadamente n.º 4, e 32.º, n.º 4 da Constituição.

«XVI. Assim sendo, numa interpretação ou noutra, as diligências de busca e apreensão realizadas na sede da ora RECORRENTE são inadmissíveis (e nulas as provas através delas obtidas), nos termos conjugados dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 2.º, e 20.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, 126.º, n.º 3, 179.º do CPP, e 18.º, 26.º, 32.º, nos 4 e 8, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH.

«XVII. O Despacho recorrido, ao considerar admissíveis e válidas as buscas e apreensões de correio eletrónico nos presentes autos, interpretou erradamente e nessa medida violou os artigos 18.º a 21.º do RJC e 34.º, n.º 4, da Constituição.

«XVIII. Ou, ainda que assim não se entendesse, ao considerar admissíveis e válidas as buscas e apreensões de correio eletrónico por mera autorização do Ministério Público nos presentes autos, interpretou erradamente e nessa medida violou os artigos 18.º a 21.º do RJC e 32.º, n.º 2, 34.º, n.º 4, da Constituição.

*

«Sobre a ilegalidade do despacho de fundamentação e despacho de alargamento, e respetivos mandados que autorizam a diligência de busca, exame, recolha e apreensão

«XIX. Nos seus requerimentos de 15.02.2017 e de 16.02.2017, invocaram as ora RECORRENTES (embora a 1.ª, apenas subsidiariamente) que os Despachos de autorização das buscas por parte do MP de 20.01.2017 e de 02.02.2017 não indicavam quaisquer factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão na sua sede, designadamente e desde logo, factos ou indícios que apontem para a existência, nas instalações das RECORRENTES, de meios de prova aptos a servir de prova.

«XX. Nesse sentido, alegaram as ora RECORRENTES, em suma, que:

«a) Os factos em causa nos dois Despachos não eram os mesmos, nem as mesmas as empresas alegadamente em causa - o que trazia consigo a indeterminação dos factos objeto dos presentes autos;

«b) Nenhum dos Despachos considerados por si mesmos podia legitimar as buscas realizadas na sede das ora RECORRENTES;

«i. O Despacho de 20.01.2017, para além de ser irrelevante e de não poder ser invocado perante as ora RECORRENTES, por não autorizar buscas nas suas instalações, não indica quaisquer factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão na sede das ora RECORRENTES, designadamente e desde logo, factos ou indícios que apontem para a existência, nas instalações das ora RECORRENTES, de meios de prova aptos a servir de prova.

«ii. Por seu turno, o Despacho de 02.02.2017, único em que se autoriza a busca e apreensões na sede das ora RECORRENTES, é totalmente genérico quanto aos factos ilícitos imputados, mesmo relativamente às pessoas das Empresas visadas ou envolvidas.

«iii. Além disso, tal Despacho não refere qualquer facto concreto indiciado que, de um modo ou de outro, envolvesse as ora RECORRENTES, nem qualquer indício concreto que leve a concluir pela necessidade da realização da busca e, desde logo, que aponte para a existência na sede das ora RECORRENTES de meios de prova a apreender.

«iv. Em suma, o Despacho de 02.02.2017, tal como, antes dele, o primeiro Despacho, traduziam uma opção por buscas e apreensões indiscriminadas como um meio normal - até primeiro - de investigação, que não carece de base indiciária prévia.

«XXI. Dal concluíram as ora RECORRENTES que, tal como o Despacho de 20.01.2017 (irrelevante para o caso presente) ou ainda mais do que ele, também o Despacho de 02.02.2017 se perfila como ilegal, desnecessário e desproporcional aos objetivos visados.

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

«b) Assim sendo, e nessa exata medida, o Despacho do Ministério Público de 02.02.2017 que autorizou as referidas diligências é nulo (e nulas as provas que vierem a ser adquiridas), ou quando menos, irregular, nos termos das disposições legais citadas e, bem assim, dos artigos 118.º e 123.º do CPP, e 32.º, n.º 8, da CRP.

«XXII. Tendo tais alegações sido dadas por improcedentes pela AdC, reiteraram-nas as ora RECORRENTES perante o TCRS, tendo ulteriormente junto o já referido douto Parecer do Senhor Professor Doutor AUGUSTO SILVA DIAS, que concluiu, em termos para os quais se remete e que aqui se dão por reproduzidos, que a ilegalidade das buscas e



Tribunal da Relação de Lisboa

apreensões efetuadas pela Adc também resultava:

«De os despachos do MP que autorizam as buscas e apreensões de mensagens de correio electrónico nas sedes das empresas mencionadas não indicarem, de modo satisfatório, os indícios em que se estribam tais diligências e a sua necessidade para a prova e para a boa decisão da causa, violando, desse modo, os arts. 18.º n.º 1 al. c) da Ldc, e 187.º, n.º 1 e 189.º do CPP.

«A consequência jurídica é a ilegalidade dos despachos e mandados e a nulidade das provas por meio deles obtida. Com efeito, as ilegalidades referidas tornam nulas e inutilizáveis as provas obtidas através das buscas e apreensões realizadas pela Adc, nos termos do art.126.º n.º3 do CPP, podendo ser arquivadas a todo o tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (arts.119.º e 449.º, n.º. A1) e do CPP), todos ex vi art.13.º da Ldc e art.41.º do RGCO. Na verdade, elas representam uma intromissão ilegal e não consentida nas telecomunicações das empresas visadas, não podendo ser valoradas ou utilizadas contra elas» (pp. 24-25).
Perante tudo isto, afirmou o Tribunal a quo: «só podemos reiterar a posição da Adc» (cfr. n.º 141).

«XXXIII. O Despacho recorrido nunca afirma - nem poderia - que dos despachos constam factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão na sua sede, designadamente e desde logo, factos ou indícios que apontem para a existência, nas instalações das RECORRENTES, de meios de prova aptos a servir de prova.

«XXXIV. Nem nunca afirma que essa indicação não é exigida legal e constitucionalmente, nos termos supra alegados.

«XXXV. A única coisa que afirma é que dos Despachos decorre genericamente que foi no decurso das buscas que a Adc encontrou indícios - sem dizer, porém, que indícios, concretamente, foram esses.

«XXXVI. Pelo que constitui uma confirmação tácita da razão que assiste às ora RECORRENTES, nos termos antes alegados - que mantêm e reiteram.

«XXXVII. Nessa medida, o Despacho recorrido viola as disposições legais e constitucionais atrás referidas, a saber, por um lado, os artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, 174.º, n.ºs 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP, 18.º, 26.º e 34.º da CRP e artigo 6.º da CEDH; e, por outro lado, dos artigos 118.º e 123.º do CPP, e 32.º, n.º 8, da CRP.

*

«Sobre a invalidade da forma ou termos em que decorreram as buscas até ao momento do Despacho de autorização alargamento da busca, de 10.2.2017

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

«XXIX. Apta a constituir uma fiscalização, coerciva e sem base indiciária, da generalidade das restrições, horizontais ou verticais, das empresas do sector em pelo menos 10 anos de atividade.

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

«XXXI. O que sucedeu - e o que as Recorrentes alegaram desde o momento das buscas - foi que, até ao momento da comunicação do despacho de alargamento da busca e apreensão, estas diligências tinham excedido o objeto marcado - já ilegalmente, como se alegou atrás - pelos primeiros despachos comunicados, que se cingiam a factos relativos à UNICER (e naturalmente a produtos por esta fornecidos).

«XXXII. O Despacho recorrido parece pretender afirmar que, havendo um despacho da autoridade judiciária, a Adc pode conduzir as buscas e apreensões com inteira liberdade, sem limites.

«XXXIII. A Constituição e a lei não admitem essa liberdade, nem autorizam devassas gerais como aquela que foi conduzida no presente caso.

«XXXIV. Prescindindo de tudo o mais que ficou atrás alegado, as buscas e apreensões de correspondência eletrónica restringem direitos fundamentais, designadamente a privacidade (artigos 26.º e 34.º da Constituição), a livre iniciativa e a própria propriedade privada (artigos 61.º e 62.º da Constituição), estando sujeitas, por isso, ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição).

«XXXV. Pelo que a Decisão da Adc impugnada viola as normas dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, 174.º, n.ºs 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP, 18.º, 26.º, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH.



Tribunal da Relação de Lisboa

«XXXVI. O mesmo fazendo o Despacho ora recorrido, ao julgar, nessa parte, im-procedente a impugnação daquela decisão pelas ora RECORRENTES.

«XXXVII. As interpretações dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, 174.º, nos 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP segundo a qual, em processo de contraordenação por práticas restritivas:

«É lícito estender a busca de correspondência para além dos limites traçados no Despacho que as autorizou»;

«É lícita uma busca de correspondência sem limites clara e expressamente definidos e comunicados aos visados pela diligência»;

«É lícita uma busca de correspondência apta a fiscalizar a generalidade das restrições, horizontais ou verticais, das empresas de um sector de atividade económica durante 10 anos»;

São inconstitucionais por violação dos artigos 18.º, 26.º, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH.

«XXXVIII. Sem conceder, mesmo que se admitisse a legalidade do despacho do MP de 10.2.2017 (de alargamento do objeto do mandato), ainda assim verifica-se que a Adc não deu cumprimento aos limites que foram aí impostos. A apreensão de documentação desde o ano de 2004 até ao ano de 2014 (i.e., 33 e-mails de um total de 79 e-mails que não foram desentranhados) será inconstitucional, sendo igualmente, também por este motivo, nula a prova obtida pela Adc na diligência de busca e apreensão na sede das RECORRENTES, nos termos e para os efeitos dos artigos 32.º, n.º 8, e 34.º, nos 1 e 4, da CRP, 20.º, n.º 6, do RJC, 126.º, n.º 3, do CPP, e artigos 6.º e 8.º do CEDH.

«XXXIX. Nos n.ºs 262 a 275 da sua impugnação, atrás transcritos, as ora RECORRENTES identificaram muito bem - e com base em factos que nem a Adc nem o Tribunal puseram em causa - os termos em que decorreram as buscas e as apreensões e as razões pelas quais tais termos excederam efetivamente o âmbito (já ilegalmente) marcado pelo Despacho ou Despachos do MP.

«XL. Sendo de salientar, perante as afirmações pelo menos equívocas do Despacho recorrido que não só a apreensão, como ainda a própria busca é restritiva de direitos fundamentais, pelo que deve conter-se nos limites marcados pelo princípio da proporcionalidade.

«XLI. A busca em processo sancionatório tem de se dirigir à investigação de uma infração da qual haja notícia - e a cujo es-

clarecimento se dirige o processo em que é realizada.

«XLII. A interpretação conjugada dos artigos 8.º, 17.º, 18.º, 20.º, e 67.º, n.º 1, alínea h) e f), do RJC no sentido de que «Pode ser aberto um inquérito por prática restritiva da concorrência e nele serem realizadas buscas e apreensões sem suspeita de factos concretos constitutivos de infração»

«é inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da Constituição), do direito à privacidade (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), à liberdade geral de ação (artigo 27.º, n.º 1, da Constituição) à liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º da Constituição) e à propriedade privada (artigo 62.º da Constituição).

«XLIII. A alegação de que o presente meio não é o próprio para conhecer da legalidade da forma como decorreram as buscas perante o mandado (e o Despacho do MP) é uma aplicação da posição assumida globalmente pelo Despacho recorrido de reiteração da posição assumida no Despacho de 19-11-2018, que foi revogado, nessa parte, pelo Acórdão da Relação de Lisboa proferido nos presentes autos.

«XLIV. E que, por isso mesmo, é uma inadmissível violação do caso julgado e inversão da hierarquia judiciária - como ficou inicialmente referido e alegado.

«XLV. Sempre se assinala, no entanto, a total improcedência da extraordinária afirmação de que um recurso interlocutório como o presente "não configura, nem pode configurar, uma tutela jurisdicional de apreciação positiva de direitos fundamentais das visadas em processo contraordenacional" - quando os artigos 83.º e ss. do RJC não põem limite algum às matérias arguíveis em recursos interlocutórios e, por seu turno, o artigo 55.º do RGCO, estabelece a recorribilidade de todas "as decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo" (n.º 1) desde que colidam "com os direitos ou interesses das pessoas" (n.º 2).

«XLVI. Assim, independentemente da afirmação da total liberdade, por parte da Adc, de proceder a buscas e apreensões de correio eletrónico como entender, a Decisão da Adc impugnada viola as normas dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º do RJC, 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, 174.º, nos 2 e 3, 178.º, n.º 3, 179.º do CPP, 18.º, 26.º, 34.º, 61.º e 62.º da CRP e artigo 6.º da CEDH.

«XLVII. O mesmo fazendo o Despacho ora recorrido, ao julgar, nessa parte, im-



Tribunal da Relação de Lisboa

procedente a impugnação daquela Decisão pelas ora RECORRENTES.

*

«Sobre a incompatibilidade da leitura dos poderes da Adc com o direito da UE

«XLVIII. Como exposto acima, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem sustentado, mormente no acórdão Nexans, que quando se «efetua uma inspeção nas instalações de uma empresa (...) é obrigada a limitar as suas pesquisas às atividades dessa empresa relativas aos sectores indicados na decisão que ordena a inspeção e, por isso, quando concluir, após análise, que um documento ou uma informação não estava relacionado com essas atividades, a abster-se de a utilizar para efeitos da sua investigação».

«XLIX. É de mediana clareza a transponibilidade desta jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE para o caso em apreço, mutatis mutandis, até pela coincidência das normas passíveis de infração, tais como determinadas no mandado de busca e apreensão de 02-02-2017, que expressamente refere o artigo 101.º do TFUE: «Com efeito, se a Comissão não estivesse submetida a essa restrição, antes de mais isso traduziria, em termos práticos, a possibilidade [...] de realizar uma inspeção sobre todas estas atividades com o escopo final de apurar a existência de qualquer violação das normas referidas acima que essa empresa possa ter perpetrado, o que contrasta com a tutela da esfera de atividade privada de pessoas coletivas, protegida como direito fundamental numa sociedade democrática».

«L. Estas exigências, transversais quer ao direito da União quer ao direito constitucional português, visam proteger, além do segredo profissional, os direitos de defesa das empresas, os quais «ficariam gravemente comprometidos se a Comissão pudesse invocar em relação às empresas provas que, tendo sido obtidas no decurso de diligências de instrução, fossem estranhas ao objeto ou à finalidade dessa instrução (v., neste sentido, acórdãos Deutsche Bahn §58; Dow Benelux/Comissão, C-85/87, EU:C:1989:379, § 18).

«LI. Esta solução tanto se impõe à Comissão Europeia como é imposta pelo artigo 6.º do Tratado e pela Carta dos Direitos Fundamentais, mormente quando a Autoridade da Concorrência investiga infrações - como alegou suceder no caso - ao artigo 101.º do TFUE.

«LII. Pelo que, se não se entenderem como ilegais as buscas e nulas as apreensões, então deverá o douto Tribunal Relação de Lisboa, face à contradição com a juris-

prudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, suspender a instância e obter do Tribunal de Justiça, o único competente para assegurar a uniformidade na aplicação e interpretação do direito da UE, a resposta, pelo menos, à questão de saber se uma autoridade nacional da concorrência, ao investigar uma infração ao artigo 101.º do TFUE, está vinculada aos direitos de defesa que se impõem à Comissão Europeia se fosse esta, como poderia ser, a investigar a infração em causa.

*

«Sobre a inadmissibilidade das buscas à 1.ª RECORRENTE

«LIII. O RJC estabelece que pela prática das contraordenações nele previstas podem ser responsabilizadas, não as empresas nos termos do artigo 3.º, mas «pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica» (artigo 73.º do n.º 1) e não podem estar dúvidas sobre a alteridade, em termos de pessoa coletiva, entre uma SGPS e uma sua participada.

«LIV. Não é o facto de ser titular de uma participação social numa determinada sociedade, nem o de, por isso exercer atividade económica de forma indireta que legitima a realização de uma busca e apreensão - designadamente de correio eletrónico, tendo de existir indícios da prática de um ilícito e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes.

«LV. Coisa que o carácter meramente indireto dessa atividade económica torna completamente inverosímil, e que não se verificava no caso dos autos.

«LVI. O que a Decisão recorrida parece reconhecer.

«LVII. Pelo que, tal como o Despacho de 20.01.2017 ou ainda mais do que ele, também o Despacho de 02.02.2017 ou, desde já, o Despacho de 10.02.2017, todos se perfilam como ilegais, desnecessários e desproporcionais aos objetivos visados.

«LVIII. O Despacho recorrido não só não pôs em causa, como até confirmou as bases das alegações da 1.ª RECORRENTE, atrás transcritas: pois que justamente por ser um exercício de atividade económica apenas indireto - i. e., na e pela atividade económica das participadas - e de ser uma pessoa jurídica diferente destas, não é o simples facto de ser uma SGPS com participação social numa determinada sociedade que legitima a conclusão de que na sede ou instalações da 1.ª RECORRENTE se verificam os pressupostos das buscas e apreensões, de-



Tribunal da Relação de Lisboa

signadamente indícios da prática de ilícito e de que nesse local poderá haver elementos de prova relevantes.

«LIX. Nestes termos, a 1.^a RECORRENTE integralmente mantém e reitera as alegações feitas em 1.^a instância e deixadas pelo menos parcialmente confirmadas pelo Despacho recorrido:

«LX. Os três referidos Despachos que autorizam a busca e apreensão à sede das ora RECORRENTES violam os artigos 18.^o, n.^o 1, alínea c), e n.^o 2, 20.^o e 31.^o do RJC, 17.^o da Lei n.^o 109/2009, de 15 de setembro, 174.^o, n.^o 2 e 3, 178.^o, n.^o 3, 179.^o do CPP, 18.^o, 26.^o, 34.^o, 61.^o e 62.^o da CRP e artigo 6.^o da CEDH.

«LXI. Assim sendo, e nessa exata medida, os referidos Despachos do Ministério Público que autorizam as referidas diligências são inválidos e nulos ou, quando menos, irregulares - por consequência o sendo também a busca e apreensão realizadas, e independentemente disso, são nulas as provas por meio deles obtidas, nos termos das disposições legais citadas e, bem assim, dos artigos 118.^o e 123.^o do CPP, e 32.^o, n.^o 8, da CRP.

«LXII. O Despacho recorrido viola, pois, todas essas disposições constitucionais e legais.

«NESTES TERMOS E NOS MAIS DE DIREITO QUE V. EXAS. DOUTAMENTE SUPRIRÃO DEVERÁ O DESPACHO RECORRIDO SER REVOGADO E SUBSTITUÍDO POR OUTRO QUE:

«1) RECONHEÇA E DECLARE AS INVALIDIDADES SUPRA REFERIDAS, INCLUINDO A NULIDADE DAS PROVAS APREENDIDAS NA DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO;

«2) ORDENE O DESENTRANHAMENTO E A DEVOLUÇÃO ÀS RECORRENTES DESSAS MESMAS PROVAS E A DESTRUIÇÃO DE TODAS AS CÓPIAS DELAS EXISTENTES;

«3) SUBSIDIARIAMENTE, E CASO ASSIM NÃO O ENTENDA, SUSPENDA A INSTÂNCIA E COLOQUE QUESTÕES PREJUDICIAIS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MORMENTE QUANTO À QUESTÃO DE SABER SE, AO INVESTIGAR INFRAÇÕES AO ARTIGO 101.^o DO TFUE NO QUADRO DA REDE EUROPEIA DE CONCORRÊNCIA, UMA AUTORIDADE NACIONAL DA CONCORRÊNCIA NÃO ESTÁ SUJEITA AOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO DE DEFESA QUE CONSTAM DO ARTIGO 6.^o DO TUE E DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, E QUE FORAM RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO À COMISSÃO EUROPEIA, MORMENTE, MAS SEM LIMITAÇÃO, EXCLUINDO A LEGITIMIDADE DE "FISHING EXPEDITIONS" E DA UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES PRÉVIA À EMISSÃO DE MANDADOS DE ALARGAMENTO DE BUSCAS EM EMPRESA

NÃO VISADA, NOMEADAMENTE PARA PROVA DE INFRAÇÕES AO ARTIGO 101.^o DO TFUE»⁽³⁾.

