



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal



Acórdão

Acordam os juízes que compõem a 3ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa

I – Relatório

Inconformada com a decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24.01.2022 mediante a qual o referido Tribunal declarou a sua incompetência para conhecer o mérito do recurso interposto pela Vodafone, a 01.02.2019, apresenta-se a recorrer perante este Tribunal da Relação, a Vodafone Portugal - Comunicações, S.A. formulando, após motivações as seguintes conclusões recursais:

1 -O presente recurso vem interposto da sentença do TCRS, de 24.01.2022, com a ref.º 336769 ("Sentença Recorrida"), nos termos da qual este Tribunal declarou a sua incompetência para conhecer o mérito do recurso interposto pela Vodafone, a 01.02.2019, por via do qual foi impugnada a decisão da Autoridade da Concorrência ("AdC"), de 22.01.2019 ("Decisão Impugnada"), que indeferiu os requerimentos da Vodafone de 11.12.2018 e 13.12.2018, apresentados no decurso das diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da Vodafone, entre 11.12.2018 a 20.12.2018.

2 -O recurso interposto pela Vodafone no âmbito do presente processo tem por objecto a sindicância de actos interlocutórios da AdC, adoptados em execução do mandado de busca e apreensão, por via dos quais a AdC procedeu à selagem e "bloqueio" de contas de acesso a sistema informático diversos colaboradores da Vodafone, bem como à apreensão de



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

documentos não compreendidos nos âmbitos material e temporal do mandado, assim como de correspondência eletrónica e documentos protegidos por sigilo profissional de advogado.

3 - O recurso interposto pela Vodafone não tem por objeto a validade do Mandado do Ministério Público, não tendo, especialmente, por objeto a "legalidade (lawfulness), existência de indícios suficientes ou razoáveis (reasonable suspicion), necessidade e justificação material (substantive justification) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.

4 -O recurso interposto pela Vodafone encontra-se estruturado em conformidade com a jurisprudência constante da Relação de Lisboa, reflectida, nomeadamente, no Acórdão do TRL de 26.02.2020, proferido nos presentes autos, que estabelece a competência do TCRS com base na distinção entre a validade do mandado emitido pelo MP, por um lado, e a validade dos actos de execução do Mandado praticados pela AdC, por outro.

5 - A Sentença Recorrida incorreu em erro de julgamento e é nula, por violação do disposto no artigo 84.º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio ("LdC"), em conjugação com o disposto no artigo 112.º, n.º 1 al. a), da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto ("LOSJ"), porquanto, em divergência com a jurisprudência constante do Tribunal da Relação de Lisboa, o Tribunal a quo considerou não ter competência para apreciar actos interlocutórios praticados pela AdC em execução do respectivo mandado de busca e apreensão.”

Ao assim recorrido veio responder o Ministério Público sustentando que:

“Pelas razões indicadas no recurso interposto no dia 04/02/2022, o Ministério Público concorda com a visada no sentido de a sentença agora impugnada ser revogada em ordem a que o TCRS assuma a sua competência em razão da matéria para conhecer o recurso interposto pela Vodafone, nos termos do disposto nos artigos 84.º, n.º 3 e 112.º, n.º 1, a) da Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), assim se fazendo Justiça.

A AdC não respondeu.

O Digno Magistrado do Ministério Público junto deste Tribunal lavrou parecer onde adere à posição do seu colega de 1ª instância sustentando que o recurso merece provimento.

Os autos foram a vistos e à conferência.

*

II – Fundamentos do recurso e fundamentação de facto



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Como é pacificamente aceite são as conclusões do recurso que delimitam o poder de análise deste Tribunal sendo irrelevantes quaisquer considerações feitas na motivação que não se mostrem espelhadas nas conclusões.

Ante tal e analisada a peça recursal a única questão a decidir é a da competência do TCRS para conhecer das questões que lhe foram suscitadas pela recorrente ante a decisão da AdC aos seus requerimentos.