1.3. Por despacho proferido pelo Senhor juiz do Tribunal a quo, foi admitido o recurso, sendo este o próprio, tempestivamente interposto por quem tem legitimidade e interesse em agir, recebido com efeito e modo de subida adequados, nada obstando ao conhecimento do seu objeto.

1.4. Na 1.^a instância o Ministério Público, em 13-ago.-2019, respondeu ao recurso, sem formalmente apresentar conclusões, remata a sua resposta do seguinte modo:

«Em face ao exposto o recurso das visadas deverá improceder, assim se fazendo Justiça»⁽⁴⁾.

1.5. Igualmente o Autoridade da Concorrência (AdC), em 04-set.-2019 respondeu ao recurso, que remata com as seguintes conclusões:

«Objeto do recurso

«A. O Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), por acórdão de 8 de maio de 2019 (i) julgou parcialmente provido o recurso, revogando a decisão recorrida no segmento em que se declarou incompetente para conhecer da invalidade dos dois despachos da AdC, declarando o TCRS competente para conhecer das invalidades dos despachos proferidos nos presentes autos; (ii) manteve a decisão recorrida quanto à 1.^a questão (constituição formal de visada); e (iii) julgou prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelas Recorrentes.

«B. No seguimento da decisão do TRL, o TCRS proferiu nova decisão "sem tanger com os pontos que merecerem um juízo concorde do Tribunal Superior, acrescentando os

⁽³⁾ Motivação recursória subscrita pelos Senhores advogados José Lobo Moutinho, Teresa Serra, Miguel Gorjão-Henriques, Cláudia Amorim, Alberto Saavedra e Guilherme de Oliveira e Costa (cf. fls. 880-966 dos autos - vol. 4.^o).

⁽⁴⁾ Cf. fls. 1053-1079 dos autos - vol. 4.^o; resposta subscrita pelo Senhor procurador da República Dr. Manuel Pelicano Antunes.



Tribunal da Relação de Lisboa

pontos 127. a 180. referentes ao objeto das invalidades invocadas pelas visadas.”

«C. Neste seguimento, as Recorrentes não se conformaram com aquele sentido decisório, tendo o presente recurso por objeto a sentença proferida pelo Tribunal a quo em 4 de junho de 2019, invocando as Recorrentes, em síntese, os seguintes fundamentos: erro na interpretação e aplicação de direito por parte do Tribunal a quo (i) ao considerar admissíveis e válidas as buscas e apreensões de correio eletrónico ou ainda que assim não se entenda, ao considera-las admissíveis por mera autorização do Ministério Público; (ii) ao considerar legais os despachos de fundamentação e alargamento e respetivos mandados que autorizam as diligências de busca e apreensão; (iii) ao considerar válida a forma ou termos em que decorreram as buscas até ao momento do despacho datado de 10.02.2017, de autorização de alargamento da busca; e (iv) ao considerar admissível a realização de buscas à Recorrente Jerónimo Martins SGPS, S.A..

«D. As Recorrentes reconduziram, ainda, a decisão recorrida à violação de normas e princípios constitucionais.

*

«Da alegada ilegalidade da busca e apreensão de correspondência eletrónica

«A. Inexiste qualquer ilegalidade cometida pela Adc ao apreender mensagens de correio eletrónico aberto. Com efeito, a alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência que permite aos funcionários da Adc, devidamente credenciados, proceder nas instalações de empresas “à busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação independentemente do seu suporte.”

«B. Ou seja, é a própria Lei da Concorrência que permite a apreensão de documentação, seja em suporte físico ou em suporte digital, encontrada em computadores ou noutros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados, como sejam pen drive, disco rígido externo, etc..

«C. De notar que a redação atual da Lei da Concorrência prevê uma formulação mais ampla (“...independentemente do seu suporte...”) do que aquela estabelecida no Projeto de proposta de lei do Governo, sendo manifesta a intenção do legislador em abranger qualquer documento que esteja em suporte físico ou em suporte digital.

«D. Deste modo, e contrariamente ao que alega a Recorrente, a intenção do legislador foi tão só criar uma formulação mais ampla, permitindo abranger qualquer docu-

mento independentemente do local físico ou digital, guardado ou armazenado; ao invés de criar um normativo que especificamente refira as mensagens de correio eletrónico, esta formulação ampla dá margem à Adc de apreender qualquer documento, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, e naturalmente, as mensagens de correio eletrónico abertas/lidas estão incluídas.

«E. Adicionalmente, é necessário ter em consideração que mesmo antes da entrada em vigor da atual Lei da Concorrência, e sufragado pela jurisprudência nacional, já a Adc realizava diligências de busca e apreensão a empresas, apreendendo mensagens de correio eletrónico, sem qualquer menção expressa na lei anterior; pelo contrário, a atual Lei permite, expressamente, apreender qualquer documentação independentemente do seu suporte.

«F. A este normativo especialmente previsto na Lei da Concorrência acresce a autorização expressamente conferida pela autoridade judiciária competente para a realização das diligências de busca e apreensão.

«G. Mais: a recente publicação da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, e cuja transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais terá de ocorrer até fevereiro de 2021, é um sinal inequívoco quanto à necessidade de evolução dos poderes de investigação das Autoridades Nacionais de Concorrência nesse sentido nos casos (e nos Estados) em que a mesma ainda não tenha ocorrido.

«H. Sem prejuízo de tal Diretiva ainda não ter sido transposta para o ordenamento jurídico português, a Adc acompanha em absoluto o entendimento do Senhor Procurador da República vertido no ponto 14 da sua Resposta ao recurso interposto pelas visadas nos autos, considerando que atendendo ao princípio da interpretação conforme do Direito nacional com o Direito da União Europeia a diretiva deve ser aplicada e as regras da Lei da Concorrência aplicadas de acordo com esta diretiva.

«I. No que respeita ao argumento das Recorrentes de que a apreensão das mensagens de correio eletrónico aberto viola o artigo 17.º da Lei do Cibercrime, importa esclarecer que o objeto e conseqüente âmbito de aplicação daquele Diploma é distinto do



Tribunal da Relação de Lisboa

objeto e âmbito de aplicação da Lei da Concorrência, não se sobrepondo à mesma.

«J. A Lei da Concorrência estabelece e regula o regime jurídico da concorrência, sendo que a matéria relativa aos poderes de inquirição, busca e apreensão encontra-se especialmente regulada no artigo 18.º; razão pela qual os artigos 11.º e 17.º da Lei do Cibercrime nunca poderiam aplicar-se especificamente aos processos contraordenacionais da concorrência.

«K. Com efeito, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime apenas se aplica a processos relativos a crimes, independentemente da sua natureza ou moldura penal, excluindo, a contrario, processos de contraordenação.

«L. Reitere-se que aos processos de contraordenação jusconcorrenciais aplica-se lei especial (Lei da Concorrência) que, no caso, regula expressamente as apreensões que podem ser realizadas. Só na falta de disposição especial, o legislador remete para a aplicação do regime geral do ilícito de mera ordenação social e, subsidiariamente para as disposições do código de processo penal.

«M. Ora, existindo lei especial que permite à Autoridade da Concorrência realizar diligências de busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, não se admite a invocação de um diploma de âmbito geral.

«N. Por outro lado, a Lei da Concorrência (de 8 de maio de 2012), foi publicada e entrou em vigor em momento posterior à Lei do Cibercrime (de 15 de setembro de 2009), sendo manifesta a intenção do legislador em afastar o regime consagrado pela Lei do Cibercrime, e em criar um regime especial no que respeita ao âmbito dos poderes da AdC relativamente às diligências de busca e apreensão.

«O. Com efeito, o legislador foi taxativo em permitir a recolha e apreensão de qualquer documentação, independentemente do seu suporte, no âmbito de processos contraordenacionais em matéria de concorrência, sem prejuízo do regime jurídico anteriormente definido para a recolha de prova em suporte eletrónico no âmbito da investigação de crimes informáticos.

«P. De qualquer modo, ainda que a Lei do Cibercrime fosse aplicável à situação em apreço, sempre se diga que o artigo 17.º respeita à apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante. Ora, as mensagens de correio eletrónico apreendidas no decurso da diligência efetuada já se encontravam abertas/lidas,

constituindo, portanto, meros documentos em suporte digital e não correio eletrónico ou um registo de comunicação, constituindo estes últimos mensagens não lidas/abertas

«Q. Importa referir ainda que, relativamente à apreensão de correio eletrónico no âmbito das contraordenações jusconcorrenciais a norma aplicável é o artigo 21.º da Lei da Concorrência que determina que no caso em apreço a competência é do Ministério Público, e não, como quer fazer crer a Recorrente, o Juiz de Instrução. Reitere-se que a competência do Juiz de Instrução para proferir os mandados de busca e apreensão está expressamente prevista para os casos do n.º 6 e 7 do artigo 19 e do n.º 6 do artigo 20.º da Lei da Concorrência.

«R. Em síntese, encontrando-se especificamente prevista na Lei da Concorrência a apreensão de qualquer tipo de documentação, independentemente do seu suporte; não estando em causa a apreensão de correspondência, mas de documentos; e sendo essa Lei posterior à Lei do Cibercrime, resulta manifesto que a intenção do legislador foi inequivocamente - afastar o regime consagrado pela Lei do Cibercrime, cujos objeto e finalidades são manifestamente distintos daqueles que foram consagrados pela Lei da Concorrência.

*

«Da alegada ilegalidade dos despachos de fundamentação e mandados de busca e apreensão datados de 20.01.2017 e de 02.02.2017

*

«Do despacho de 20.01.2017

«S. Importa começar por clarificar que as Recorrentes não foram destinatárias de dois despachos de fundamentação (ou de dois mandados); a empresa foi notificada de um mandado acompanhado de um despacho de fundamentação (datado de 02.02.2017).

«T. Sucede que, é entendimento da AdC, o MP apenas fundamentou a necessidade de buscas (também) em informação que integrava despacho de fundamentação de outras diligências em curso (datado de 20.01.2017), pelo que entendeu juntar este outro despacho de fundamentação ao mandado dirigido à Pingo Doce de modo a permitir à empresa melhor apreender a fundamentação das buscas.

*

«Do despacho de 02.02.2017

«U. Decorre claramente do despacho de fundamentação do mandado que:

«a) Existia um processo de contraordenação aberto, em que era visada a Unicer Bebidas, S.A. (PRC/2016/04);



Tribunal da Relação de Lisboa

«b) A Adc estava a realizar buscas noutras localizações;

«c) No decurso dessas buscas surgiram indícios de infração envolvendo a empresa fornecedora Unicer Bebidas, S.A. e empresas da grande distribuição (hipermercados, supermercados e lojas discount);

«d) Poderia estar em causa a imposição pelo fornecedor Unicer às cadeias de distribuição alimentar de preços de revenda ao consumidor dos seus produtos;

«e) O fornecedor Unicer e determinadas empresas de distribuição alimentar poderiam ter um acordo para fixar preços de revenda aos consumidores dos produtos do primeiro;

«f) Estas práticas abrangem um período de pelo menos 10 anos, 2007 a 2017;

«g) Foram emitidos mandados para várias empresas.

«V. Resulta do despacho de fundamentação em causa que “Por despacho proferido nestes autos foram ordenadas diversas buscas para apreensão de documentação e outros elementos com relevância probatória. Aquelas diligências estão ainda em curso tendo sido encontrados elementos que fazem suspeitar do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal. Tais elementos “indicam que a Unicer está a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e/ou estas cadeias integram um acordo com a Unicer para garantir o alinhamento de preços de venda ao público dos produtos desta no mercado alimentar. Estes acordos abrangem um período de pelo menos 10 anos (2007 a 2017) ”.

«W. Refere, ainda o despacho, “que esta prática assume a natureza de um acordo restritivo da concorrência que conduz à fixação artificial de preços de venda ao público... com prejuízo para os consumidores finais”, em concreto “estes comportamentos...são consubstanciados na fixação dos preços de revenda por parte de um fornecedor aos seus distribuidores e/ou num acordo entre concorrentes e entre estes e o respetivo fornecedor tendentes à fixação de preços de venda ao público.”

«X. Ou seja, resulta com meridiana clareza do despacho de fundamentação que foi no decurso das diligências em curso (no processo com o n.º PRC/2016/4) que a Adc encontrou indícios de envolvimento de cadeias da grande distribuição nas eventuais práticas proibidas e que este conjunto de empresas incluída a Pingo Doce.

«Y. Pelo exposto, é possível concluir que a diligência de busca e apreensão foi neces-

sária para obtenção de prova porque existiam indícios suficientes de a Pingo Doce estar a praticar acordos violadores da concorrência (fixação de preços de revenda por parte de um fornecedor aos seus distribuidores e/ou num acordo entre concorrentes e entre estes e o respetivo fornecedor tendentes à fixação de preços de venda ao público), resultando do despacho que seria “imprescindível proceder à realização de buscas para apreensão de elementos suspeitos que confirmem as fortes suspeitas alicerçadas na análise e documentação existente nas instalações objeto de buscas.”

*

«Do despacho de alargamento e mandado de busca e apreensão datado de 10.02.2017

«Z. Importa referir que decorre claramente do despacho de alargamento do mandado que:

«a) Existia um processo de contraordenação aberto, envolvendo pelo menos a “Unicer”;

«b) A Adc estava a realizar buscas noutras localizações;

«c) No decurso dessas buscas surgiram indícios de infração envolvendo outras empresas fornecedoras de produtos alimentares e não alimentares, para além da Unicer, comercializados pelas cadeias de distribuição alimentar (hipermercados em sentido lato);

«d) Poderia estar em causa a imposição por um fornecedor aos hipermercados de preços de revenda ao consumidor dos seus produtos;

«e) Um fornecedor e vários hipermercados poderiam ter um acordo para fixar preços de revenda aos consumidores dos produtos do primeiro;

«f) Poderiam estar em causa produtos do ramo alimentar e não alimentar;

«g) Estas práticas poderiam existir entre, pelo menos, 2014 e 2017;

«h) Foram emitidos mandados para várias empresas.

«AA. Resulta do despacho de fundamentação em causa que “Face aos elementos entretanto coligidos nas diversas buscas realizadas no âmbito do processo contraordenacional da Autoridade da Concorrência n.º PRC/2016/4 resulta fortemente indiciada a prática de uma ou mais infrações jusconcorrenciais...” como seja, “os fornecedores de produtos alimentares e não alimentares podem estar a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e que as cadeias de distribuição alimentar poderão integrar entre si e com vários fornecedores de produtos alimentares e não alimentares para



Tribunal da Relação de Lisboa

garantir o alinhamento dos preços de venda ao público aos consumidores. O período destas possíveis infrações compreende-se entre 2014 e 2017, não sendo de excluir um lapso temporal mais dilatado.”

«BB. Ou seja, resulta com clareza do despacho de alargamento que foi no decurso de diligências em curso (no processo com o n.º PRC/2016/4) que a Adc encontrou indícios de envolvimento nas possíveis infrações de outros fornecedores para além da Unicer. Numa primeira fase, os indícios referiam-se a uma ou várias infrações envolvendo a Unicer e várias insígnias da grande distribuição, incluindo a Pingo Doce; numa segunda fase, que motivou o alargamento do objeto das diligências, os indícios encontrados referiam-se ao envolvimento naquele tipo de práticas proibidas de outros fornecedores para além da Unicer.

«CC. No caso concreto, e após verificação de existência de indícios de envolvimento de outros fornecedores nas possíveis infrações, a Adc optou por solicitar imediatamente mandado de alargamento do objeto da diligência, que foi emitido pelo Ministério Público acompanhado do respetivo despacho de fundamentação. Permitiu-se deste modo à empresa conhecer de imediato e ainda durante a realização das diligências que o seu envolvimento numa ou várias possíveis infrações poderia ser mais amplo, compreendendo outros fornecedores para além da Unicer inicialmente identificada.

«DD. Acresce que, a verificação de existência de indícios do envolvimento de outros fornecedores para além da Unicer resultam, também, da realização de outras diligências em curso ao mesmo tempo e que permitiu dar conhecimento às Recorrentes desse novo facto, comprovado pelo despacho de alargamento proferido pelo Ministério Público.

«EE. Antes dessa data apenas se realizaram pesquisas eletrónicas através do uso de palavras-chave e que foram acompanhadas pela empresa e pelos seus mandatários.

«FF. Nesse sentido, não foi segregada qualquer informação pesquisada antes ou depois do alargamento do mandado, na exata medida em que não existiu qualquer apreensão de documentos até essa data.

*

«Da alegada nulidade da prova pela forma como se processou a busca até à data da apresentação do Requerimento em 15.02.2017.

«GG. No caso concreto, importa começar por precisar que, não existiu uma mera cópia ou varrimento de todos os ficheiros

ou documentos respeitantes a determinado colaborador ou conjunto de colaboradores.

«HH. Pelo contrário, a Adc conduziu de facto uma pesquisa informática nos computadores dos funcionários da empresa alvo, utilizando para o efeito palavras-chave direcionadas (ou conjuntos de palavras-chave), o que afasta de forma manifesta qualquer ideia de uma pesquisa aleatória ou indiscriminada.

«II. Questão distinta é saber se a Adc estava ou não obrigada a entregar à Recorrente a lista das expressões de pesquisa utilizadas. Entende-se que não: a diligência pode ser e foi sempre acompanhada em permanência pela empresa e mandatários (leia-se, os advogados e funcionários estiverem sempre, literal e fisicamente, ao lado dos funcionários da Adc a observar); não existe obrigação legal de relevar à Recorrente a estratégia de investigação seguida ou de lhe facultar documentos internos de trabalho; todos os documentos apreendidos foram devidamente identificados, tendo sido entregue à Recorrente uma cópia dessa informação (conforme auto de apreensão datado de 27.02.2017).

«JJ. Até à data da apresentação do requerimento (15.02.2017) nada tinha sido apreendido pela Autoridade da Concorrência, estando ainda a decorrer a investigação que, reitera-se, cabe à Autoridade dirigir.

«KK. Pelo que, e contrariamente ao alegado pelas Recorrentes, os quatro e-mails, alegadamente encontrados antes da notificação do despacho de alargamento de 10.02.2017 só foram apreendidos no final da diligência, depois de verificado estar dentro do objeto dos mandados em vigor no fim da diligência.

*

«Do pedido de reenvio prejudicial

«LL.

«MM. Deve improceder o pedido de reenvio prejudicial sugerido pelas Recorrentes desde logo porque nos presentes autos está em causa a aplicação do artigo 18.º da Lei da Concorrência e não o artigo 101.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.

«NN. Tal preceito no âmbito de casos como o que estão já foi por diversas vezes objeto de apreciação judicial de tribunais nacionais, limitando-se a Adc a corporizar nos seus procedimentos e decisões tais decisões.

«OO. Não existindo, sequer, em concreto uma qualquer questão que tenha suscitado ao Tribunal nacional dúvidas de interpretação ou aplicação à luz do Tratado (em especial, do seu artigo 101.º), deve ser indeferido o respetivo pedido de reenvio.



Tribunal da Relação de Lisboa

*

Da alegada inadmissibilidade de buscas à Jerónimo Martins, SGPS, S.A.

«PP. Do artigo 3.º da Lei da Concorrência decorre um conceito amplo de empresa e de exercício de atividade económica.

«QQ. Ora, as sociedades gestoras de participações comerciais são por natureza sociedades que têm como objeto a gestão de participações noutras sociedades, como forma indireta do exercício da atividade económica da empresa participada (cf. n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, que aprova o regime jurídico das sociedades gestoras de participações sociais).