Para se compreender a decisão a proferir façamos uma resenha da parte relevante dos autos que cumpre apreender.

Assim:

- Entre os dias 11/12/2018 e 21/12/2018, com suporte nos mandados emitidos pelo MP junto do DIAP de Lisboa no dia 10/01/2018, a AdC procedeu a diligências de busca, exame, recolha e apreensão na sede da recorrente no âmbito do PCR 2018/5.

-Inconformada com tais diligências, no dia 11/12/2018 a recorrente requereu à AdC (requerimento de fls 271 a 274) o levantamento do bloqueio das contas de acesso ao sistema informático dos membros da comissão executiva da Vodafone (Doc. 5). Este requerimento teve três fundamentos: i) o mandado do MP não permitia o bloqueio a acesso de dados informáticos ao abrigo do art. 16º, nº 7, c) da Lei 109/2009, de 15/09 (Lei do cibercrime); ii) do mandado do MP não resultava a indicação de suspeita sobre a actuação individual dos membros da comissão executiva da visada; iii) o mandado permitia o acesso aos sistemas informáticos e não o bloqueio do acesso aos dados; iv) ao não indicar a norma do art. 18º, nº 1, d) da LC, o mandado não permitia à AdC a selagem dos dispositivos informáticos.

No dia 13/12/2018 a recorrente requereu à AdC (requerimento de fls 276 a 288) que tomasse posição sobre três pretensões [i) bloqueio e selagem dos computadores dos colaboradores da visada, ii) visualização de correio electrónico dirigido ou com CC a advogados com violação do sigilo profissional, iii) limite temporal e material do mandado do MP], de modo a adequar o comportamento dos Srs. Inspectores à lei e ao mandado do MP, sob pena de invalidade da prova recolhida, sem prejuízo de outras invalidades a ser suscitadas oportunamente (v. Doc. 6).

No dia 22/01/2019 a AdC indeferiu na totalidade ambos os requerimentos, como documentado a fls 290 a 304 (Doc. 7). Para tanto considerou:

- a falta de efeito útil da decisão a tomar, face à finalidade dos dois requerimentos



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

apresentados pela visada a 11/12/2019 e a 13/12/2019 – cfr. os pontos 13. a 25, em particular o 18. da decisão interlocutória da AdC;

- a validade do bloqueio de acesso ao sistema informático por parte de certos colaboradores da visada – cfr. os pontos 26. a 66, da decisão da AdC;

- a não violação do segredo profissional de advogado – cfr. os pontos 67. a 99. da decisão da AdC;

- o respeito pelo âmbito temporal e material do mandado do MP – cfr. os pontos 100. a 123. da decisão da AdC;

Inconformada com esta decisão interlocutória da AdC, no dia 01/02/2019 a ora recorrente apresentou nesta Autoridade o recurso dirigido ao TCRS que consta de fls 2 a 32, que aqui se reproduz, e que tinha por objeto sindicar a pronúncia da AdC quanto: i) ao efeito útil do recurso da visada – 2. das conclusões; ii) à validade do bloqueio do acesso ao sistema informático imposto pela AdC – 3. e 4. das conclusões; iii) à violação do segredo profissional – 5. e 6. das conclusões; iv) à violação dos limites temporal e material do mandado do MP por parte da AdC - conclusões 7. a 10.;

- O TCRS admitiu o recurso (fls 407/408), e foi proferida sentença a 28/05/2019 (1ª sentença), cujo teor aqui se reproduz, por via da qual o TCRS julgou improcedente o recurso da visada (fls 443 e ss), do qual esta recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa.