«RR. Já o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que “a participação numa sociedade é considerada forma indireta de exercício da atividade económica desta quando não tenha carácter ocasional e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, quer por si só, quer conjuntamente com participações de outras sociedades em que a SGPS seja dominante”.

«SS. Daqui decorre (como de resto se explica no preâmbulo deste diploma legal) que o legislador pretendeu aqui reforçar a ideia de que nem sequer é necessário que a participação detida pela SGPS lhe confira controlo sobre a sociedade participada para, mesmo nesse caso, se considerar que a SGPS exerce indiretamente a atividade económica das suas participadas.

«TT. Finalmente, as SGPS podem ainda prestar serviços de gestão e administração às suas participadas (cf. n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 495/88).

«UU. Deste breve excursus decorre que nada na lei impede que o exercício da atividade económica ocorra de modo indireto.

«VV. Neste sentido, a Jerónimo Martins deve considerar-se uma empresa para efeitos da aplicação da Lei da Concorrência (nomeadamente do artigo 18.º referente a buscas) e que exerce indiretamente uma atividade económica.

«WW. Apesar de se considerar que a norma do artigo 3.º da Lei da Concorrência se aplica ao presente caso, uma vez que se encontra nas disposições gerais do diploma legal, sendo aplicável portanto a todos os seus capítulos, importa notar que nada no artigo 73.º permite concluir que, pelo facto de ser uma sociedade gestora de participações sociais, não seja uma pessoa coletiva.

«XX. Pelo contrário, o artigo 73.º é ainda mais abrangente do que o artigo 3.º, uma vez que pessoas coletivas são centros de imputação (da generalidade das) normas (situa-

ções) jurídicas; entidades às quais o direito reconhece personalidade.

*

«Da referência ao requerimento de 15.02.2017, do Pingo Doce

«YY. A Jerónimo Martins erra por completo na apreciação que faz da resposta da Adc de 17 de maio de 2018, omitindo os termos e a forma em que apresentou os requerimentos de arguição de nulidades por parte da Jerónimo Martins.

ZZ. Com efeito, é a própria Jerónimo Martins que no requerimento em que invoca a inadmissibilidade de buscas a uma SGPS que recorre à seguinte fórmula: “Em primeiro lugar, dá-se por integralmente reproduzido, com as devidas adaptações, o requerimento e pedido formulados pela empresa Pingo Doce - Distribuição Alimentar, S.A. no seu requerimento do passado dia 15 de fevereiro de 2017, junto ao “Auto de Suspensão de Diligência de Busca e Apreensão” do mesmo dia.”

«AAA. A Adc, face à metodologia adotada pela Jerónimo Martins, limitou-se a adequar a sua resposta àquele requerimento, esclarecendo que “Deste modo, no presente ofício a Adc responde a todas as questões especificamente suscitadas pela Jerónimo Martins nos seus requerimentos de 16.02.2017, de 21.02.2017 e de 27.02.2017, mais se informando que em 16.05.2018 se remeteu à Pingo Doce a decisão da Adc (com a referência S-Adc/2018/1057) relativamente ao requerimento apresentado por aquela empresa e que é referido pela Jerónimo Martins no parágrafo 1.º do seu requerimento de 16.02.2017.”

«BBB. Deste modo, são manifestamente inadmissíveis as ilações que a Jerónimo Martins pretende retirar da resposta da Adc de 17 de maio de 2018, devendo, por essa razão, a alegação da Recorrente improceder em toda a linha.

Nestes termos e nos demais de Direito, não deverá ser dado provimento ao presente recurso de decisão interlocutória, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida e, em consequência, inalteradas as Decisões da Adc datadas de 16 e 17 de maio de 2018.»⁽⁵⁾

1.6. Foi cumprido o disposto nos arts. 416.º, n.º 1, e 417.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal, tendo o Senhor procurador-geral adjunto emitido o seu

(5) Resposta subscrita pela Senhora advogada Ana Cruz Nogueira (cf. fls. 1180-1129 - vol. 4.º dos autos)



mm.

Tribunal da Relação de Lisboa

parecer, que quanto ao essencial, acompanha a posição expressa na resposta apresentada pelo Ministério Público junto do Tribunal a quo, propugnando no sentido de «que deverá improceder e ser confirmada a decisão recorrida pois que quaisquer aditamentos se afigurariam totalmente despiciendos (...)»⁽⁶⁾.

1.7. As recorrentes Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., responderam ao parecer do Ministério Público junto deste Tribunal, em 103 pontos, reafirmando a bondade das suas teses argumentativas já anteriormente plasmadas na motivação recursória e respetivas conclusões⁽⁷⁾.

1.8. Colhidos os vistos legais, procedeu-se à Conferência neste Tribunal, a qual veio a decorrer com observância do legal formalismo, cumprindo decidir.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA QUESTÃO DE FACTO

Começemos por nos deter sobre os factos provados e respetiva motivação que constam da decisão impugnada.

«Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultou provada, por admissão expressa das visadas/recorrentes e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos autos principais e do apenso D⁽⁸⁾, juntas pela

⁽⁶⁾ Da lavra do Senhor procurador-geral adjunto Dr. Orlando Romano (cf. 1137-1139 dos autos - vol. 4.º).

⁽⁷⁾ Subscrita pelos Senhores advogados Miguel Gorjão-Henriques e Alberto Saavedra (cf. resposta entrada em julgo em 22-nov.-2029, com o n.º 464599).

⁽⁸⁾ Despacho de autoridade judicidria e Mandados de Busca e Apreensão quanto à visada Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. de fls. 170 a 181 (Doc. 1); Despacho de autoridade judicidria e Mandados de Busca e Apreensão quanto à visada Jerónimo Martins SGPS, S.A. de fls. 182 a 194 (Doc. 2); Despacho de autoridade judicidria e Mandados de Busca e

Adc, e quanto ao seu alcance probatório, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contraordenação e diligências processuais, nomeadamente quanto à emissão e efetivação dos mandados de busca e apreensão⁽⁹⁾:

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

«B. No âmbito do processo de contraordenação PRC/2016/04, as visa-

Apreensão de alargamento do objeto do mandado quanto à visada Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. de fls. 196 a 198 (Doc. 3); Despacho de autoridade judicidria e Mandados de Busca e Apreensão de alargamento do objeto do mandado quanto à visada Jerónimo Martins SGPS, S.A. de fls. 200 a 202 (Doc. 4); autos de notificação de 07.02.2018 de fls. 204 e 204v, de fls. 206 e 207, de fls. 209 e 210, de fls. 201 e 213 (Docs. 5, 6, 7 e 9); autos de suspensão e de continuação de diligência de busca e apreensão de fls. 214 e 215, 217, 219 e 220, 222, 224 e 225, 227, 229 e 230, 232, 234 e 235, 237, 239 e 240, 242, 244 e 244v, 246, 248 e 249, 251, 253 e 254, 256, 258 e 258v, 260, 262 e 262v, 264, 266 e 266v, 268, 270 e 270v, 272 (Docs. 10 a 34); auto de apreensão de fls. 274 a 278 (Doc. 35); requerimento da visada Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. de arguição de ilegalidade e invalidade das diligências de busca e apreensão de fls. 280 a 300 (Doc. 36) requerimento da visada Jerónimo Martins SGPS, S.A. de arguição de ilegalidade e invalidade das diligências de busca e apreensão de fls. 304 a 305v (Doc. 38); Decisão interlocutória de 16.05.2018 de fls. 311 a 318 - Ofício S-Adc/2018/1055 (Doc. 41) Decisão interlocutória de 16.05.2018 de fls. 320 a 322 - Ofício S-Adc/2018/1079 (Doc. 42).

⁽⁹⁾ As visadas juntaram requerimento, em 11.07.2018 - ref. 33526 de fls. 330, e respetivos anexos de fls. 360 a 403, relativo a pedidos de elementos dirigidos às visadas efetuados nos processos de contraordenação PRC/2017/01, PRC/2017/04, PRC/2017/05 e PRC/2017/13, os quais se nos afiguram elementos documentais despiciendos para a aferição do mérito das impugnações judiciais e em atenção aos fundamentos dessa impugnação expressamente identificados nos autos.



Tribunal da Relação de Lisboa

das/recorrentes foram alvos de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada por esta Autoridade entre os dias e 07.02.2017 e 27.02.2017 em cumprimento dos mandados emitidos pela Exma. Senhora Procuradora [da República] da Comarca de Lisboa (DIAP - Julzo de Turno), datados de 2 de fevereiro de 2017 e de 10 de fevereiro de 2017 (de alargamento do objeto do mandado).

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

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

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

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

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

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

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

«J. Em tais requerimentos, as visadas/recorrentes invocaram um conjunto de alegadas nulidades / irregularidades referentes: i) à não constituição das recorrentes como visadas; ii) à apreensão do correio eletrónico; iii) ao despacho de fundamentação e despacho de alargamento, e respetivos mandados que autorizam a diligência de busca, exame, recolha e apreensão; iv) à for-

ma como tem sido conduzida a investigação até ao momento da arguição das nulidades; v) à omissão de pronúncia por parte da Adc e vi) à invalidade dos despachos do Ministério Público que autorizam as diligências de busca e apreensão a uma sociedade gestora de participações sociais.

«K. A Adc, por decisão de 16 de Maio de 2018, indeferiu o requerimento da visada/recorrente Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., considerando, entre o mais, que este deveria ter sido dirigido ao Ministério Público, órgão que praticou o ato e como autoridade que autorizou a diligência de busca, exame, recolha e apreensão.

«L. A Adc, por decisão de 17 de maio de 2018, indeferiu o requerimento da visada/recorrente Jerónimo Martins SGPS, S.A., considerando, entre o mais, que este deveria ter sido dirigido ao Ministério Público, órgão que praticou o ato e como autoridade que autorizou a diligência de busca, exame, recolha e apreensão.

OCORRÊNCIAS PROCESSUAIS RELEVANTES PARA A DECISÃO DO PRESENTE RECURSO:

1. No âmbito do processo de contraordenação que corre termos na Adc sob a referência interna PRC/2016/04, foram a Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., e a Jerónimo Martins SGPS, S.A. alvos de uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela Autoridade da Concorrência (Adc) entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017 em cumprimento dos mandados emitidos pela Exma. Senhora Procuradora da República da Comarca de Lisboa (DIAP - Julzo de Turno), datados de 02-fev.-2017 e de 10-fev.-2017 (de alargamento do objeto do mandado) - (cf. Documentos n.ºs 1, 2, 3 e 4 juntos pela Autoridade da Concorrência (Adc) às contra-alegações do recurso de decisão interlocutória).

2. Os referidos mandados de busca e apreensão foram executados em observância da alínea b) do n.º 4 do art.



Tribunal da Relação de Lisboa

18.º da Lei da Concorrência (Ldc), tendo a diligência em causa sido cumprida por funcionários da Adc devidamente credenciados para o efeito.

3. Esta diligência iniciou-se com a notificação à "Pingo Doce" e à "Jerónimo Martins", na pessoa do seu legal representante, dos mandados e respetivos despachos de fundamentação do Ministério Público, conforme se evidencia dos Autos de notificação de 07-fev.-2017, e, depois com a notificação do mandado de alargamento do objeto e respetivos despachos de fundamentação do referido alargamento do objeto das buscas, conforme patenteado pelos Autos de notificação de 15-fev.-2017 (cf. Documentos n.ºs 5, 6, 7 e 8 juntos pela Adc às contra-alegações do recurso de decisão interlocutória).

4. A diligência foi acompanhada pelos advogados das recorrentes conforme se evidencia dos autos de suspensão de diligência de busca e apreensão e de continuação de diligência de busca e apreensão e pelo auto de apreensão (cf. Documentos n.ºs 9 a 35 juntos pela Adc às contra-alegações do recurso de decisão interlocutória).

5. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico (aberto) conforme auto de apreensão de 27-fev.-2017 junto como Documento n.º 35.

6. Durante a aludida diligência de busca, exame, recolha e apreensão, as recorrentes apresentaram os seguintes requerimentos:

(i) A "Pingo Doce" apresentou em 15-fev.-2017 e em 16-fev.-2017 requerimentos juntos pela Adc como Documentos n.ºs 36 e 37 às contra-alegações do recurso de decisão interlocutória;

(ii) A "Jerónimo Martins" apresentou em 16-fev.-2017 e em 21-fev.-2017 requerimentos juntos pela Adc como Documentos n.ºs 38 e 39 às contra-alegações do recurso de decisão interlocutória;

(iii) De modo conjunto, as recorrentes apresentaram em 27-fev.-2017 o requerimento junto pela Adc como Do-

cumento n.º 40 às contra-alegações do recurso de decisão interlocutória.

7. Em tais requerimentos, as recorrentes invocaram um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes:

a) À não constituição das recorrentes como visadas;

b) À apreensão do correio eletrónico;

c) Ao despacho de fundamentação e despacho de alargamento, e respetivos mandados que autorizam a diligência de busca, exame, recolha e apreensão,

d) À forma como tem sido conduzida a investigação até ao momento da arguição das nulidades,

e) À omissão de pronúncia por parte da Adc e

f) À invalidade dos despachos do Ministério Público que autorizam as diligências de busca e apreensão a uma sociedade gestora de participações sociais.

8. A Adc, por decisão de 16-mai.-2018, indeferiu os requerimentos apresentados pela "Pingo Doce" (Ofício com a referência S-Adc/2018/1055) e, por decisão de 17-mai.-2018, indeferiu os requerimentos apresentados pela "Jerónimo Martins" (Ofício com a referência S-Adc/2018/1079), considerando, em resumo, que estes deveriam ter sido dirigidos ao órgão que praticou o ato que deu origem à diligência de busca, exame, recolha e apreensão, ou seja ao Ministério Público que autorizou e proferiu os despachos que fundamentam a referida diligência. Ainda assim, a Adc apresentou o seu entendimento sobre as pretensas invalidades invocadas pelas ora Recorrentes não reconhecendo a existência das mesmas, conforme resulta das Decisões de 16 e de 17-mai.-2018 juntas pela Adc como Documentos n.ºs 41 e 42 às contra-alegações do recurso de decisão interlocutória.

9. Não se conformando com as Decisões da Adc de 16 e 17 de maio de 2018, as recorrentes interpuseram recurso das mesmas para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

10. Em 11-nov.-2018, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, ora



Tribunal da Relação de Lisboa

recorrido, decidiu "julgar totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas, interpostos pelas visadas/recorrentes Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A., absolvendo a Adc dos pedidos de declaração de invalidade e nulidade das decisões proferidas em 16 de maio (Ofício S-Adc/2018/1055) e em 17-mai.-2018 (Ofício S-Adc/2018/1079) no âmbito do PRC/2016/04."

11. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão delimitou o conhecimento dos recursos interpostos pelas Recorrentes às seguintes questões:

(i) "A validade das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do PRC/2016/04 depende da constituição das aqui recorrentes como visadas em processo contraordenacional?" e

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

12. Quanto à primeira questão o Tribunal a quo concluiu que "a não constituição das empresas Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce Distribuição Alimentar, S.A. como visadas em momento anterior às diligências de busca e apreensão não constitui qualquer nulidade ou irregularidade" (cf. § 48, p. 18 do despacho recorrido).

13. No que concerne à segunda questão, conclui o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que "as decisões interlocutórias de 16 e 17-mai.-2018, no segmento em que se recusaram conhecer da invalidade, por nulidade, as apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto de mandados de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público e ao abrigo dos artigos 18.º, n.º 1, alíneas c) e d) e n.º 2 e 21.º do NRJC, foram legais e conformes ao regime processual." (cf. § 123, p. 36 do despacho recorrido).

14. As recorrentes não se conformaram com aquele sentido decisório, tendo no recurso por objeto o despacho proferido pelo Tribunal a quo em 19-nov.-2018, invocando as recorrentes, em resumo, os seguintes fundamentos: (i) Erro na interpretação e aplicação de direito por parte do Tribunal a quo ao declarar que a constituição das Recorrentes em momento anterior às diligências de busca e apreensão não constitui qualquer nulidade ou irregularidade; (ii) Erro na interpretação e aplicação de direito por parte do Tribunal a quo ao julgar-se incompetente para conhecer de eventuais invalidades de atos praticados pelo Ministério Público no âmbito de diligências de buscas e apreensão levadas a cabo pela Adc.

15. As recorrentes reconduziram, ainda, a decisão recorrida à violação de normas e princípios constitucionais.

16. Este Tribunal da Relação de Lisboa, no âmbito dos presentes autos, por acórdão de 08-mai.-2019, que integra fls. 799-818 verso dos presentes autos - vol. 3.º, sentenciou do modo seguinte:

(i) Julgou parcialmente provido o recurso, revogando a decisão recorrida no segmento em que se declarou incompetente para conhecer da invalidade dos dois despachos da Adc, declarando o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão competente para conhecer das invalidades dos despachos proferidos nos presentes autos;

(ii) Manteve a decisão recorrida quanto à 1.ª questão (constituição formal de visada); e

(iii) Julgou prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelas recorrentes.

17. No seguimento da decisão do TRL, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferiu nova decisão "sem tanger com os pontos que merecerem um julgo concordante do Tribunal Superior, acrescentando os pontos 127. a 180. referentes ao objeto das invalidades invocadas pelas visadas." (cf. fls. 829 dos autos - vol. 3.º)

18. Neste seguimento, as recorrentes não se conformaram com aquele sentido decisório, tendo o presente recurso por objeto o despacho judicial proferido



Tribunal da Relação de Lisboa

pelo o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em 04-jun.-2019, invocando as recorrentes, em resumo:

- A existência de erro na interpretação e aplicação de direito por parte do Tribunal *a quo* (i) ao considerar admissíveis e válidas as buscas e apreensões de correio eletrónico ou ainda que assim não se entenda, ao considera-las admissíveis por mera autorização do Ministério Público; (ii) ao considerar legais os despachos de fundamentação e alargamento e respetivos mandados que autorizam as diligências de busca e apreensão; (iii) ao considerar válida a forma ou termos em que decorreram as buscas até ao momento do despacho datado de 10-fev.-2017, de autorização de alargamento da busca; e (iv) ao considerar admissível a realização de buscas à Recorrente Jerónimo Martins SGPS, S.A..

19. As Recorrentes reconduzem, ainda, a decisão recorrida à violação de normas e princípios constitucionais.

Como flui do que acima dito ficou mostra-se pendente na Autoridade da Concorrência (Adc) o processo de contraordenação PCR 2016/4 que tem por objeto a apreciação de práticas restritivas da concorrência da previsão do n.º 1 do art. 9.º n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 08-mai. (10), norma esta correspondente ao art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE.)

A materialidade fáctica considerada como provada mostra-se acima transcrita, bem como as ocorrências processuais relevantes.

A matéria de facto plasmada na decisão em crise proferida pelo Tribunal *a quo*, com exceção do ponto I, das conclusões do presente recurso, mostra-se incontrovertida.

A materialidade fáctica relevante para o que ora releva, em apertada síntese, é a seguinte:

- Entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017, com suporte nos mandados emitidos pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa no dia 02-fev.-2017 (houve um segundo mandado, emitido a 10-fev.-2017, de "alargamento do objeto do 1.º mandado"), cujo teor aqui se dá como integralmente reproduzido, a Adc procedeu a diligências de busca, exame, recolha e apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico aberto, nas instalações das recorrentes no âmbito do dito PCR 2016/4.

- Desavindas com tais diligências, as recorrentes arguíram junto da Adc diversos vícios, tal como se mostra patenteado nos requerimentos de fls. 279 a 300 e 303 a 305 (Documentos 36 e 38).

- Nos dias 16-mai.-2018 e 17-mai.-2018 a Adc indeferiu *in totum* tais requerimentos, como documentado a fls. 311 a 318 e 320 a 322 (Documentos 41 e 42).