- Por acórdão de 26/02/2020 (1º acórdão) a sentença foi declarada nula com fundamento no art. 123º n.º 2 do CPP, “a qual deverá ser substituída por outra em que: i) ou o TCRS se declara incompetente e se abstém de conhecer do mérito da impugnação judicial da decisão da AdC; ii) ou o TCRS, se considerar que deve pronunciar-se sobre as questões suscitadas pela Vodafone, na impugnação judicial da mesma decisão da AdC, tem de declarar-se competente para aferir da validade e eficácia da actuação da AdC, na execução do mandado de busca determinada pelo M.º P.”.

No dia 03/09/2020 o TCRS proferiu nova sentença (2ª sentença), pela qual, decidindo de mérito, julgou totalmente improcedente o recurso da Vodafone e absolveu a AdC “do pedido de declaração de invalidade e nulidade da decisão proferida em 22 de Janeiro de 2019 no âmbito do PRC/2018/05”, com condenação da recorrente em custas (v. o dispositivo que consta da p. 39 desta 2ª sentença).



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Novamente inconformada a aqui recorrente Vodafone alegou que esta 2ª sentença era nula por violação das normas conjugadas dos artigos 84º, nºs 1 e 3 da LC e dos art. 112º, nº 1, a) da LOSJ, por ser ininteligível (conclusões 2. e 85.). Mais alegou que as diligências de busca e apreensão que foram realizadas pela AdC extravasaram os limites materiais e temporais do mandado do MP (conclusões 88. e 89.), que a AdC acedeu ao conteúdo de correio electrónico com violação do sigilo profissional de advogado (conclusões 91. a 95.) e procedeu ao bloqueio ilegal de certas contas do correio electrónico (conclusões 96. a 100.), razão pela qual a sentença enfermava de erro de apreciação.

No dia 24/11/2021 a Relação de Lisboa proferiu novo acórdão (2º acórdão) no qual entendeu que aquela 2ª sentença do TCRS, proferida a 03/09/2020, enfermava de contradição insanável entre a fundamentação (na qual o TCRS argumentou carecer de competência para apreciar a validade e eficácia da atuação da AdC) e a decisão (na qual acabou por proferir uma decisão de mérito sobre a decisão da AdC de 22/02/2019, ignorando os argumentos da recorrente em sentido contrário) – cf. pp 50 a 53 do PDF -, razão pela qual determinou «o reenvio dos autos à 1ª instância, a fim de aí ser proferida uma nova sentença pelo TCRS, onde seja sanado o vício apontado e de forma coerente e fundamentada o Tribunal a quo se pronuncie sobre o recurso da Vodafone, emitindo uma decisão que poderá ser: I) No sentido da declaração de incompetência do TCRS para conhecer do mérito do recurso da Vodafone, ou II) Assumindo essa competência, pronunciar-se sobre as várias questões suscitadas pela recorrente Vodafone, nos termos supra expostos».

No dia 24/01/2022, o TCRS proferiu nova sentença (3ª sentença), cujo teor aqui se reproduz, por via da qual decidiu declarar-se incompetente para conhecer de mérito o recurso interposto pela Vodafone.

É desta última decisão que se recorre.

*

II – Da análise dos fundamentos do recurso

Como é sabido, e resulta do disposto nos artº 368º e 369º ex-vi artº 424º nº 2, todos do Código do Processo Penal, o Tribunal da Relação deve conhecer das questões que constituem objecto do recurso pela seguinte ordem:

Em primeiro lugar das que obstem ao conhecimento do mérito da decisão.



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Seguidamente das que a este respeitem, começando pelas atinentes à matéria de facto, e, dentro destas, pela impugnação alargada, se tiver sido suscitada e depois dos vícios previstos no artº 410º nº 2 do Código do Processo Penal.

Por fim, das questões relativas à matéria de Direito.

As questões suscitadas no presente recurso são as referidas supra.

Antes, contudo, cumpre esclarecer o que verdadeiramente está em causa.