*

PEQUENA SINOPSE DOS PRESENTES AUTOS

Irresignadas com estas decisões interlocutórias da Adc as recorrentes impugnaram as mesmas junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, através da apresentação dos recursos que constam de fls. 3 e ss. e 53 e ss. do Apenso D.

- O Ministério Público apresentou o processo (fls. 327), as impugnantes juntaram novos elementos aos autos (fls. 330 e ss), *maxime* o parecer de fls. 337-359.

- O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão determinou a formação de um único processo como consta do despacho de fls. 406. A Adc e as agora recorrentes não se opuseram à decisão por mero despacho (fls. 411 e 429), tendo estas tomado posição sobre a contra-alegação da Adc (v. fls 429 a 459).

- Por despacho de 12-nov.-2018, cujo teor aqui damos por integralmente reproduzido, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferiu deci-

(10) Novo Regime Jurídico da Concorrência, de ora em diante referida como Ldc.



Tribunal da Relação de Lisboa

são que julgou improvido o recurso das acoimadas/recorrentes.

- Inconformadas estas recorreram para este Tribunal que por nosso acórdão de 08-mai.-2019 decidiu (cf. fls. 818 - vol. 3.º):

(i) Manter a decisão recorrida quanto à 1.ª questão (nulidade das buscas e apreensões realizadas pela Adc por as recorrentes não terem sido previamente constituídas como visadas);

(ii) Revogar a decisão recorrida nos segmentos em que se declarou incompetente para conhecer da invalidade dos dois despachos da Adc;

(iii) Julgar prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelas recorrentes.

- No dia 04-jun.-2019 o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão proferiu novo despacho, no qual julgou improvido o recurso das recorrentes que estas agora impugnam (cf. fls. 828-877 dos autos - vol. 3.º).

*

O OBJETO DO RECURSO

As visadas confinam o objeto do presente recurso aos §§ 127. a 180. (vide conclusão VII e 34. da motivação recursória).

SUSCITAM AS SEGUINTEs QUES-TÕES:

- A inadmissibilidade da apreensão de correspondência eletrónica em processo de contraordenação;

- Os despachos de autorização do Ministério Público não indicaram indícios concretos que justificassem a realização das buscas;

- Até ao despacho do MP de 02-fev.-2017 as diligências realizadas pela Adc excederam o objeto do mandado do MP de 20-jan.-2017;

- A Jerónimo Martins, SGPS, SA, por ser apenas detentora de uma participação social, não é contraordenacionalmente responsável, razão por que não poderia ser destinatária dos mandados de busca;

- O incidente do reenvio prejudicial.

A QUESTÃO DA INADMISSIBILIDADE DA APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÓNICA EM PROCESSO DE CONTRA-ORDENAÇÃO

As recorrentes almejam ver declarada por este Tribunal a nulidade da prova obtida pela Adc através do *dawn raid* realizado entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017, por inadmissibilidade da apreensão de correspondência eletrónica em processo de contraordenação.

É consabido que as infrações ao direito da concorrência, como as demais que competem ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão conhecer, constituem direito de mera ordenação social [com as características e especificidades já apontadas a pp. 20 a 28 (fls. 809 a 812 verso dos presentes autos) do nosso aresto proferido no âmbito destes autos de 08-mai.-2019, aqui dadas como integralmente reproduzidas, as quais por maçador e nos alcandorar ao reino do sofrível não vamos aqui repetir, para aí remetemos o leitor], e não *summo rigor* Direito Penal.

Ora, se bem vemos, no caso em apreço, a pretensão das visadas tem como pressuposto ignorar esta dissimelhança de essência, mediante a aplicação ao direito de mera ordenação social de um *standard* garantístico que é específico do Direito Penal, o que leva a enxergar o processo contraordenacional como algo semelhante ao processo penal [o que fazem, com o devido respeito por opinião em contrário, sem razão válida para tal, pois o ilícito de mera ordenação social não é ilícito criminal como deixámos expresso no anterior aresto de 08-mai.-2019 [pp. 20 a 28 (fls. 809 a 812 verso dos presentes autos)].

In casu, as visadas começam por asseverar que a apreensão de correspondência não é admitida nem pelo Regime Geral de Contraordenações e Coimas (RGCC) nem pelo "processo de contraordenação relativo a práticas restritivas da concorrência" (cf. conclusão IX; 36. e ss. da motivação recursória).



RMM

Tribunal da Relação de Lisboa

Com o devido respeito por opinião em contrário, afigura-se-nos que da simples leitura do disposto no art. 18.º, n.º 1, c) da Lei da Concorrência [Lei n.º 19/2012, de 08-mai., referida aqui como Ldc] salta aos olhos de qualquer mortal a sem razão da segunda parte desta asserção:

«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».

Se bem vemos, a visada/recorrente ancora-se no art. 42.º do RGCC que dispõe:

«1. Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.

«2. As provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue, só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito».

A visada almeja ver aplicado o regime do processo penal, o qual, in casu, com o devido respeito por opinião diversa se mostra a nosso ver excluído, pela 1.ª parte da norma deste n.º 1 do art. 13.º, da Ldc, que dispõe: «Os processos por infração ao disposto nos artigos 9.º, 11.º e 12.º regem-se pelo previsto na presente lei e, subsidiariamente, pelo regime geral do ilícito de mera ordenação social, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 433/82, de 27 de outubro».

Na verdade, os processos sancionatórios relativos a práticas restritivas, como, no caso acontece o respeitante n.º 1 do art. 9.º, da Ldc, rege-se em primeiro lugar "pelo previsto na presente lei".

Ora, afigura-se-nos que esse regime consta expressamente do n.º 1 alínea c) do art. 18.º, da Ldc.

Queremos com isto dizer que, com o devido respeito por opinião em contrário,

no caso dos autos inexistente uma lacuna da Lei da Concorrência, quanto à situação concreta, que demande a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) e, por arrastamento, ex vi do art. 41.º, n.º 1 do RGCC, o regime do processo penal.

Na realidade na problemática das lacunas vai insita a ausência de uma fonte ou critério positivo para essa mesma objetivação⁽¹⁾

Por que assim é, quanto a este aspeto que agora nos ocupa, naufraga esta tese argumentativa trazida pela visadas e, conseqüentemente este segmento recursório.

*

A Lei n.º 19/2012, de 08-mai. (Ldc) contém um regime geral, restrito ao public enforcement da concorrência, regime geral que é próprio e paralelo ao regime geral das contraordenações (RGCC).

Na verdade o RGCC aplica-se à Ldc mas somente subsidiariamente, ex vi das três disposições que constam dos arts. 13.º, 59.º, n.º 2 e 83.º da Ldc.

Ora, se bem vemos, esta aplicação subsidiária da Ldc é levada a efeito para preenchimento de lacunas e não para os casos que na visão do órgão legislante seriam antecipadamente uma continuação das normas processuais penais, como acontece através do mecanismo do reenvio consagrado no art. 41.º, n.º 1 do RGCC.

Na verdade, nas normas remissivas dos arts. 32.º e 41.º, n.º 1 do RGCC, o Órgão legislante acolheu uma "técnica de reenvio" que expressa o seu plano legislativo, desde o início, relativamente aos casos omissos a que o RGCC não dá resposta direta.

Ora, esta técnica remissiva exige uma atividade interpretativa que na sua verdadeira essência, por uma banda, obste a aplicação de normas contrárias ao direito de mera ordenação social e por outra, opere a interpreta-

(1) Cf. neste sentido Ac. do STJ n.º 2/2014, de 06-mar.-2014, D.R. de 14-abr.-2014, 1.ª Série.



Tribunal da Relação de Lisboa

ção de forma adaptada aos princípios e às soluções próprias deste ramo do direito contraordenacional ⁽¹²⁾. Já nas lacunas, antagonicamente, o Órgão legislante não previu as omissões desde o início, sendo antes imperfeições ou incompletudes contrárias ao plano da lei.

Assim, o intérprete acha-se face a uma lacuna quando verifica a existência de uma situação jurídica não compreendida no respetivo texto legal, isto depois de ter haurido todo o processo interpretativo em volta desse mesmo texto.

Ora, se bem vemos, antagonicamente ao plasmado no RGCC, foi este regime de preenchimento de lacunas que foi positivado nos arts. 13.º, 59.º, n.º 2 e 83.º da Ldc.

*

Por sua vez, com o devido respeito por opinião em sentido contrário, afigura-se-nos que a Lei do cibercrime não pode ser aplicada à situação dos presentes autos, porquanto as seus normativos processuais se aplicam somente a "processos relativos a crimes" ali previstos, ou cometidos por meio de um sistema informático, ou «em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico» [cf. art. 11.º, n.º 1, alínea c) da Lei 109/2009, de 15-set..]

In casu, respeitando os presentes autos a processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, nenhuma correspondência ou ligação tem com um tal ambiente informático criminal.

*

O art. 18.º, n.º 1, alínea c) da Ldc, permite à AdC «Proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empre-

sas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte,(...)

Esta expressão "independentemente do seu suporte" reporta-se a documentação física e não física, existente fora ou dentro do ambiente digital, guardada fora e/ou dentro de suporte digital ⁽¹³⁾.

Ora, este normativo não fala em "comunicação" mas em documentação, pelo que nesta linha de pensamento, parece-nos não haver lugar a qualquer espécie de dúvida que este normativo não possibilita à AdC intervir nas comunicações, seja qual for a natureza destas.

Já por correio eletrónico ou e-mail entende-se «qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher» [cf. art. 2.º, alínea h) da Diretiva 2002/58/CE], transposta para a ordem jurídica nacional pela Lei n.º 41/2004, de 18-ago.

Ora de harmonia com o disposto no art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2004, de 18-ago., alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29-go., "a) «Comunicação» é qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público; b) «Correio eletrónico» qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede

⁽¹³⁾ Como bem expressa Benjamin Silva Rodrigues: «Prova digital é a informação binária correspondente às comunicações (sobre a forma de bits) e a informação acerca dessa informação (conversações e comunicações) que configura os denominados "bits-acercados-bits), não se devendo confundir a mesma com o suporte que permite o seu armazenamento» (cf. RODRIGUES, Benjamin Silva, "Das escutas telefónicas à obtenção da prova em ambiente digital", Tomo II, Coimbra, 2009, p. 219). Opina este mesmo Autor que «é errado confundir o suporte ou repositório eletrónico-digital onde se armazena a informação com a informação em si (...) expressa sob a forma de linguagem binária (1/10)», ob. cit., pp. 219-220.

⁽¹²⁾ Vide AZEVEDO Tiago Lopes de, «Da subsidiariedade no direito das contraordenações», Coimbra Editora, out.-2011, pp. 200-211. Quanto à diferença entre as normas remissivas e as lacunas. Cf. a pp. 206-208 a síntese apresentada por este Autor sobre a dupla condição de aplicação da norma do art. 41.º, n.º 1 do RGCC.



nmh

Tribunal da Relação de Lisboa

pública de comunicações que possa ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até que este a recolha”.

Parece-nos que a partir do momento em que ocorre esta recolha da mensagem, o Órgão Legiferante europeu e pátrio deixaram de considerar que se trata de correio/correspondência, mas antes de informação em arquivo⁽¹⁴⁾.

Ora, se bem vemos, foi esta informação em arquivo que foi visada pela AdC (o correio eletrónico já aberto e lido). Consequentemente, ao contrário do afirmado pelas recorrentes, não está em causa nestes autos a apreensão de “correspondência” (comunicação que está em trânsito).

Na verdade, afigura-se-nos que da previsão da alínea c) do n.º 1 do art. 18.º da LdC facilmente se enxerga que ela acomoda, per se, sem qualquer vazio previsional, a prática que foi adotada pela AdC dada como provada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no ponto «F. Durante a diligência foram realizadas pesquisas nos computadores de alguns funcionários, tendo-se procedido à apreensão de 969 ficheiros de correio eletrónico aberto conforme auto de apreensão de 27 de fevereiro de 2017».

Ora, com o devido respeito por opinião em contrário, esta alínea c) do n.º 1 do art. 18.º da LdC garante, por isso mesmo, o respeito pelo princípio da reserva de lei necessário a este procedimento da AdC.

Nesta linha de pensamento que temos por curial, não se coloca aqui um problema de proibição de prova.

⁽¹⁴⁾ Como bem expressa Pedro Verdelho em matéria de direito adjectivo penal, a propósito do art. 189º do CPP, a mensagem de correio eletrónico «é uma comunicação enquanto circula nas redes, entre o computador de origem e o de destino, mas depois, quando chega a este último, fica ali guardada sob a forma de ficheiro informático. Este ficheiro, na sua natureza, em nada se distingue de um outro qualquer ficheiro (quer contenha um texto ou uma fotografia ou seja um ficheiro de som)» in “Técnica do novo CPP: exames, perícias e prova digital”, *Revista do CEJ*, n.º 9, 1.º semestre, 2008, n.º 4.3. p. 164.

Na verdade, além da apreensão *stricto sensu*, este preceito da LdC, a nosso ver, admite a visualização de correspondência dos colaboradores da visada como operação de seleção da prova a apreender (o “exame”) - as “pesquisas nos computadores de alguns funcionários” que recaiu sobre emails entre colaboradores com pluralidade de destinatários (cf. facto F. e o Documento 35 de fls. 273-278).

Assim, tanto quanto nos é dado a observar, no caso em apreço são as seguintes circunstâncias que definem estes autos (além do facto B, ver o facto F. e, entre os demais, o Documento 35 de fls. 273 a 278):

a) Os arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia respeitantes a práticas restritivas da concorrência, como a que está indiciada nestes autos [cf. alínea a) do n.º 1 do art. 9.º da LdC], «relevam da ordem pública e deverão ser aplicados de forma eficaz em toda a União para assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado interno. É necessária uma aplicação eficaz dos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia para garantir mercados concorrenciais mais abertos e mais justos na União, nos quais as empresas concorram mais em função dos seus próprios méritos e não criem obstáculos à entrada no mercado, de modo a permitir-lhes criar riqueza e empregos. Desta forma, protegem-se os consumidores e as empresas que exercem atividades no mercado interno de práticas comerciais que mantêm os preços de produtos e serviços artificialmente elevados e aumenta as suas possibilidades de escolha de produtos e serviços inovadores» [cf. o considerando (1) da Diretiva 2019/1];

b) O ambiente empresarial no qual foram realizadas as diligências da AdC⁽¹⁵⁾;

⁽¹⁵⁾ Neste particular não estamos a asseverar o carácter “*eminente pessoal*” do direito à tutela da inviolabilidade da correspondência, o qual é objeto de querela doutrinária (cf. a propósito, a anotação XV ao art. 34.º da CRP na Constituição Portuguesa Anotada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Vol. I, Lisboa, UCP, 2017, p. 561).

Como referiu o § 21 do Ac. do TJ de 22/10/2002, *Roquettes Frères*, P. C.94/00,



Tribunal da Relação de Lisboa

c) Autoridade que quanto ao correio eletrónico atuou apenas sobre emails já abertos ou lidos;

d) De conteúdo exclusivamente profissional;

e) Que circularam por uma pluralidade de destinatários;

f) Acessíveis por um conjunto de utilizadores que não apenas os destinatários;

g) Utilizadores profissionais que por essa razão são detentores de informação relacionada com práticas anti-concorrenciais;

h) O facto provado B. «No âmbito do processo de contraordenação PRC/2016/04, as visadas/recorrentes foram alvos de diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada por esta Autoridade entre os dias 07-fev.-2017 e 27-fev.-2017 em cumprimento dos mandados emitidos pela Exma. Senhora Procuradora da República da Comarca de Lisboa (DIAP - Julzo de Turno), datados de 2 de fevereiro de 2017 e de 10 de fevereiro de 2017 (de alargamento do objeto do mandado)»⁽⁶⁾.

quanto à proteção do "domicílio", contida no art. 8.º da CEDH, o TEDH estendeu-a, [Em determinadas circunstâncias, a essas instalações (v., nomeadamente, Tribunal Europeu D. H., acórdão Colas Est e o. contra França, de 16-abr.-2002, ainda não publicado no *Recueil des arrêts et décisions*, § 41), e além disso, o direito de ingerência autorizado pelo artigo 8.º, n.º 2, da CEDH «poderia muito bem ir mais longe relativamente às instalações ou às atividades profissionais ou comerciais do que noutros casos» (acórdão Niemietz contra Alemanha, já referido, § 31)].

Mais recentemente o TEDH reiterou este ponto de vista na decisão de 08-jul-2013, *Bernh Larsen Holding v. Noruega*, Queixa 24117/08: «104. The Court first reiterates that, as interpreted in its case-law, the word "home", appearing in the English text of Article 8, - the word "domicile" in the French text has a broader connotation - covers residential premises and may extend also to certain professional or business premises (see *Niemietz*, cited above, § 30). It includes not only the registered office of a company owned and run by a private individual (see *Buck*, cited above, § 32) but also that of a legal person and its branches and other business premises (see *Sallinen and Others v. Finland*, no. 50882/99, § 70, 27 September 2005). Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to "interfere" to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8; that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case (see *Niemietz*, cited above, § 31). 105. The Court further reiterates that in certain previous cases concerning complaints under Article 8 related to the search of business premises and the search and seizure of electronic data, the Court found an interference with "the right to respect for home" (*ibid.*, § 71) and "correspondence" (*ibid.*, § 71, and *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH*, cited above, § 45). On the other hand, it did not find it necessary to examine whether there had also been an interference with the right to respect for "private life" (*ibid.*)»

*

In casu, a Adc acedeu a informação existente em caixas de email que nos parece que não foi fruto de um "trabalho de correspondência", produzido pelos colaboradores das visadas, antes se apresenta fruto de um trabalho em rede, "veloz e instantâneo", característico dos meios de produção tecnológicos atuais, com a conseqüente capacidade de produção sem a tradicional proximidade espacial.

Na verdade, assim não entendendo, então "tudo é correspondência"! O que como é evidente não pode ser aceite por falta de agasalho na lei.

Ora, se bem vemos, parece-nos que o modelo do mundo empresarial hodierno é inteiramente diferente e inconcili-

(6) Os mandados de 02-fev.-2017 emitidos pela magistrada do Ministério Público que visaram as duas recorrentes constam de fls. 170 e 183, ambos acompanhados do respetivo despacho (cf. fls. 172 verso e ss/ fls. 183 veros e ss.). Ordenaram a passagem de busca com «efetiva apreensão de cópias ou extratos de escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico já abertas, documentos internos de reporte de informação entre níveis hierárquicas distintos e de preparação de decisões a nível comercial das empresas (...)».



Tribunal da Relação de Lisboa

vel com o que presidiu à elaboração do art. 34.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), pensado para o correio tradicional⁽¹⁷⁾.

*

Ora, se bem vemos, através do n.º 1 do art. 8.º da CEDH, correspondente ao art. 8.º da CDFUE, a nossa Constituição constrói um círculo garantístico em torno da *privacidade individual*, no qual associa o *domicílio*, o *sigilo da correspondência* e “outros meios de comunicação privada” (cf. n.º 1 do art. 34.º, da Constituição da República Portuguesa «O *domicílio* e o *sigilo da correspondência* e dos outros meios de comunicação privada são *invioláveis*»).

Este círculo garantístico, composto pela associação entre *domicílio* (enquanto esfera privada espacial)⁽¹⁸⁾, corres-

(17) Como bem assevera Pedro Verdelho, «É pacificamente aceite que a correspondência aberta deixa de estar abrangida pela proteção constitucional de sigilo de correspondência», Revista do CEJ, cit., p. 165. Daí a disfunção encontrada pelo Autor na norma do art. 189.º do CPP, na redação dada pela reforma de 2007, relativamente ao correio tradicional, que passou a prever a manutenção do sigilo de correspondência do correio eletrónico mesmo após a abertura da mensagem, a sua eventual leitura e até o seu tratamento e arrumação dentro do sistema do computador que a recebeu - o sigilo da correspondência aplicável ao correio eletrónico *ad aeternum*» (cf. ob. cit. loc. p. 165).

(18) Na acertada e apertada síntese respigada do Ac. do TC 274/07: «(...) dir-se-d agora, apenas, que a inviolabilidade do *domicílio* densifica um direito fundamental que garante à pessoa, numa precipitação que traduz o reconhecimento da sua dignidade ética e concretiza a tutela *justfundamental* do seu livre desenvolvimento (cf. artigo 26.º), um *elementar espaço de vida* - *elementaren Lebensraum* -, ou uma “esfera privada espacial” - *räumliche Privatsphäre* - (cf. BverfGE 51, 97 e BverfGE 109, 279), colocada na livre disponibilidade do seu titular. Formulação esta que acompanha de perto as considerações vertidas no recente Acórdão de 4 de março de 2004 do *Bundesverfassungsgericht* (...), onde se considerou que “a inviolabilidade do *domicílio* (*Unverletzlichkeit der Wohnung*) está intimamente relacionada com a dignida-

de humana e outros meios de comunicação privada⁽¹⁹⁾ funciona como o último reduto do espaço de liberdade individual, absolutamente privativo, contra os ataques do Príncipe/Estado.

*

Nesta linha de pensamento, com o devido respeito por opinião em contrário, afigura-se-nos que no caso em apreço, as mensagens visualizadas, e no final apreendidas pela AdC, não gozam da tutela constitucional fornecida pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa porquanto:

(i) Os emails a que se reportam estes autos não respeitam a mensagens eletrónicas em trânsito (a circular na rede), ainda não rececionadas pelos destinatários, não constituindo, por isso, “correspondência” na aceção da Constituição da República Portuguesa;

(ii) Não são privadas, na aceção liberal que nos é trazida pela norma princípio do art. 34.º da Constituição da República Portuguesa.

*

CONCLUSÕES XIV A XVIII DO RECURSO DAS VISADAS

de humana e, ao mesmo tempo, com o mandamento constitucional de respeito incondicional por uma esfera do cidadão para um exclusivamente privado - “*personalissimo*” - desenvolvimento (*eine ausschließlich private - eine “höchstpersönliche” - Entfaltung*), daí decorrendo a necessidade de garantir o “direito de ser deixado em paz”, *maxime* no que concerne às “dependências domiciliares” onde a pessoa desenvolve, em reserva, a sua vida privada.»

(19) Relativas ao livre desenvolvimento da liberdade de cada um através da troca, à distância, de informações, notícias, pensamentos e opiniões, à margem da devassa da publicidade (cf. ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, “Bruscamente no verão passado ...”, RLJ cit., n.º 3951, p. 339, 1.ª coluna. Este ilustre Mestre da Escola de Coimbra e atual Juiz Presidente do TC considera que o conceito de telecomunicações goza de “sancionamento positivado” neste art. 34.º da CRP - v. *ibidem*, nota 29, 2.ª parte, p. 338 e que o que aqui está em causa é a *privacidade*, a *privacidade à distância*, *idem*, p. 339.



Tribunal da Relação de Lisboa

In casu, as visadas/recorrentes na sua tese argumentativa defendem que a expressão "autoridade judiciária" contida nos arts. 18.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1 da Ldc seja interpretada como sendo referida a juiz de instrução, razão pela qual, ao permitir a emissão de mandados de busca e apreensão de correspondência pelo Ministério Público, a Ldc afronta o n.º 4 do art. 34.º⁽²⁰⁾ e o n.º 4 do art. 32.º, da Constituição da República Portuguesa.

Quanto a nós, com o devido respeito por opinião em contrário, parece-nos que a Constituição da República não impõe um modelo quanto à entidade que assegura os direitos, liberdades e garantias no processo contraordenacional.

Na verdade, emerge do disposto no n.º 4 do art. 32.º, da Constituição da República Portuguesa que apenas no processo penal a lei fundamental reserva a um juiz a fase de instrução, assim como a possibilidade de intervir fora desta, a montante, na fase do inquérito, quando esteja em causa a prática de atos que contendam diretamente com os direitos fundamentais⁽²¹⁾. Sendo certo e sabido que o juiz de instrução, enquanto "juiz das liberdades" é uma autoridade exclusiva do processo penal.

Como bem se expressa no Ac. do TC 158/92⁽²²⁾, "Como já se observou em passo anterior, o art. 32.º, n.º 8 da Constituição [atual art. 32.º, n.º 10 da CRP], assegura ao arguido «nos processos por contraordenação os direitos de audiência e de defesa». Esta norma, aditada pela Lei Constitucional n.º

1/89, ao estabelecer como princípios materiais do processo contraordenacional, no âmbito das respetivas garantias processuais, os direitos de audiência e de defesa, consente que se afaste a aplicação direta e global a este tipo de processo dos princípios constitucionais próprios do processo criminal, designadamente, o princípio da judicialização da instrução consagrada no n.º 4 daquele artigo 32.º».

Ora, se bem vemos, parece-nos que do legalmente previsto nos arts. 18.º a 20.º da Ldc, o Órgão legiferante reparte pelo Ministério Público e pelo juiz a competência para autorizar e validar a prática de certos atos da Adc (busca, exame, recolha, apreensão, selagem), tendo deixado a cargo do juiz os atos mais sensíveis como as buscas no domicílio, em escritório de advogado e consultório médico, as apreensões em escritório de advogado, consultório médico e nos bancos ou outras instituições de crédito.

Quanto a nós, esta repartição não obedeceu a um modelo garantístico constitucional, o qual, *summo rigore*, não tem especial relevância no âmbito do processo contraordenacional, mas a uma opção do legislador, no quadro da sua livre margem de conformação.

Assim, ao que nos parece, o Órgão legiferante terá tido em consideração o previsto nos arts. 1.º, alínea b), 267.º a 270.º, todos do Código de Processo Penal.

Contudo, se bem vemos, daí não advém ofensa constitucional alguma, na medida em que o legislador procurou valorizar o regime do processo sancionatório da concorrência, que tem como destinatários por excelência as empresas, com um *standard* garantístico mais elevado.

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

⁽²⁰⁾ No caso em apreço, com o devido respeito por opinião diversa, se bem vemos, parece-nos que este normativo constitucional chamado à colação, na sua verdadeira essência se mostra de pouca ou nenhuma importância, face ao fundamento que agora é trazido pelas recorrentes, na medida em que este é tem o seu núcleo duro na entidade / autoridade competente para ordenar, autorizar e validar certos atos de investigação realizados pela Adc.

⁽²¹⁾ Cf., a título meramente exemplificativo, os Acs. do TC 7/87, 23/90, 581/2000 e 395/2004.

⁽²²⁾ Cf. ponto 5 da respetiva fundamentação.



7777.

Tribunal da Relação de Lisboa

E com este escopo foi criada a Adc, que tem como tarefa ou incumbência de defesa e promoção da concorrência, cabendo-lhe, entre outras atribuições, promover a investigação em matéria de promoção e defesa da concorrência, dispondo para tal de poderes sancionatórios, no exercício dos quais, pode, nomeadamente, levar a cabo as diligências previstas na alínea c) do n.º 1 do art. 18.º, da Ldc⁽²³⁾.

In casu, se bem vemos, o juízo de inconstitucionalidade formulado pelas recorrentes ancora-se, quanto ao essencial no pressuposto de o ilícito de mera ordenação social dispor de natureza idêntica à do ilícito criminal, devendo assim, quanto a ele, valer o quadro de princípios e garantias constitucionais próprias do direito e do processo criminal.

Ora, com o devido respeito por opinião em contrário, esta tese argumentativa não colhe pela - singela mas decisiva razão - da autonomia consolidada no nosso ordenamento, do direito contraordenacional, pois, como há muito referiu o decano dos penalistas portugueses Jorge de Figueiredo Dias,⁽²⁴⁾ são diferentes os princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submetem entre nós a legislação penal e a legislação das contraordenações.

✱

Quanto ao sentido abrangente da alínea c) do n.º 1 do art. 18.º, da Ldc, ele parece-nos claro e tem agasalho na

(23) Que dispõe: «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;»

(24) DIAS, Jorge de Figueiredo, «Movimento da Descriminalização e o ilícito de Mera Ordenação Social», Centro de Estudos Jurídicos, Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, 1983, p. 38.

Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11-dez-2018, como resulta quer dos considerandos 4, 30, 32, 34, 35 e 73, quer das normas dos arts. 6.º e 32.º desta Diretiva.

Com efeito, como emerge do n.º 1 do art 3.º desta Diretiva, esta tem como ponto de partida a preocupação pelo respeito pelos princípios gerais do direito da União e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

In casu, o preceito relevante da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é o art. 7.º, que dispõe «Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua via privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações».

Ora, o que a este respeito aqui se pretendemos realçar é o seguinte:

(4) «(…), conferir às ANC competência para obterem todas as informações relacionadas com a empresa investigada, nomeadamente em formato digital, independentemente do suporte em que estiverem armazenadas, poderá afetar também o alcance da competência das ANC, quando, nas fases iniciais do processo, adotem as medidas de investigação pertinentes com base no direito nacional da concorrência aplicado em paralelo com os artigos 101º e 102º do TFUE. Conferir às ANC competência para realizarem inspeções com um alcance diferente consoante apliquem, em última análise, apenas o direito nacional da concorrência ou apliquem também, em paralelo, os artigos 101º e 102º do TFUE comprometeria a eficácia da aplicação do direito da concorrência no mercado interno. Por conseguinte, o âmbito de aplicação da presente diretiva deverá abranger tanto a aplicação autónoma dos artigos 101º e 102º do TFUE como a aplicação, em paralelo, do direito nacional da concorrência ao mesmo processo».

(30) «A competência de investigação das autoridades administrativas nacionais da concorrência deverá ser adequada aos desafios da aplicação das normas no ambiente digital e deverá permitir que as ANC obtenham todas as informações relacionadas com a empresa ou associação de empresas objeto da medida de investigação em formato digital, incluindo os dados forenses, independentemente do suporte em que as informações estiverem armazenadas, designadamente computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou armazenamento em nuvem»;



Tribunal da Relação de Lisboa

(32) Para ser eficaz, a competência das autoridades administrativas nacionais da concorrência para realizar inspeções deverá permitir-lhes ter acesso a informações acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a inspeção e relacionadas com a empresa ou associação de empresas investigada. Deverá assim incluir necessariamente a competência para pesquisar documentos, ficheiros ou dados em dispositivos não previamente identificados com precisão. Sem uma tal competência, seria impossível obter as informações necessárias à investigação nos casos em que as empresas ou associação de empresas assumissem uma atitude de obstrução ou se recusassem a cooperar. A competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas.

(34) «(...) A fim de assegurar a eficácia das inspeções, as autoridades administrativas nacionais da concorrência deverão ter competência para aceder a todas as instalações, incluindo domicílios privados, se estiverem em condições de demonstrar que existe uma suspeita razoável de que aí estejam guardados documentos das empresas suscetíveis de serem relevantes para provar uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE. O exercício dessa competência deverá ficar sujeito a que uma autoridade judicial nacional, que em alguns ordenamentos jurídicos nacionais poderá incluir um magistrado do Ministério Público, que a tal autorize previamente a autoridade administrativa nacional da concorrência».

(35) «As ANC deverão dispor de competência efetiva para exigir que as empresas ou associações de empresas lhes forneçam as informações necessárias para detetar infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Para tal, as ANC deverão poder exigir a divulgação de informações que lhes permitam investigar potenciais infrações. Tal deverá incluir o direito de exigir informações em qualquer formato digital, incluindo mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente em nuvens e servidores, desde que a empresa ou associação de empresas destinatária do pedido de informações tenha cesso às mesmas (...);»

(73) «A prova é um elemento importante para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. As ANC deverão poder ter em consideração os elementos de prova relevantes,

independentemente de serem escritos, orais, em formato eletrónico ou gravados. Tal deverá incluir gravações ocultas efetuadas por pessoas singulares ou coletivas, que não sejam autoridades públicas, desde que essas gravações não sejam o único meio de prova, e sem prejuízo do direito a ser ouvido e da admissibilidade de gravações efetuadas ou obtidas pelas autoridades públicas. De igual modo, as ANC deverão poder considerar as mensagens eletrónicas como prova relevante, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas» (sublinhado nosso).

Art. 6.º «1. Os Estados-Membros asseguram que as autoridades administrativas nacionais da concorrência estão em condições de realizar todas as inspeções necessárias sem aviso prévio nas empresas e associações de empresas, para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Os Estados-Membros asseguram que os funcionários e outros acompanhantes autorizados pelas autoridades nacionais da concorrência a realizarem tais inspeções, ou por elas nomeados para o efeito, dispõem, pelo menos, de competência para: a) Aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas e associações de empresas; b) Inspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspeccionada; c) Tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extratos dos documentos controlados e, sempre que o considerem adequado, continuarem a efetuar esse tipo de pesquisa de informação e seleção de cópias ou extratos nas instalações das autoridades nacionais da concorrência ou em quaisquer outras instalações designadas; d) Apor selos em quaisquer instalações, livros ou registos relativos à empresa por período e na medida necessária à inspeção; e) Solicitar a qualquer representante ou membro do pessoal da empresa ou da associação de empresas explicações sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da inspeção e registar as suas respostas. 2. Os Estados-Membros asseguram que as empresas e as associações de empresas se sujeitam às inspeções a que se refere o n.º 1. Caso uma empresa ou uma associação de empresas se oponha a uma inspeção que tenha sido ordenada por uma autoridade administrativa nacional da concorrência e/ou que tenha sido autorizada por uma autoridade judicial nacional, os Estados-Membros garantem também que as



rnn.

Tribunal da Relação de Lisboa

autoridades nacionais da concorrência podem obter a assistência necessária da polícia ou de uma autoridade com poderes de polícia equivalentes, a fim de lhes permitir realizar a inspeção. Essa assistência também pode ser obtida a título preventivo. 3. O presente artigo é aplicável sem prejuízo dos requisitos previstos no direito nacional para a autorização prévia por parte de uma autoridade judicial nacional à realização de tais inspeções».

Art. 32º sob a epígrafe Meios de prova admissíveis perante as autoridades nacionais da concorrência «Os Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas».

*

Ora, a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11-dez.-2018 encontra-se em fase de transposição (ou incorporação) no nosso direito interno, sendo Portugal, como Estado-Membro, seu destinatário direto (cf. arts. 34.º, n.º 1 e 37.º desta Diretiva).

Contudo, cabe aqui ter presente que esta Diretiva entrou em vigor no dia 04-fev.-2019, vigésimo dia posterior ao da sua publicação no JO de 14-jan.-2019⁽²⁵⁾ e por isso «produz efeitos jurídicos para o Estado-Membro destinatário - e, portanto, para todas as autoridades nacionais (...)»⁽²⁶⁾

⁽²⁵⁾ Esta data é indicada pelo art. 34.º, n.º 1 da Diretiva. Na falta de indicação específica, o art. 297.º, n.º 2, 2º §, do TFUE estabelece que «Os regulamentos, as diretivas dirigidas a todos os Estados-Membros, bem como as decisões que não indiquem destinatário, são publicados no Jornal Oficial da União Europeia. Entram em vigor na data por eles fixada ou, na falta desta, no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação».

⁽²⁶⁾ Cf. ponto 119, do Ac. do TJ, de 04-jul.-2006, Konstantinos Adeneler e o. contra Ellinikos Organismos Galaktos, P. C-212/04. Estando já em vigor, «o órgão jurisdicional nacional deve abster-se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de modo suscetível de comprometer seriamente, depois

Na verdade, a jurisprudência afirmada pelo TJ teve como horizonte o caso de uma diretiva ser transposta para a ordem jurídica do Estado-Membro fora do prazo e de as suas disposições pertinentes não terem efeito direto (v. 124.).

A nosso ver tal entendimento jurisprudencial tem correlação com a situação objeto destes autos, quer pelo teor da Diretiva 2019/1, que tem um claro efeito direto (efeito direto vertical), quer por estar a decorrer o prazo de transposição desta, o que tudo ainda mais fortalece o sentido da jurisprudência do mais Alto Tribunal da União.

Este pensamento ancora-se no princípio da interpretação conforme do Direito nacional com o Direito da União Europeia, tal como é entendido hodiernamente.

Na verdade, como expressa Fausto de Quadros, a partir da jurisprudência do TJ, «As regras e os atos da União, mesmo se não gozarem de aplicabilidade direta, nem de efeito direto (e sobretudo por isso mesmo), devem ser imediatamente tidos em conta pelas autoridades nacionais, concretamente, pelos tribunais nacionais, quando elas interpretarem o Direito nacional»⁽²⁷⁾.

do termo do prazo de transposição, o objetivo prosseguido por essa diretiva» - cf. igualmente ponto 121. do mesmo Ac. do TJ, de 04-jul.-2006. 122. Dado que todas as autoridades dos Estados-Membros estão sujeitas à obrigação de garantir a plena eficácia das disposições de direito comunitário (v. acórdãos Francovich e o., já referido, n.º 32; de 13-jan.-2004, Kähne & Heitz, C-453/00, Colect, p. I-837, n.º 20, e Pfeiffer e o., já referido, n.º 111), a obrigação de omissão enunciada no número anterior impõe-se igualmente aos tribunais nacionais. 123. Por conseguinte, a partir da data em que uma diretiva entra em vigor, os tribunais dos Estados-Membros devem abster-se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de modo suscetível de comprometer seriamente, depois do termo do prazo de transposição, o objetivo prosseguido por essa diretiva» - *idem*. (sublinhado nosso)

⁽²⁷⁾ QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia*, Almedina, 2015, 3.ª edição, pp. 563-564.



Tribunal da Relação de Lisboa

Esta edificação teórica é conhecida pela doutrina do “efeito indireto” ou da “interpretação consistente” do Direito nacional.

Como bem realça o mesmo o ilustre Autor da Escola de Lisboa, «(...) O juiz nacional deve (...) interpretar o Direito nacional à luz da diretiva. Mesmo no julgamento de situações nascidas antes de expirado o prazo para a transposição da diretiva, salvo se daí decorrer ofensa “aos princípios gerais de Direito que fazem parte do Direito da União e, em especial, dos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade»⁽²⁹⁾.

Por sua vez, cumpre aqui ter presente que o nosso ordenamento jurídico nacional dota a AdC de um estatuto que logo à partida impede, ou no mínimo enfraquece, a potenciação de uma situação de fragilização das garantias de defesa dos visados no direito sancionatório da concorrência, ao positivar que «os titulares dos órgãos, os trabalhadores, os titulares de cargos de direção ou equiparados e os prestadores de serviços estão sujeitos aos deveres de diligência e sigilo quanto aos assuntos que lhes sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções» (cf. art. 43º do Decreto-Lei n.º 125/2014 de 18/08 que aprovou os estatutos da AdC).

Por outra banda, a AdC é uma autoridade que dispõe de garantias de independência, não se inserindo na administração estadual direta e indireta mas na chamada “administração independente”⁽²⁹⁾ [cf. arts. 1º, n.º 1 e 40º, n.º 1 dos Estatutos desta Autoridade que faz parte da rede europeia da concorrência⁽³⁰⁾].

⁽²⁹⁾ QUADROS, Fausto de, *idem*, p. 564.

⁽²⁹⁾ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Alameda, 2016, pp. 78-79.

⁽³⁰⁾ Vide, com interesse, a este respeito, o art. 10.º dos Estatutos da AdC; e, nomeadamente, os considerandos 15) a 18) e o art. 3.º, este relativo à consagração de um sistema de competências paralelas, todos do Regulamento 1/2003 do Conselho; a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C 101/03), publicada no JO de 27-abr.-2004; a Comunicação da Comissão sobre a coopera-

Perante tudo o que dito fica, este Tribunal considera que as diligências de investigação da AdC conciliaram o respeito pelos direitos fundamentais das empresas visadas com a aplicação eficaz das normas que tutelam o direito da concorrência, razão pela qual o presente recurso quanto a este concreto segmento naufraga.