O recurso interposto é perfeitamente claro quanto ao seu objecto. Nele se pode ler:

“O recurso interposto pela Vodafone no âmbito do presente processo tem por objecto a sindicância de actos interlocutórios da AdC, adoptados em execução do mandado de busca e apreensão, por via dos quais a AdC procedeu à selagem e "bloqueio" de contas de acesso a sistema informático diversos colaboradores da Vodafone, bem como à apreensão de documentos não compreendidos nos âmbitos material e temporal do mandado, assim como de correspondência electrónica e documentos protegidos por sigilo profissional de advogado.

O recurso interposto pela Vodafone não tem por objecto a validade do Mandado do Ministério Público, não tendo, especialmente, por objecto a "legalidade (lawfulness), existência de indícios suficientes ou razoáveis (reasonable suspicion), necessidade e justificação material (substantive justification) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.”

É este o objecto do recurso.

Contesta-se a declaração de incompetência do Tribunal a quo, pura e simplesmente.

E contesta-se bem, diga-se.

Este Tribunal, neste mesmo processo já afirmou inequivocamente que o TCRS é o Tribunal materialmente competente para conhecer dos vícios decorrentes da execução do mandado de busca emitido pelo Ministério Público em matéria concorrencial.

Respiga-se, porque pertinente, da decisão proferida no apenso “D” destes autos:

“O Tribunal a quo discorre, aliás, sobre decisões deste Tribunal para, amiúde fora do contexto e fora do lugar, criticar decisões da instância superior e concluir pela justeza da sua posição.



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Mas, e para o que aqui interessa, é um exercício inglório. Este Tribunal, enquanto Tribunal Superior e de última instância, já afirmou o seu entendimento quanto à competência do TCRS para conhecer da execução do mandado. Aliás, as duas decisões referidas pelo Tribunal a quo, tiradas no processo 71/18.3YUSTR, apensos D e E, concluem ambas da mesma forma: o TCRS é competente para conhecer da forma da execução do mandado. A estes arestos acrescentamos agora a recente decisão do apenso “J” do mesmo processo (ao que sabemos ainda não publicada).

Tal posição poderá ser alterada quando existirem novos argumentos jurídicos convincentes (o que redundará numa evolução jurisprudencial sustentada) ou a própria lei mudar.

Para não nos alongarmos e para não repetir o que dizem aqueles arestos (sendo que dois deles, os apensos “E” e “J”, foram relatados pelo aqui relator) tudo se processa da seguinte forma:

- Por regra, em matéria contraordenacional, as decisões interlocutórias na fase administrativa não são recorríveis.

- Assim não acontece em matéria de concorrência onde as mesmas são, de facto recorríveis.

- É possível, pois recorrer de todos os actos e decisões da AdC.

- Já não é possível recorrer da emissão, por parte do Ministério Público, de um mandado de busca.

- De igual forma não é possível recorrer, na fase administrativa, do âmbito, dimensão e escopo do mandado. E a razão é simples: não existe estrutura recursal dentro do MP e mesmo a chamada intervenção hierárquica é limitada a situações específicas nas quais não se enquadrava o questionar a decisão de emissão de um mandado.

- Na fase administrativa do processo de contraordenação concorrencial e nesta matéria de buscas só podem existir recursos interlocutórios dos actos de busca levados a cabo. Podem as visadas recorrer para Tribunal da forma como o mandado é executado, das desconformidades da actuação da AdC. Num paralelismo simples: o MP produziu a decisão administrativa – a ordem de buscar – e esta é inatacável nesta fase. A AdC produz o acto administrativo – a execução da ordem – e é possível nesta fase questionar a forma como o acto



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

foi executado salientando qualquer discrepância entre o ordenado no mandado e o executado no terreno.

- Na fase administrativa é, em primeira linha, à AdC a quem compete seriar o resultado da busca. Competirá à AdC analisar se o que logrou obter na busca é ou não válido e, de acordo com esse juízo, incorporar ou não, a prova obtida na decisão em vigor.

- Caso os visados com a decisão da AdC discordarem da posição assumida podem recorrer para Tribunal (para o TCRS).