OS DESPACHOS DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO INDICARAM INDÍCIOS CONCRETOS QUE JUSTIFICASSEM A REALIZAÇÃO DAS BUSCAS

As visadas ora recorrentes na sua motivação recursória e respetivas conclusões (XIX A XXVII) aduzem que os despachos de autorização do Ministério Público de 20-jan.-2017 e de 02-fev.-2017 não indicaram quaisquer «factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão na sua sede» (cf. a conclusão XIX; pontos 101. a 144. das alegações, maxime 119.), tendo, a seu ver, objetos dissemelhantes e contraditórios entre si.

Indo direito ao assunto, desde já adiantamos que, com o devido respeito por opinião em sentido contrário, as recorrentes ancoram a sua tese argumentativa num erro.

Na verdade, antagonicamente à sua “narrativa”, não foram emitidos dois mandados de busca e apreensão pelo Ministério Público, que as tivessem tido por destinatárias, mas somente um, para cada uma das visadas.

O que foi emitido a 02-fev.-2017 e cujas cópias constam de fls. 170 e 183, com o despacho de suporte do Ministério Público, da mesma data, de fls. 170 verso a 172 e de fls. 183 verso a 194.

Nesta sede damos aqui por integralmente reproduzido o teor dos mandados

ção entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos arts. 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04), também publicada no JO de 27-abr.-2004, tomando a maior importância os mecanismos de cooperação previstos nos arts. 11.º a 13.º e no art. 15.º do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho.



rmm.

Tribunal da Relação de Lisboa

e do respetivo despacho, todos de 02-fev.-2017.

Ora, como facilmente se enxerga da leitura do 4º § deste despacho nele se referiu: «Por despacho proferido nestes autos foram ordenadas diversas buscas para apreensão de documentação e outros elementos com relevância probatória». E nos §§ seguintes o texto do despacho da Ex.ma magistrada do Ministério Público apresenta-se do seguinte modo:

«Aquelas diligências estão ainda em curso tendo sido encontrados elementos que fazem suspeitar do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal. Estas práticas consubstanciam-se no alinhamento de preços de venda ao público de produtos fornecidos pela UNICER a cadeias de distribuição alimentar, hipermercados, supermercados e lojas discount.

«Existem indícios de acordos sobre os preços a praticar estabelecidos entre a UNICER e determinadas empresas de distribuição alimentar.

«Tais acordos abrangem um período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016).

«Torna-se, pois, imprescindível proceder à realização de buscas para apreensão de elementos probatórios que confirmem as fortes suspeitas alicerçadas na análise de documentação existente nas instalações objeto de buscas. Algumas destas diligências estão ainda em curso.

«Os elementos probatórios recolhidos indicam que a UNICER está a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e/ou estas cadeias integram um acordo com a UNICER para garantir o alinhamento de preços de venda ao público dos produtos desta no mercado alimentar.

Esta prática assume a natureza de um acordo restritivo da concorrência que conduz à fixação artificial de preços de venda ao público, suprimindo a concorrência entre operadores com claro prejuízo para os consumidores finais.

Tais práticas são claramente violadoras do disposto nos arts. 9º nº 1 a) da Lei 19/2012, de 8.5 e 19º, nº 1 do TFUE.

Os comportamentos em causa traduzem-se numa retrição da concorrência e são consubstanciados na fixação dos preços de venda por parte de um fornecedor aos seus distribuidores e/ou num acordo entre concorrentes e entre estes e o respetivo fornecedor tendente à fixação de preços de venda ao público.

As práticas de fixação vertical ou horizontal de preços de revenda têm influência direta na determinação dos preços a praticar pelas empresas, (...).

Importa recolher com celeridade elementos de prova que confirmem ou infirmem as mencionadas suspeitas, permitam perceber a sua real dimensão, o modo como são concretizadas e implementadas, os seus efeitos (...).

Face às suspeitas acima descritas autorizo e ordeno que, com observância das formalidades legais e nos termos das disposições (...) seja efetuada busca nos locais abaixo indicados para a recolha de toda a documentação com relevância probatória, designadamente atas, correio eletrónico já aberto e outra bem assim como computadores, quer se encontrem em local acessível ao público ou reservado: 4) PINGO DOCE - DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A., com o NIF 500829993, com sede na Rua Actor António Silva, 7, 1649-033 Lisboa».

Ora, tanto quanto nos é dado a entender, foi para iluminar as afirmações «Por despacho proferido nestes autos foram ordenadas diversas buscas para apreensão de documentação e outros elementos com relevância probatória» e «Aquelas diligências estão ainda em curso tendo sido encontrados elementos que fazem suspeitar do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal» que certamente por razões de transparência, ou, como referiu a AdC nos pontos 104. e 105. Da sua contra-alegação, a fls. 135/136, «(...) de modo a permitir à empresa melhor apreender a fundamentação das buscas (104.), como forma de explicitar melhor os indícios e a possível infração que justificava as diligências de busca e apreensão na Pingo Doce» (105.), a AdC optou por juntar o despacho de fundamentação de 20-jan.-2017, cuja cópia consta de fls. 172 verso a 181 e de fls. 185 verso a 194.

Na verdade, se bem vemos, parece-nos que a simples leitura do despacho da lavra da Senhora magistrada do Ministério Público datado de 02-fev.-2017 possibilita rejeitar as queixas das ora recorrentes sobre a falta de indicação de «factos ou indícios concretos que fizessem crer na necessidade da busca e apreensão na sua sede» e que segundo estas, teriam objetos diferentes e seriam contraditórios entre si.



Tribunal da Relação de Lisboa

Com efeito, cabe aqui ter presente que a alínea c) do n.º 1 do art. 18.º, da LdC não impõe, como pressuposto da busca, a existência de factos ou de indícios concretos mas antes que «tais diligências se mostrem necessárias à obtenção da prova», condição que se mostra satisfeita pelo despacho do Ministério Público e pelo correspondente mandado.

Neste particular, a Senhora magistrada do Ministério Público junto do DIAP de Lisboa foi clara e inteligível quanto à afirmação da existência de indícios de acordos sobre os preços a praticar estabelecidos entre a UNICER e determinadas empresas de distribuição alimentar, aqui incluídas, portanto as visadas; que esses acordos abrangem um período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016); a necessidade de confirmar «as fortes suspeitas alicerçadas na análise de documentação existente nas instalações objeto de buscas»; sendo que os elementos probatórios recolhidos indicam que a UNICER está a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e/ou estas cadeias integram um acordo com a UNICER para garantir o alinhamento de preços de venda ao público dos produtos destas no mercado alimentar, comportamentos que se traduzem na fixação dos preços de revenda por parte de um fornecedor aos seus distribuidores e/ou num acordo entre concorrentes e entre estes e o respetivo fornecedor tendente à fixação de preços de venda ao público, práticas esta de fixação vertical ou horizontal de preços de revenda.

Porque assim é, o despacho da Senhora magistrada do Ministério Público de 02-fev.-2017 considerou que a realização das buscas na sede das sociedades «Jerónimo Martins» e «Pingo Doce» era necessária e útil à obtenção de prova da prática da infração, prevista alínea a) do n.º 1 do art. 9.º, da LdC, correspondente ao n.º 1, alínea a) do art. 101.º do TFUE, por parte dos agentes económicos envolvidos.

Na verdade, esse despacho mostra-se claro e inteligível no sentido de abranger as relações comerciais entre

(i) A Unicer (atual Super Bock) e as cadeias de distribuição alimentar, hipermercados, supermercados e lojas discount, com acordo entre os assim envolvidos,

(ii) Entre a Unicer e os seus distribuidores,

(iii) Entre estes; e

(iv) Entre estes e as cadeias de distribuição alimentar - «envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal». Quer dizer, a prática muito grave de fixação de preços (*hard core cartel*) operava quer verticalmente (da Unicer relativamente às cadeias de distribuição alimentar, hipermercados, supermercados e lojas discount; da Unicer relativamente aos distribuidores; dos distribuidores para as cadeias de distribuição alimentar), quer horizontalmente (entre os distribuidores).

Porque assim é, naufragam os considerandos produzidos pelas recorrentes a respeito da desistência que almejam estabelecer entre os chamados canais *on-trade* e *off-trade* (cf. pontos 106. a 116. da alegação).

*

Para além do que dito fica, quanto a este ponto importa ainda ter presente o seguinte:

Como é consabido a busca, como meio de obtenção de prova, não pode estar dependente da prévia existência das provas que visa alcançar.

A pré-existência de indícios ou, nas palavras da alínea c) do n.º 1 do art. 18.º, que «tais diligências se mostrem necessárias à obtenção da prova», visa unicamente acomodar este princípio da necessidade, delimitado pela norma do n.º 1 do art. 31.º, da LdC⁽³⁾, ao princípio da lega-

⁽³⁾ «Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a demonstração da existência da infração, a punibilidade ou não punibilidade do visado pelo processo, a determinação da



RMM.

Tribunal da Relação de Lisboa

lidade, de modo a evitar o caráter arbitrário da decisão de proceder à busca.

Nesta linha de pensamento que temos por curial, o papel do Ministério Público ou do juiz é o de verificar a ausência de arbitrariedade e a adequação e proporcionalidade da diligência cuja autorização lhe é solicitada.

Na verdade, na esteira do bem decidido no Ac. do TJ de 22-out.-2000, Roquette Frères, SA, P. C-94/00, no seu § 45, a propósito do art. 14.º, n.º 6 do Regulamento 17 do Conselho, de 06-fev.-1962, primeiro regulamento de execução dos arts. 81.º e 82.º do Tratado, «ficam, nomeadamente, excluídos do campo de investigação aberto à Comissão ⁽³²⁾ os documentos de natureza não profissional, isto é, que não respeitem à atividade da empresa no mercado (vide Ac. de 18-mai.-1982, AM nº 5 Europe / Comissão, 155/79, Recueil, p. 1575, n.º 16)» ⁽³³⁾.

Por sua vez, «Mesmo que já disponha de indícios e até de elementos de prova relativos à existência de uma infração, a Comissão pode, portanto, legitimamente considerar necessário ordenar diligências de instrução suplementares que lhe permitam delimitar melhor a infração, a sua duração ou o círculo das empresas implicadas (v., neste sentido, a propósito de informações suplementares, acórdão Orkem/Comissão, já referido, n.º 15)» ⁽³⁴⁾.

In casu, as recorrentes, na sua verdadeira essência, invocam a falta de

sanção aplicável e a medida da coima». O que a busca tem por escopo é identificar e recolher todos os factos juridicamente relevantes à demonstração do facto ilícito, da punibilidade e da sanção.

⁽³²⁾ Aqui transponível para a atividade da Adc.

⁽³³⁾ Como bem se refere no § 9 do Ac. do TJ de 17-out.-1989, Dow Benelux NV/Comissão, P. C-85/87 «(...) se é certo que a Comissão não está obrigada a comunicar, ao destinatário de uma decisão de proceder a diligências de instrução, todas as informações de que disponha a propósito de pretensas infrações nem a proceder a uma qualificação jurídica rigorosa dessas infrações, deve, em contrapartida, indicar claramente as suspeitas que pretende comprovar».

⁽³⁴⁾ Cf. Ac. do TJ Roquette Frères, 2.ª parte do § 78 quanto aos processos da Comissão.

fundamentação do despacho do Ministério Público que ordenou as buscas, o qual consideram vago e impreciso na indicação do mercado e dos players que neste desenvolvem a prática restritiva (v. em particular 106. e ss. da motivação recursória).

Porém, a verdade é que, tal despacho circunscreveu e concretizou os indícios, nos termos das normas do art. 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, n.º 3 e n.º 4, alínea b) da Ldc.

Ora, se bem vemos, destes normativos mostra-se respeitado o princípio da necessidade, que está corretamente justificado, a exigência de indicar a finalidade da diligência, de modo a que o visado esteja em condições de tomar consciência do alcance do seu dever de colaboração, preservando ao mesmo tempo o seu direito de defesa.

In casu, tais exigências mostram-se respeitadas pelo despacho do Ministério Público a 02-fev.-2017 que suportou os mandados, como emerge meridianamente da respetiva leitura.

Porque assim é, naufraga este segmento do recurso das recorrentes.

ATÉ AO DESPACHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 02FEV2017 AS DILIGÊNCIAS REALIZADAS PELA Adc EXCEDERAM O OBJETO DO MANDADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 20JAN2017?

Aduzem as recorrentes na sua motivação recursória e respetivas conclusões que até ao despacho de alargamento do Ministério Público de 10-fev.-2017 as diligências realizadas pela Adc envolveram «uma busca indiscriminada da informação - um verdadeiro fishing de informação - que abarcou muito mais do que a UNICER ou os produtos que esta comercializa» (cf. ponto 145. da alegação) e por isso excederam o objeto dos mandados do MP de 20-jan.-2017 (cf. conclusões XXVIII a XLII; XLVIII a LII).

No entender das recorrentes, a busca procedeu «a uma geral monitorização das relações com fornecedores e concorrentes» e «implicou efetivamente o tagging de correspondência sobre os mais diversos produtos, e com alusões a todos os concorrentes».



Tribunal da Relação de Lisboa

tes e aos mais diversos fornecedores" (cf. pontos 149. e 152. da motivação recursória).

Indo direito ao assunto, desde já adiantamos que, salvo o devido respeito por opinião em contrário, esta "narrativa" não tem agasalho nos factos provados (nem na prova documental existente nos autos), que são apenas os que acima se mostram descritos, sendo certo e sabido que este Tribunal da Relação funciona como Tribunal de Revista, só apreciando questões de Direito. Daí que a intervenção do Tribunal da Relação no processo contraordenacional seja idêntica à do Supremo Tribunal de Justiça no processo penal.

Infundada se mostra ainda a alegação do desrespeito dos limites temporais dos documentos a apreender invocado na conclusão XXXVIII.

Na verdade, face ao teor claro e inteligível do mandado do Ministério Público segundo o qual "*Tais acordos abrangem um período de pelo menos 10 anos (2007 a 2016)*".

Assim, "*Pelo menos*" significa a possibilidade de recuar no tempo em razão da matéria probatória a encontrar.

*

No caso em apreço, os autos documentam:

- Um mandado de busca, de 02-fev.-2017, para cada uma das visadas, acompanhado quer do respetivo despacho de suporte, de 02-fev.-2017, (cf. Documento 1, fls. 170-171; Documento 2, fls. 183-184), quer de um despacho anterior, de 20-jan.-2017, cuja apresentação às arguidas somente serviu para ilustrar as diligências já em curso aludidas no 4.º § do aludido despacho de suporte de 02-fev.-2017 (cf. fls. 172 verso e ss. e fls. 185 verso e ss; v. 20. *supra*).

- No dia 07-fev.-2017, pelas 10:10h a AdC notificou a sociedade "Pingo Doce" nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 4, alínea b) do art. 18.º, da LdC (cf. Documento 5, fls. 204);

- No dia 07-fev.-2017, pelas 10:05h a AdC notificou a sociedade Jerónimo Martins, SGPS, S.A. nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b), do

n.º 4 do art. 18.º, da LdC (cf. Documento 8, fls. 212);

- No dia 07-fev.-2017, entre as 10:05h e as 10:10h, a AdC iniciou a diligência de busca na sede das duas visadas, a qual se suspendeu neste dia pelas 19:10h (cf. Documento 6, fl. 206, 1.º §; Documento 7, fls. 209, 1.º §; Documento 9, fls. 214; Documento 11, fls. 219);

- A busca continuou na sede das visadas nos dias 08-fev.-2017, 09-fev.-2017, 10-fev.-2017, 13-fev.-2017, 14-fev.-2017, 15-fev.-2017, 16-fev.-2017, 17-fev.-2017, 21-fev.-2017, 22-fev.-2017, 23-fev.-2017, 24-fev.-2017, 27-fev.-2017 (cf. Documentos 10 a 34);

- Um mandado de busca, de 10-fev.-2017, "mandado de alargamento", para cada uma das visadas, acompanhado do respetivo despacho de suporte, de 10-fev.-2017, (cf. Documento 3, fls. 196 a 198; Documento 4, fls. 200-202). Este segundo mandado de busca teve como razão de ser, segundo o próprio, a existência de "fortes indícios que para além da [parte truncada mas que se percebe respeitar à UNICER], outros fornecedores de produtos alimentares e não alimentares podem estar a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços ao público dos seus produtos e que as cadeias de distribuição alimentar poderão integrar entre si e com vários fornecedores de produtos alimentares e não alimentares para garantir o alinhamento dos preços de venda ao público dos consumidores" (cf. o 2.º § de fls. 197 e de fls. 201).

A AdC clarifica que solicitou este segundo mandado ao Ministério Público por «após verificação de existência de indícios de envolvimento de outros fornecedores nas possíveis infrações, a AdC optou por solicitar imediatamente mandado de alargamento do objeto da diligência, o que foi emitido pelo Ministério Público acompanhado do respetivo despacho de fundamentação. Permitiu-se deste modo à empresa conhecer de imediato e ainda durante a realização das diligências que o seu envolvimento numa ou várias possíveis infrações poderia ser mais amplo, compreendendo outros fornecedores para além da Unicer inicialmente identificada» (cf. ponto 125. da contra-alegação da AdC, fls. 140/141).

- No dia 15-fev.-2017, pelas 16:40h e pelas 16:10h, respetivamente, a AdC notificou as sociedades Jerónimo Martins,



nm.

Tribunal da Relação de Lisboa

SGPS, S.A. e Pingo Doce-Distribuição Alimentar, S.A. nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b), do n.º 4 do art. 18.º, da LdC, do alargamento do âmbito da diligência atualmente em curso (cf. Documento 6, fls. 206, 2º§; Documento 7, fls. 209, 2º§).

Cumpra aqui ter presente que ambas as visadas têm sede no mesmo local - Rua Actor António Silva, 7, 1649-033 Lisboa.

*

Com o devido respeito por opinião diversa, afigura-se-nos que mesmo que o Tribunal da concorrência, Regulação e Supervisão tivesse considerado como provados os factos alegados na "narrativa" das visadas, parece-nos que não seria com base em norma da LdC, maxime nos arts. 18.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 20.º e 31.º, invocadas pelas recorrentes (35), que se poderia concluir que a AdC excedeu o âmbito dos mandados iniciais emitidos pelo Ministério Público em 02-fev.-2017.

Com efeito, *summo rigore*, são três as características essenciais que definem as buscas:

(i) O objeto do processo, definido de acordo com a informação detida pela AdC, e a correlativa necessidade de obtenção de prova;

(ii) A emissão do mandado, devidamente fundamentada de facto e de direito, de acordo com lei prévia e certa (*reserva de lei*), com indicação da finalidade das diligências;

(iii) A execução do mandado.

Ora, a execução carece de respeitar o âmbito do mandado, assim como este carece de respeitar o objeto do processo. Assim, a baliza que delimita o âmbito das diligências de execução dos mandados decorre, *primo* do objeto do processo e do seu contexto, bem como do

(35) Cf. conclusões XXX, XXXV e XXXVII, isto para além das normas da Lei 109/2009 e do CPP também invocadas pela visadas, as quais, pelas razões já expostas supra no texto deste aresto não são aplicáveis à situação dos presentes autos.

teor dos próprios mandados e do respetivo despacho de suporte.

Deste modo, este limite é desrespeitado sempre que a prova carreada ultrapassa os limites definidos pelo mandado e pelo despacho/decisão de suporte ou sempre que estes consintam a obtenção de prova não relacionada com o objeto do processo.