- Em Tribunal, na fase judicial, podem já os visados, para além dos demais argumentos, colocar em crise o próprio mandado. Podem, v.g., colocar em crise a sua oportunidade, o seu escopo e alcance, os seus objectivos e fundamentos e, claro está, a sua execução (caso não exista caso julgado sobre a mesma). Ou seja, na fase judicial, a liberdade de questionar é total.

Estas são as linhas gerais do funcionamento do mecanismo recursivo no que respeita às buscas em matéria de concorrência contraordenacional.

Assim sendo, não pode subsistir a posição afirmada”

E é isto que vale no caso concreto.

Aliás, mal se percebe porque é que o Tribunal a quo decidiu da forma que o fez. Fê-lo contrariando decisão expressa existente no mesmo processo sobre a mesma questão e fê-lo suportando-se em argumentos que nada têm a ver com a questão suscitada para, a final, declarando-se incompetente em razão da matéria, concluir que aquilo que o recorrente quer, na sua opinião, é colocar em crise o mandado do Ministério Público, o que equivale a conhecer daquilo que diz ser incompetente para conhecer.

Como salienta o Ministério Público na sua resposta e nós com a devida vénia transcrevemos:

“A sentença optou por aproveitar a fundamentação apresentada em decisões anteriores, ao invés de verter uma argumentação que tivesse em conta unicamente o caso concreto. Exemplo de texto sem relação com o caso concreto são as páginas 19 a 22, onde se ensaiou rebater o entendimento vertido no Ac. da RL de 71/18.3 YUSTR-E, o qual não estava em causa – cfr. em particular 38. a 44. e 47. a 52..



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Salvo o devido respeito, o ponto de partida da sentença assenta num equívoco que tem por consequência deturpar o sentido do recurso e a pretensão da recorrente. Esta constatação é demonstrada nos pontos 45. e 46. da p. 21 da sentença.

No ponto 45 a sentença dirige-se ao fundamento do recurso da Vodafone «Não obstante (...), o fundamento primacial da impugnação da decisão interlocutória de 22.01.2019, prende-se com o entendimento da visada, nos termos do qual a apreensão de documentos na sequência de diligência de buscas e apreensões contendeu, de forma inadmissível e não justificada, com o direito de sigilo da correspondência e de sigilo profissional de advogados e com o direito de defesa neste processo». A seguir a sentença dá um salto e assimila o fundamento do recurso a algo bem diferente que é a pretensão da recorrente. Como se não bastasse colocou na boca da arguida uma pretensão que esta declaradamente não formulou: «46. O centro nevrálgico desta posição da visada/recorrente neste recurso aquilata-se, de modo preclaro, na sua declarada pretensão em solicitar deste Tribunal a repetição do juízo que superintendeu à emissão do mandado pelo Ministério Público da Comarca de Lisboa.» (v. ainda 108., 109., 118., 121., 129. e 137.). A sentença fez assim uma interpretação do objecto do recurso, exercício não só desnecessário como, ressalvado o devido respeito, ilegítimo, uma vez que o recurso da Vodafone foi claro e expresso quanto à pretensão e fundamento da recorrente. E se alguma obscuridade houvesse, o tribunal tinha ao seu alcance a possibilidade de actuar o poder-dever de instar oficiosamente a arguida, no sentido de esta esclarecer o recurso em qualquer aspecto. Por outro lado, como resulta do resumo feito supra nos pontos 4. a 6. desta peça, não se verifica que a recorrente tivesse colocado mal a questão ou indicado incorrectamente o objecto do seu descontentamento perante a decisão intercalar da AdC. A própria AdC confirmou o sentido do objecto do recurso da Vodafone e a finalidade do mesmo. O próprio TCRS começou por admitir isso mesmo na sentença agora proferida e nas duas que a antecederam.

A construção daquele equívoco permitiu à sentença deixar de considerar como alvo do recurso a decisão da AdC de 22/01/2019, que de resto começou por anunciar, para direccionar a sua atenção sobre o teor e validade do mandado emitido pelo Ministério Público junto do DIAP de Lisboa (v. o facto provado em D. e os pontos 101., 108., 115., 118., 120., 129., 132.), conseqüente ao despacho do Ministério Público a que alude o facto provado C. (Trata-se, de resto, também aqui, de um exercício pouco claro e até inadmissível, porquanto na hipótese de questionar directamente a atuação do Ministério Público junto do DIAP de Lisboa, o que não é de todo o caso (e sobre essa atuação incidir a sua declaração de competência), então, nesse caso, a discussão teria de incidir sobre o despacho



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

do MP que ponderou a necessidade de realização de diligências de busca, exame, recolha e apreensão de prova nas instalações da Vodafone (v. o despacho de fls 212 a 214 a que alude o facto provado B., parte final, e o facto provado C) da sentença agora impugnada). É este despacho que titula e justifica o mandado de fls 211, sendo este último apenas um seu instrumento (arts. 106º, nº 1 e 111º, nº 3, a) do CPP), porquanto é o despacho que constitui o ato decisório do Ministério Público. A sentença assevera estar em causa a execução do mandado (v. os pontos 101., 108., 115., 118., 120., 129., 132.), ao mesmo tempo que vai referindo o despacho do MP (109., 121. a 124.) ou os dois (104.).

A partir deste redireccionamento/recentramento, a sentença estabeleceu uma relação directa com a sua (in)competência [em razão da matéria], ao ponto de afirmar que «82. A determinação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas nas instalações de visadas em processos sancionatórios do NRJC não corresponde a qualquer decisão da AdC, mas consubstancia, antes, um acto de competência jurisdicional do Ministério Público junto do DIAP de Lisboa.» (v. ainda 99., 1ª parte, 104.), e desse modo concluir que carece de competência para sindicar as decisões das autoridades judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18º, nº 1, c) e d) da LC (v. 57., 101., 111., 123., 132.).

Aparte a falta de rigor que com todo o respeito caracteriza a sentença – v.g., ora refere o mandado do MP (89., 105., 109., 111., 115.), ora refere as decisões das autoridades judiciárias (57. e 103.), confundindo um e outro (104.)³, é bom de ver que no presente caso apenas está em causa a decisão da AdC de 22/01/2019, entretanto esquecida pela sentença.”

Assim e em suma: com base em argumentos que nada têm a ver com a substância do recurso pois que a recorrente Vodafone nunca pretendeu – em consonância com jurisprudência fixada por este Tribunal – colocar em crise o mandado do Ministério Público, o Tribunal a quo acaba por declarar a sua incompetência com base em fundamentos que não são aqueles que constam do recurso que lhe foi presente.

De acordo com o art. 84º, nº 3 da LC «Das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão», norma esta que é congruente com o art. 112º, nº 1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário “LOSJ” «Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente susceptíveis de impugnação: a) Da Autoridade da Concorrência (AdC)». Consequentemente, ao declinar a competência para conhecer o recurso interposto



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

pela recorrente Vodafone, a sentença recorrida violou as normas contidas nos artigos 83º, nº 3 e 112º, nº 1, a) da LOSJ, bem como o disposto no art. 84º, nº 3 da LC.

Não pode, pois, subsistir a decisão.

*

IV – Dispositivo

Por todo o exposto, acordam os juízes que compõem a 3ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa em julgar provido o recurso apresentado e, em consequência, revogar a decisão proferida devendo esta ser substituída por outra que conheça das questões suscitadas pela recorrente.

Sem custas por não serem devidas.

Notifique.

Acórdão elaborado pelo 1º signatário em processador de texto que o reviu integralmente sendo assinado pelo próprio e pelos Venerandos. Juízes Adjuntos..