In casu, analisados e esmiuçados os mandados do Ministério Público e o respetivo despacho de suporte, de 02-fev.-2017 (36), facilmente se enxerga que as "diligências de prospeção" que são invocadas pelas recorrentes têm agasalho no âmbito dos mandados do Ministério Público e do objeto e finalidades do presente processo.

Na verdade, se bem vemos, tais diligências, realizadas pela AdC, mais não fizeram do que aplicar ferramentas informáticas de *e-discovery* que cabem no âmbito da autonomia técnica da entidade que investiga, como acertadamente foi asseverado pelo Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão no ponto 147. da decisão em crise.

Porque assim é, mesmo que por mera hipótese de raciocínio se aceitasse - o que aqui não se aceita - a realidade de facto que as visadas tomam como conjeturada, o que, repete-se não resulta nem dos autos nem da decisão em crise do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão CRS, o recurso igualmente naufraga neste segmento.

*

In casu, as visadas chamam à colação jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e as conclusões de Advogados-Gerais para suportar a tese argumentativa segundo o qual, quando é realizada uma inspeção nas instalações de uma empresa, a entidade investigadora é obrigada a limitar as suas pesquisas às atividades dessa empresa relativas aos sectores indicados na decisão que ordena a

(36) Cf. o teor do despacho em causa acima transcrito no texto deste aresto e análise aí já expendida.



Tribunal da Relação de Lisboa

inspeção e, por isso, quando concluir, após análise, que um documento ou uma informação não estava relacionado com essas atividades, é obrigada a abster-se de a utilizar para efeitos da sua investigação (cf. conclusão XLVIII; 212. a 221 da motivação recursória).

Cumprido desde já ter aqui presente que, esta percepção resulta da legislação processual europeia relativa às competências da Comissão para atuar no âmbito do direito da concorrência, nomeadamente do art. 20.º do Reg. 1/2003.

Por sua vez, *in casu*, a Adc não estava vinculada a abster-se de utilizar a prova recolhida para efeitos da sua investigação, isto – pela singela mas decisiva razão – de não haver factos que nos permitam concluir que obteve prova não relacionada com as atividades das visadas.

A tudo isto acresce que compete à Adc selecionar a prova que interessa a uma decisão de imputação da prática restritiva, mormente no momento da elaboração da nota de ilicitude, estando por isso perfeitamente em tempo de, à luz do direito pátrio, prescindir dos elementos probatórios que considerar irrelevantes e devolvê-los às visadas.

✱

Tanto quanto nos é dado a observar a tese argumentativa das recorrentes ancora-se na ideia segundo a qual a Adc se serviu de uma inspeção, leia-se busca, para procurar documentos respeitantes a uma questão diferente, sem relação com o objeto dessa inspeção/busca (cf. ponto 222. Da motivação recursória).

Contudo, como o devido respeito por opinião diversa, *summo rigore*, esta “narrativa” não tem alicerce na realidade fáctica provada, que é unicamente a que acima se mostra fixada, como deixámos supra exposto no texto deste aresto, sendo nesta linha de pensamento que as recorrentes invocam a jurisprudência da União.

As recorrentes começam por defender que invocando os mandados do art.

101.º do TFUE, a Adc estava sujeita ao disposto nos arts. 3.º e 5.º do Regulamento 1/2003 (209. Da sua motivação recursória).

Ora, o referido art. 3.º do Regulamento 1/2003 estabeleceu um regime de competências paralelas entre a Comissão e os Estados-Membros no que toca à aplicação do direito da concorrência.

Porém, as legislações dos 27 Estados⁽³⁷⁾ não se mostram harmonizadas entre si quando estão a aplicar o direito doméstico da concorrência, face à multiplicidade de regimes processuais existentes.

Por isso mesmo, «Se é a comissão a realizar a diligência de instrução, as regras para tal são fixadas pelo direito da União; se é uma autoridade nacional a realizar a diligência de instrução, as regras para tal são fixadas pela legislação nacional (como está agora expressamente previsto no artigo 22.º, n.º 2 do Regulamento 1/2003)»⁽³⁸⁾

O art. 22.º, n.º 2, 2.ª parte, do Reg. 1/2003⁽³⁹⁾, estabelece que «Os funcionários das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspeções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respetiva legislação nacional».

Contudo, este Regulamento não afeta as regras nacionais relativas ao nível da prova (cf. considerando 5 do Regulamento).

Como bem assevera a Senhora Advogada-Geral, no § 133 das conclusões citadas⁽⁴⁰⁾ «Nem o princípio da segurança jurídica nem os direitos de defesa exigem

⁽³⁷⁾ Atualmente, a UE é constituída por 27 países. O Reino Unido saiu da União Europeia em 31 de janeiro de 2020. (fonte: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt)

⁽³⁸⁾ Cf. § 128. das conclusões da Advogada-Geral Julliane Kokotte de 29-abr.-2010 apresentadas no P. Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros/comissão, P. C- 550/07 P.

⁽³⁹⁾ Que veio a ser alterado pelo Regulamento (CE) 411/2004 do Conselho de 26-fev.-2004, JOL 68 I, de 06-mar.-2004 e pelo Regulamento 1419/2006 do Conselho de 25-set.-2006, JO L 269 I, de 28-set.-2006.

⁽⁴⁰⁾ A respeito do segredo profissional dos advogados, tema que agora não releva no âmbito destes autos.



Tribunal da Relação de Lisboa

que o direito da União e o direito nacional, nos seus respetivos âmbitos de aplicação, se baseiem nos mesmos critérios». O Ac. do TJ de 14-set.-2010 ⁽⁴¹⁾, acrescentou, no § 103., que «O Tribunal de Justiça decidiu que o direito da União e o direito nacional da concorrência consideram as práticas restritivas sob ângulos diferentes. Enquanto os artigos 101º TFUE as encaram em função dos obstáculos ao comércio entre os Estados-Membros que elas podem gerar, as legislações internas, inspiradas por considerações que lhes são próprias, consideram as práticas restritivas apenas neste âmbito (v. neste sentido, acórdão de 16 de Julho de 1992, Asociación Española de Banca Privada e o, C-67/91, p. I-4785, n.º 11)». E ainda adicionou no § 104, in fine, «As empresas podem, portanto, orientar-se utilmente em função das competências das referidas autoridades e dos seus poderes concretos no que diz respeito à apreensão de documentos».

Verificamos assim que, com o devido respeito por opinião em contrário, não colhe a tese argumentativa das recorrentes de ver postergada a Ldc em detrimento das normas processuais da União, pela singela – mas decisiva razão – de que é o próprio direito europeu, tal como interpretado pela jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo, que estabelece um regime de competências paralelas que permite o convívio simultâneo das regras processuais da União (nomeadamente Regulamento 1/2003 e o respetivo Regulamento de Execução 773/2004) com as dos Estados-Membros, como bem realça o Ministério Público na sua douta resposta apresentada em 1.ª instância, que aqui, neste ponto, com a devida vénia se segue de perto.

Por sua vez, sendo as normas processuais do direito da União diferentes das do direito nacional, logo se constata que têm regras diferentes entre si, ainda que para finalidades semelhantes, pelo que a interpretação que o TJUE (aqui incluídos o Tribunal de Justiça “TJ” e o Tribunal Geral “TG”) e os Advogados-Gerais façam do direito processual europeu da concorrência, a nosso

ver, não pode ser transposta, sem mais, para o direito pátrio.

Na verdade, no caso *Deutsch Bahn AG*, P. C-583/13 P estavam em causa quatro razões:

(i) A respeitante à compatibilidade do art. 20.º, n.º 4 do Reg. 1/2003 com o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio consagrado no art. 7.º da CDFUE e no art. 8.º da CEDH, relativamente ao qual o Advogado-Geral Nils Wahl considerou não ocorrer erro de direito do TG em relação ao caso concreto nem interpretação incorreta da jurisprudência do TEDH (cf. 25. e ss, em particular 29 e 35. a 42.), tendo-se socorrido, para tanto, dos acórdãos do TEDH *Bernh Larsen* e *Delta Pekdrny* (36. e 37.).

(ii) Decorrente do primeiro, as ali recorrentes alegaram estar em causa a tutela jurisdicional efetiva por falta de autorização judicial prévia à realização de uma inspeção, relativamente à qual o mesmo Advogado-Geral considerou que o TG não incorreu em erro de direito (43. a 52).

(iii) Edificada a partir do art. 28.º, n.º 1 do Reg. 1/2003 «Sem prejuízo da aplicação dos artigos 12º e 15º, as informações obtidas nos termos dos artigos 17º a 22º apenas podem ser utilizadas para os fins para que foram obtidas», [norma cujo texto não tem equivalente na Ldc ⁽⁴²⁾, o mesmo

⁽⁴¹⁾ cf. o art. 18º, n.º 2 a n.º 4 da Ldc. A alínea b) deste n.º 4 respeita ao título de creditação e quanto à finalidade, apesar de obrigar à indicação desta nas diligências a que se refere a alínea c) do n.º 1 (busca, exame, recolha e apreensão), não estabelece, contudo, uma relação entre esta específica finalidade da diligência, com a prova através dela obtida, e, com a ulterior utilização desta prova. Além de não correlacionar, a lei nacional portuguesa não estabelece uma relação de causa-efeito entre cada um destes parâmetros. Essa relação é aludida, mas em parte, numa outra norma, a do art. 31º, n.º 5 da Ldc «A informação e a documentação obtida (...) em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigi-

⁽⁴²⁾ Que se pronunciou sobre o caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros/comissão*, P. C-550/07 P.



Tribunal da Relação de Lisboa

Advogado-Geral concluiu que a Comissão iludiu a regra do art. 20.º, n.º 4 do Reg. 1/2003, [igualmente esta sem texto equivalente na Ldc] ⁽⁴³⁾ «As empresas e as associações de empresas são obrigadas a sujeitar-se às inspeções que a Comissão tenha ordenado mediante decisão. A decisão deve indicar o objecto e a finalidade da inspeção, fixar a data em que esta tem início e indicar as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça (...)». Para assim concluir, considerou que a Comissão realizou várias inspeções [três no total ⁽⁴⁴⁾ - vide 8. a 11.], tendo realizado uma inspeção (a 2.ª) para procurar documentos respeitantes a questão diferente sem relação com o objeto do processo (79.). Explicou que no caso de a Comissão ter sido informada da existência de uma segunda e diferente infração, praticada pela empresa que já é visada pela primeira infração, a Comissão pode investigar ambos os

dos e nas diligências efetuadas pela Autoridade da Concorrência».

Esta norma é diferente do art. 28.º, n.º 1 do Reg. 1/2003 que tem como sua razão de ser o teor da respetiva epígrafe - o "segredo profissional". Segundo o art. 28.º, n.º 1 do Reg. 1/2003, «as informações obtidas» (não as provas obtidas) «apenas podem ser utilizadas para os fins para que foram obtidas». Estas diferenças de ordem formal/ procedimental entre a LC e o Reg. 1/ 2003 tem a sua razão de ser, enquanto os mandados da Comissão, entidade administrativa, são ordenados pela própria, através de decisão do diretor-geral da Concorrência mediante delegação do comissário responsável pela política de concorrência, os mandados nacionais são emitidos, mediante despacho fundamentado, por um magistrado do Ministério Público ou judicial consoante os casos, entidade externa à AdC, o que só por si, juntamente com a natureza estatutária destes profissionais, já fornece especiais garantias de imparcialidade.

⁽⁴³⁾ Vide o art. 31.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 4 da LC.

⁽⁴⁴⁾ Decisões C (2011) 1774, de 14 de março de 2011, C (2011) 2365, de 30-mar.-2011, e C (2011) 5230, de 14-jul.-2011, da Comissão, que, em conformidade com o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, ordenaram a realização de inspeções à Deutsche Bahn AG e a todas as suas filiais (processos COMP/39.678 e COMP/39.731).

comportamentos em simultâneo, tomar duas decisões de inspeção dirigidas à mesma empresa, cada uma no âmbito de uma investigação diferente, a executar simultaneamente, mas de acordo com os procedimentos fixados no Reg. 1/2003 (80.). O que não pode é investigar as duas infrações apenas a partir das diligências realizadas numa - no caso, investigou a 2.ª no âmbito da 1.ª. Daí ter considerado inexistir diferença entre a Comissão realizar uma inspeção sem uma decisão válida e realizar uma inspeção com base numa decisão válida mas por via da qual procura informações relativa a outra investigação (81.), pelo que considerou que com esta atuação a Comissão violou o direito de defesa dos ali recorrentes, bem como o direito à inviolabilidade do domicílio.

(iv) Repartição do ónus da prova sobre a utilização dos documentos encontrados pela Comissão não relacionados com o objeto da inspeção (84. e ss) o Advogado-Geral entendeu ter havido erro de direito do TG na medida em que se socorreu da exceção prevista no Ac. Dow Benelux, P. C-85/87, aplicável apenas às descobertas genuinamente fortuitas, e não à descoberta de documentos resultantes de uma busca ilegal, realizada como descrito no fundamento anterior.

*

O Ac. do TJ de 18-jun.-2015, *Deutsche Bahn e O./Comissão*, proferido no dito P. C-583/13 P concluiu, quanto à terceira razão, no sentido proposto pelo Advogado-Geral Nils Wahl, pelo que declarou anuladas a segunda e terceira decisões de inspeção por violação dos direitos de defesa.

Quanto a este terceiro fundamento, o decisivo quanto ao vício detetado, o Ac. do TJ clarificou, de forma precisa e concisa, os termos da questão: «(...) apesar de o Tribunal Geral ter corretamente recordado, no n.º 75 do acórdão recorrido, que a decisão de inspeção da Comissão estava sujeita a uma obrigação de fundamentação, impõe-se constatar que não considerou que, caso a Comissão informasse os seus agentes, previamente à primeira inspe-



nm.

Tribunal da Relação de Lisboa

ção, da existência de uma denúncia suplementar relativamente à empresa em causa, o objeto dessa inspeção, conforme consta dessa decisão, devia também incluir os elementos dessa denúncia adicional. 64. Ora, a referida informação prévia, não do contexto geral do processo, mas da existência de uma denúncia diferente, é alheia ao objeto da primeira decisão de inspeção. Assim, a inexistência de menção à referida denúncia no âmbito do objeto dessa decisão de inspeção viola o dever de fundamentação e os direitos de defesa da empresa em causa.»

Parece-nos ser este o âmbito e a ratio da jurisprudência declarada pelo mais alto Tribunal da União sobre o caso concreto com o qual foi confrontado.

*

Já o caso *Deutsch Bahn* é completamente diferente do que é objeto destes autos.

Por uma banda, porque as normas nacionais do art. 18.º, n.º 1, alínea c), n.º 2 e n.º 4, alíneas a) e b) e do art. 31.º da Ldc, de aplicação independente, são formalmente diferentes das dos arts. 20.º, n.º 4 e 28.º, n.º 1 do Reg. 1/2003.

Ora, sendo diversas, são também diferentes as exigências de procedimento.

Por sua vez, o escopo que preside a cada um destes blocos normativos não nos parecem coincidentes, como emerge do art. 28.º, n.º 1 do Regulamento 1/2003 que sob a epígrafe “sigilo profissional” proíbe a utilização das informações obtidas nos termos dos arts. 17.º e 18.º para outros fins (n.º 1), bem como a divulgação de informações, obtidas ou trocadas entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros, ou obtidas pelos participantes do comité consultivo (n.º 2).

Por outra banda, nos presentes autos não se demonstra que a AdC procedeu a uma “investigação prospetiva” (64.) e, por isso, ilegal (114.), como assinalado no caso *Deutsch Bahn AG*, P. C-583/13 P pelo Advogado-Geral.

Na verdade, se bem vemos, uma tal “investigação prospetiva” consistiria em fazer uma busca à “Jerónimo Martins” e ao “Pingo Doce” no âmbito do proces-

so *A*, em que são suspeitas de tomar parte em cartel, e aproveitar para recolher prova para outro processo, no qual as mesmas são também suspeitas da mesma ou da prática de uma outra infração indiciadora, por exemplo, de um abuso de posição dominante [vide 9. das conclusões aludidas ⁽¹⁵⁾].

*

Igualmente, com o devido respeito por opinião em contrário, inexistente relação entre o caso objeto dos presentes autos e o que foi apreciado pelo Ac. do TG de 14-nov.-2012, *Nexans France SAS e Nexans SA/Comissão*, P. T-135/09, chamado à colação pelas visadas / recorrentes no ponto 212 das alegações.

Com efeito, o caso *Nexans* teve por objeto (vide ponto 2.) a anulação da Decisão C (2009) 92/1 da Comissão, de 09-jan.-2009, que ordenou à *Nexans SA*, e a todas as empresas por ela controladas, incluindo a *Nexans France*, a submissão a uma inspeção, ex vi do art. 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, adotada no âmbito de um processo de aplicação do art. 81.º CE, relativamente ao mercado europeu dos cabos elétricos e do material associado (processo COMP/39.610-Surge).

O TG verificou, através dos documentos juntos ao processo e da aplicação das regras do ónus da prova, que

⁽¹⁵⁾ O §9 de enquadramento das conclusões do Advogado-Geral NILS WAHLÉ o seguinte: [Durante as inspeções, os inspetores da Comissão encontraram nas instalações da *Deutsche Bahn* documentos (a seguir «documentos DUSS») que a Comissão considerou poderem indiciar a existência de outros comportamentos anti concorrenciais e, conseqüentemente, em 31 de março de 2011, enquanto ainda decorria a primeira inspeção, a Comissão notificou à *Deutsche Bahn* uma nova decisão de inspeção (a seguir «segunda decisão de inspeção»). A segunda decisão de inspeção visava a suspeita de infrações às regras da concorrência cometidas pela *Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße* (a seguir «DUSS») através do recurso estratégico a infraestruturas geridas pela *Deutsche Bahn* (a seguir «segunda infração objeto de suspeita») - sublinhado nosso.



Tribunal da Relação de Lisboa

«a Comissão não demonstrou que dispunha de indícios suficientemente sérios para ordenar uma inspeção tendo por objeto todos os cabos elétricos e o material a eles associados» (91.), mas tão-somente indícios respeitantes aos cabos elétricos submarinos e subterrâneos de alta tensão e ao material a eles associado (93.). Assim, o TG concluiu que a Comissão realizou uma inspeção ao abrigo de uma decisão sem os pressupostos legais exigidos pelo art. 20.º, 4 do Reg. 1/2003, razão pela qual declarou procedente o segundo fundamento do recurso (59. e ss.) e, por consequência, a nulidade da decisão de inspeção (101.).

Ora, o caso objeto destes autos é diferente.

Na verdade, tem a ver com a constatação pela AdC, em plena busca, que o espectro dos envolvidos é mais largo do que aquele que resultava da informação inicial de que era detentora a título indicidrio, informação que suportou o julgo de necessidade subjacente aos primeiros mandados.

Antagonicamente ao procedimento da Comissão no caso *Nexans*, a AdC suspendeu a diligência e munuiu-se de um título que a habilitou a fazer uma busca de alcance mais alargado, de acordo com os indícios entretanto encontrados, fortuitamente, no mesmo processo, relativamente à mesma infração.

Ora, se bem vemos, mesmo aceitando que o quadro normativo aplicável aos presentes autos resulta do processo europeu, concretamente do art. 20.º, 4 do Reg. 1/2003 do Conselho, - o que pelas razões acima aduzidas no presente aresto *summo rigore* não é o caso - (quanto à presente questão seria, nessa lógica, o art. 20.º, n.º 4 do Reg. 1/2003 do Conselho), é o próprio Tribunal Geral que no § 62. do acórdão *Nexans* que expressa a afirmação:

«(...) [C]omo a Comissão alega, os seus poderes de investigação ficariam desprovidos de utilidade se tivesse de se limitar a solicitar a apresentação de documentos que pudesse anteriormente identificar de forma precisa. Ora, tal direito implica, pelo contrário, a faculdade de procurar diversos elementos de informação ainda não conheci-

dos ou não totalmente identificados. Sem essa faculdade, a Comissão não pode recolher os elementos de informação necessários à inspeção se lhe for oposta uma recusa de colaboração ou, ainda, uma atitude de obstrução por parte das empresas em causa (...). 63. Em segundo lugar, o exercício desta faculdade de procurar diversos elementos de informação ainda não conhecidos ou não totalmente identificados permite à Comissão analisar certos documentos de natureza profissional da empresa destinatária de uma decisão adotada nos termos do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, ainda que não saiba se os mesmos estão relacionados com as atividades visadas por essa decisão, a fim de verificar se é esse o caso e evitar que a empresa em causa esconda à Comissão elementos de prova pertinentes para a investigação a pretexto de não serem abrangidos pelo objeto desta».

E acrescenta «64 Todavia, apesar do exposto, quando a Comissão efetua uma inspeção nas instalações de uma empresa ao abrigo do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, é obrigada a limitar as suas pesquisas às atividades dessa empresa relativas aos setores indicados na decisão que ordena a inspeção e, por isso, quando concluir, após análise, que um documento ou uma informação não estava relacionado com essas atividades, a abster-se de a utilizar para efeitos da sua investigação».

In casu foi através dos mandados de alargamento de 10-fev.-2017 (v. 27. *supra*), que a AdC pôde limitar as pesquisas ao objeto definido por este e pelo anterior mandado e, por conseguinte, à matéria indicidria de que teve conhecimento.

No que tange à utilização que fez dos documentos rastreados na busca, matéria que é de resto estranha ao objeto do recurso das visadas / recorrentes, inexistem dados plasmados em afirmações sobre factos concretos, precisos e inteligíveis que nos possibilitem asseverar se estavam relacionados (todos) com os factos indicidrios e se foram considerados úteis pela AdC com vista a eventual nota de ilicitude.

Na verdade, o mandado do Ministério Público de 02-fev.-2017 e respetivo despacho de suporte foram claros em identificar, nomeadamente, uma prática restritiva vertical entre a Unicer e as cadeias de distribuição alimentar, nas



Tribunal da Relação de Lisboa

quais se incluem as visadas, todas estas empresas objeto do mesmo processo e todas elas envolvidas na mesma infração, na qual se indicia uma prática restritiva de alinhamento de preços de venda ao público.

Com efeito, se bem vemos, o mandado do Ministério Público de 10-fev.-2017 e respetivo despacho de suporte alargaram a busca, com igual finalidade, a outros fornecedores, além ao que tudo aponta, da Unicer.

Verificamos assim que, com o devido respeito por opinião em contrário, nos presentes autos a busca da AdC não foi nem indiscriminada nem ilimitada, mas confinada ao sentido e às finalidades dos mandados.

Neste particular, quanto à questão agora colocada pelas visadas / recorrentes assume especial interesse o Ac. do TEDH de 14-mar.-2013, *Bernh Larsen Holding AS e O. v. Noruega*, queixa n.º 24117/08, porquanto aborda matéria fora da área penal, e por a administração tributária norueguesa ter atuado sem autorização prévia de uma autoridade judicidária ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ Em certa medida, com alguma relação mútua com a questão trazida à colação pelas visadas/recorrentes foi o caso decidido pelo Ac. do TEDH *obathin v. Austria*, n.º 30457/06, de 03-jul.-2012, respeitante a matéria penal. Aqui o suspeito, advogado, foi objeto de mandados de busca no seu escritório emitidos por um juiz. Apesar da indicação das alegadas infrações de furto e fraude e da indicação do tempo do seu cometimento e dos alegados danos, os mandados eram de tal ordem vagos que contenderam com o princípio da proporcionalidade, na medida em que constituiram uma credencial genérica e ilimitada para a realização da busca e apreensão de documentos, computadores pessoais, contabilidade, documentos bancários e registos de ofertas. O TEDH considerou que a autoridade judicial forneceu razões demasiado breves e gerais para autorizar a busca de todos os dados eletrónicos existentes, sem confinar a busca ao material que relacionava o suspeito às alegadas vítimas. E considerou prevalecente a específica circunstância de se tratar de um escritório de profissional do foro e que por isso, razões particulares deveriam ter sido

O caso reflete este "pedaço de vida":

A holding, *B.L.H., Kver e I.O.R.*, partilhava um servidor comum e um servidor de e-mail juntamente com estas duas empresas, o qual era detido pela *Kver*. Por sua vez, este servidor continha os arquivos eletrónicos destas sociedades e informação privada, incluindo correspondência de e-mail dos empregados e de outras pessoas que trabalhavam para as sociedades. Acontece que, no decorrer de uma inspeção tributária a este grupo, em reunião ocorrida a 09-mar.-2004, e mediante a recusa de acesso que a dado passo foi manifestada pela *Kver*, a Autoridade Nacional dos Impostos norueguesa exigiu e obteve informação eletrónica armazenada nos servidores, mediante a entrega de backup que continha 112,316 ficheiros em 5,560 pastas, no total de 41 gigabytes. Por outras palavras, pediu cópia de todos os dados contidos no servidor utilizado por três sociedades, dos quais apenas uma pequena parte dessa informação foi considerada relevante para efeitos de inspeção tributária (cf., entre outros, 13., 14. e 106). Como foi lembrado esta medida de ingerência ocorreu fora do âmbito penal.

O TEDH reiterou que a expressão "de acordo com a lei" implica a compatibilidade da lei pátria com o Estado de Direito, tal resulta expressamente do preâmbulo da Convenção e está inerente ao objeto e escopo do seu art. 8.º. A lei deverá ser previsível com precisão suficiente para permitir ao indivíduo regular a sua conduta (cf. 123. a 125. e a jurisprudência aí mencionada) ⁽⁴⁷⁾. Considerou que a lei de suporte ao procedimento da autoridade tributária norueguesa permitia a esta Autoridade aceder por inteiro aos dados do servidor e proceder à cópia dos respetivos dados (127.). A questão mais significativa foi discutida em 129. e ss. Por razões de

consideradas para permitir uma busca tão englobante.

⁽⁴⁷⁾ Nestas mesmas dguas navega o § 47 do cit. Ac. do TJ de 22-out.-2002, *Roquettes Frères S.A.*



Tribunal da Relação de Lisboa

eficiência, o acesso a grandes quantidades de dados, sem significado fiscal, foi considerado admissível à luz da lei pátria, como modo de permitir uma ulterior triagem da informação relevante, mesmo quando respeitante a terceiros, sem que isso implique aceitar uma irrestrita discricionariedade. À partida, o acesso aos arquivos não deverá incidir senão sobre os sujeitos a que respeitam, a menos que os documentos em apreço contenham informação relevante respeitante ao sujeito em questão (131. e 132. 1.ª parte).

Todavia, o TEDH considerou que uma pesquisa de tão largo espectro se justificou no caso concreto face à circunstância de os dados objeto da pesquisa não estarem segregados⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁹⁾ «The Court sees no reason for disagreeing with the Supreme Court's finding that the archives at issue were not clearly separated but were so-called "mixed" archives. It could therefore reasonably have been foreseen that the tax authorities should not have had to rely on the tax subjects' own indications of where to find relevant material, but should have been able to access all data on the server in order to appraise the matter for themselves» (132.). É mais à frente, raciocinando sobre o art. 8.º, n.º 2 da CEDH, o TEDH conclui di seguinte modo: «172. In the light of the above, while it is true that no requirement of prior judicial authorisation applied in the instant case (compare *Funke v. France*, 25 February 1993, § 57, Series A no. 256-A; *Crémieux v. France*, 25 February 1993, § 40, Series A no. 256-B; and *Mialhe*, cited above, § 38), the Court is satisfied that the interference with the applicant companies' rights to respect for correspondence and home which the contested section 4-10 (1) order entailed was subject to important limitations and was accompanied by effective and adequate safeguards against abuse (see, *mutatis mutandis*, *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 50, Series A no. 28; *Leander*, cited above, § 60; and *Z*, cited above, § 103). 173. It should also be observed that the nature of the interference complained of was not of the same seriousness and degree as is ordinarily the case of search and seizure carried out under criminal law, the type of measures considered by the Court in a number of previous cases (see, for instance, the following

Por tudo o que dito fica, este segmento recursório das recorrentes naufraga.

A JERÓNIMO MARTINS SGPS, S.A., POR SER APENAS DETENTORA DE UMA PARTICIPAÇÃO SOCIAL, NÃO É CONTRAORDENACIONALMENTE RESPONSÁVEL, RAZÃO PELA QUAL NÃO PODERIA SER DESTINATÁRIA DOS MANDADOS DE BUSCA?

A Jerónimo Martins, SGPS, S.A. na sua motivação recursória e respetivas conclusões (cf clis. LIII a LXI) assevera não ser destinatária da investigação da AdC e, conseqüentemente, dos mandados de busca que foram emitidos pelo Mi-

cases cited above: *Funke*; *Crémieux*; *Mialhe*; *Niemietz*; *Société Colas Est and Others*; *Buck*; *Sallinen and Others*; *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH*; and also *Robathin v. Austria*, no. 30457/06, 3 July 2012). As pointed out by the Supreme Court, the consequences of a tax subject's refusal to cooperate were exclusively administrative (see in particular paragraph 43 and also paragraphs 106 and 153 above). Moreover, the disputed measure had in part been made necessary by the applicant companies' own choice to opt for "mixed archives" on a shared server, making the task of separation of user areas and identification of documents more difficult for the tax authorities (see paragraphs 46-47 above). 174. Having regard to the circumstances of the case as a whole, the Court finds that the impugned section 4-10 (1) measure in the instant case was supported by relevant and sufficient reasons. It also sees no reason to doubt that the tax authorities of the respondent State, acting within their margin of appreciation, struck a fair balance between the applicant companies' right to respect for "home" and "correspondence" and their interest in protecting the privacy of persons working for them, on the one hand, and the public interest in ensuring efficiency in the inspection of information provided by the applicant companies for tax assessment purposes, on the other hand. 175. Accordingly, there has been no violation of Article 8 of the Convention in the present case.» Iguualmente citado pelo Ministério Público na sua douta resposta que aqui, com a devida vénia, se acompanha de perto.



Tribunal da Relação de Lisboa

nistério Público, na medida em que sendo apenas detentora de uma participação social, não é, a seu ver, contraordenacionalmente responsável.

In casu, esta visada/recorrente faz o exercício de separar o alcance das normas dos arts. 3.º ⁽⁴⁹⁾ e 73.º, n.º 1 ⁽⁵⁰⁾ da Ldc.

Assim, como na tese argumentativa apresentada, somente da segunda destas normas decorreria a responsabilidade contraordenacional, a mera detentora de uma participação social não seria abrangida pelo alcance da responsabilidade social a partir do conceito amplo de empresa fornecido pelo art. 3.º da Ldc.

Com o devido respeito por opinião em contrário, afigura-se-nos que este argumento não colhe, porquanto o conceito de "pessoas coletivas", referido no art. 73.º, n.º 1 da Ldc, tem como pressuposto o conceito de "empresa" fornecido pelo art. 3.º da Ldc.

Esta orientação formal do órgão legiferante português, de direito substantivo afigura-nos consentânea e simétrica com a jurisprudência do mais Alto Tribunal da União europeia, que estabeleceu o conceito de "empresa".

⁽⁴⁹⁾ «1 - Considera -se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. 2 - Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente: a) De uma participação maioritária no capital; b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) Do poder de gerir os respetivos negócios.»

⁽⁵⁰⁾ «1- Pela prática das contraordenações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica.»

Na verdade, como bem ilustrou o Advogado-Geral Paolo Mengozzi nas conclusões apresentadas a 19-set.-2013, Processos apensos C-231/11P, C-232/11P e C-233/11P, «52. (...) [A] faculdade de a Comissão condenar solidariamente no pagamento da coima as entidades que, no quadro da unidade económica que a empresa constitui, participaram direta ou indiretamente na infração, não está expressamente prevista por qualquer norma da União em matéria de concorrência. Porém, essa faculdade foi reconhecida à Comissão pela jurisprudência, na medida em que a responsabilidade solidária é um instrumento jurídico suplementar decorrente da necessidade de garantir a eficácia da sua ação destinada a assegurar a efetividade da aplicação das normas da União em matéria de concorrência, bem como da repressão da sua violação (50). Com efeito, a responsabilidade solidária, ao alargar o número das pessoas às quais a Comissão pode reclamar o pagamento da totalidade da coima, favorece a execução efetiva da sanção, reduzindo os riscos de incapacidade financeira e de operações fraudulentas destinadas a eludir o seu pagamento, e, portanto, como, aliás, foi referido no n.º 151 do acórdão recorrido, participa no objetivo de dissuasão que visa assegurar o respeito das normas da União em matéria de concorrência por parte das empresas (51)». ⁽⁵¹⁾

⁽⁵¹⁾ Por sua vez, como bem se salienta o Ac. do TJ de 18-jan.-2017 (não disponível em língua portuguesa), Toshiba Corp./Comissão, P. C-623/15P, «45. It should be pointed out that, according to settled case-law, liability for the conduct of a subsidiary can be imputed to its parent company in particular where, although it has separate legal personality, that subsidiary does not decide independently on its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company, having regard in particular to the economic, organisational and legal links between those two legal entities (judgment of 16 June 2016, Evonik Degussa and AlzChem v Commission, C-155/14 P, EU:C:2016:446, paragraph 27 and the case-law cited). 46. In examining whether the parent company is able to exercise decisive influence over the market conduct of its subsidiary, account must be taken of all the relevant factors relating to the economic, organisational and legal links which tie the subsidiary to its parent company and, therefore, account must be taken of the economic reality (judgment of 24 June 2015,



Tribunal da Relação de Lisboa

*

No que concerne à da pretensão de uma sociedade-mãe ver reduzida a coima que lhe foi aplicada, decorrente da sua responsabilidade solidária, inteiramente adveniente da responsabilidade exclusiva de uma sua filial, o Ac. do TJ de 17-set.-2015, Total S.A./Comissão, P. C-597/13 P expressou o seguinte: «32. O direito da concorrência da União visa as atividades das empresas. A opção dos autores dos Tratados foi utilizar o conceito de «empresa» para designar o autor de uma infração ao direito da concorrência, suscetível de ser punido em aplicação dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE e não outros conceitos como os conceitos de «sociedade» ou de «pessoa coletiva», utilizados, nomeadamente, no artigo 54.º TFUE (v. acórdão Comissão e o./Siemens Österreich e o., C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, n.ºs 41 e 42 e jurisprudência referida). 33. O conceito de empresa designa qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Esse conceito deve ser entendido no sentido de que designa uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas. Quando tal entidade económica infringe as regras da concorrência, cabe-lhe, de acordo com o princípio da responsabilidade pessoal, responder por essa infração (v. acórdão Comissão e o./Siemens Österreich e o., C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, n.ºs 43 e 44 e jurisprudência referida). 34. Neste contexto, em certas circunstâncias, uma pessoa coletiva que não é a autora de uma infração ao direito da concorrência pode,

Fresh Del Monte Produce v Commission and Commission v Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P and C-294/13 P, EU:C:2015:416, paragraph 76 and the case-law cited). 47. Moreover, the exercise of decisive influence by a parent company over its subsidiary's conduct may be inferred from a body of consistent evidence, even if some of that evidence, taken in isolation, is insufficient to establish the existence of such influence (judgment of 24 June 2015, *Fresh Del Monte Produce v Commission and Commission v Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P and C-294/13 P, EU:C:2015:416, paragraph 77 and the case-law cited). Igualmente citado pelo Ministério Público na sua douda resposta que aqui, com a devida vénia se acompanha de perto.

contudo, ser punida pelo comportamento ilícito de outra pessoa coletiva, desde que façam ambas parte da mesma entidade económica e constituam, assim, a empresa que infringiu o 101.º TFUE (v. acórdão Comissão e o./Siemens Österreich e o., C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, n.º45). 35. Assim, o comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe quando esta exerce efetivamente uma influência determinante no comportamento dessa filial (v., neste sentido, acórdão Akzo Nobel e o./Comissão, C-97/08 P, EU:C:2009:536, n.ºs 58 e 59 e jurisprudência referida)».

In casu, se bem vemos, afigura-se-nos ser a unidade económica formada pelas sociedades Jerónimo Martins, SGPS, S.A. e a sociedade Pingo Doce-Distribuição Alimentar, S.A. que determina a eventual responsabilidade de ambas pela prática de um comportamento anti concorrencial, carecendo este, por isso, de diligências de prova que à partida não poderão excluir a sociedade participante do capital. Assim, as diligências de obtenção de prova realizadas pela AdC consideram-se mostram-se legítimas face à possibilidade de, em face do acervo probatório obtido, poder imputar a ambas as pessoas coletivas a prática da infração da previsão da alínea a) do n.º 1 do art. 9.º da LdC [art. 101.º, n.º 1, alínea a) do TFUE].

Porque assim se nos afigura ser, igualmente naufraga este segmento recursório das recorrentes.

O INCIDENTE DE REENVIO PREJUDICIAL

As visadas/recorrentes suscitam o incidente do reenvio previsto no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), 4º § (vide pontos 229-230 da motivação recursória), cujo fundamento respeita à ilegalidade das buscas realizadas pela AdC e a nulidade dos documentos assim apreendidos.

Constatamos assim que não estamos aqui perante um reenvio prejudicial respeitante às normas do direito substantivo da concorrência da União, originário ou derivado, mas de normas respeitantes ao direito processual de um dos Estados Membros.



Tribunal da Relação de Lisboa

Ora, como flui do que acima dito ficou as legislações dos 27 Estados-Membros não estão harmonizadas entre si, ou pelo menos no momento atual ainda não alcançaram essa fase, quando aplicam as normas processuais do direito da concorrência, isto face à multiplicidade de regimes processuais existentes.

Na verdade, é o próprio direito europeu que estabelece um regime de competências paralelas atuadas diretamente pela União, de um lado, e por cada um dos Estados-Membros, por outro, as quais se regem por regras processuais diferentes: as do direito da União quando a competência para o procedimento pertence à Comissão; as do direito pátrio de cada um dos Estados-Membros a competência para o procedimento pertence a cada uma das ANC. É este sistema de competências paralelas que não obstante trabalhar de forma articulada, em rede, rede europeia da concorrência⁽⁵²⁾, opera com respeito pelo direito processual dos Estados-membros.

A tudo isto acresce que não existe, sequer, em concreto uma qualquer questão que tenha suscitado ao Tribunal nacional dúvidas de interpretação ou aplicação à luz do Tratado (em especial, do seu art. 101.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia),

Porque assim é, este Tribunal considerava prejudicada a viabilidade do pedido de reenvio.

*

Em face de tudo o que dito fica, não se demonstrando que o Tribunal a quo na decisão impugnada tenha violado os normativos legais e normativos e princípios constitucionais, invocados pelas recorrentes, ou quaisquer outros ao caso aplicável o presente recurso naufraga *in totum*.

⁽⁵²⁾ Vide o que acima deixámos expresso no texto deste aresto.

3. DISPOSITIVO

Perante tudo o que exposto fica, acordam os Juizes que compõem a 3.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa:

- ☐ Em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente confirma-se a decisão recorrida nos segmentos impugnados.
- ☐ Em condenar cada uma das recorrentes no pagamento das custas, fixando a taxa de justiça individual de 4 UC, (arts. 93.º, n.ºs 3 e 4, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, e arts. 1.º, 2.º, 3.º n.º 1, 8.º, n.º 5, todos do Regulamento das Custas Processuais, com referência à Tabela III que faz parte integrante deste diploma).

*

Lisboa, 04-mar.-2020 (processado e revisto pelo primeiro signatário, que rubrica as restantes folhas)

(Rui Gonçalves)

(Conceição Gonçalves)