Lisboa e Tribunal da Relação, 21 de Dezembro de 2022

Rui Miguel de Castro Ferreira Teixeira

-Relator por vencimento -

Ana Paula Grandvaux

-Relatora Vencida conforme declaração que anexa -

- Alfredo Gameiro Costa -

-2º Adjunto -



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

Votei vencida pelos seguintes razões:

Como se pode ver no Acórdão desta Relação, referente ao processo ora em apreço com o nº 18/19.0YUSTR, a tese vencedora foi no sentido de dar provimento ao recurso do M.P e ao recurso da visada Vodafone, entendendo-se que ao Tribunal *a quo* (TCRS) assiste competência para apreciar e decidir de mérito, as questões colocadas no recurso interposto pela Vodafone da decisão da AdC de 22.1.2019.

Entendeu-se assim dever ser revogada a decisão recorrida – em que o Tribunal recorrido (TCRS) se declarou incompetente materialmente, por estarem a ser sindicados com a interposição desse recurso, actos da AdC praticados ao abrigo dos artigos 18º/2, 20º e 21º da Lei da Concorrência e o TCRS carecer de competência para fazer o controlo jurisdicional (sindicar) dos actos do M.P, autor dos mandados de busca, junto do DIAP de Lisboa a cumprir pela AdC - e dever ser a mesma substituída por outra decisão, em que o TCRS conheça de mérito, analisando e decidindo todas as questões colocadas pela arguida Vodafone que constituem o objecto do seu recurso, as quais se entendeu que se impunha conhecer, uma vez que foram apurados factos no decurso do julgamento na 1ª instância, suficientes e idóneos para habilitar o TCRS a decidir sobre tais questões.

Não acompanhamos tal entendimento e subscrevemos antes a fundamentação expressa na decisão recorrida, que subjaz à declaração de incompetência material sustentada pela Tribunal *a quo*.

Na verdade, ambos os recorrentes (M.P e Vodafone) vieram insurgir-se contra a declaração de incompetência manifestada pelo TCRS na sentença recorrida de 24.1.2022, assumindo ambos, que o TCRS ao declinar ali a competência para conhecer do mérito do recurso interposto pela visada Vodafone, violou as normas contidas no artº 84º, nºs 1 e 3, da Lei nº 19/2012, de 8 de Maio ("LdC"), bem como o disposto no artigo 112º, nº 1, al. a), da Lei nº 62/2013, de 26 de Agosto ("LOSJ").

Mas resulta claro para nós que não lhes assiste razão.

Em 1º lugar, de acordo com o artº 84º, nº 3 da LC «*Das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*», norma esta que se conjuga com o artº 112º, nº 1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário "LOSJ" «*Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente*



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

suscetíveis de impugnação: a) Da Autoridade da Concorrência (AdC)».

É por isso pacífico, sendo aceite pelo TCRS, o entendimento de que a decisão interlocutória da AdC de 22/01/2019 é recorrível, como decorre a contrario do artº 84º, nº 1 e nº 2 da LC, sendo sujeita ao regime do artº 85º da LC.

E assim sendo, entendemos que no caso em apreço, ao contrário do invocado pelos recorrentes, o recurso da Vodafone da decisão proferida em 22.1.2019 pela AdC, foi aceite e apreciado pelo TCRS, apenas o que sucedeu, foi que não houve uma decisão de mérito por esse Tribunal sobre o objecto desse recurso, mas antes foi proferida uma decisão formal, consistente em se declarar incompetente para julgar de mérito.

E deste modo, entendemos que não houve aqui qualquer violação por parte do TCRS das normas contidas nos artigos 83º/3 e 112º/1 a) da LOSJ, nem do disposto no artº 84º/3 da LC, pois o TCRS ao declarar-se incompetente para emitir uma pronúncia de mérito, acerca das questões que integram o objecto do recurso a Vodafone, não deixou de apreciar e conhecer desse recurso – a recusa de emitir uma pronúncia de mérito, não deixa de ser uma decisão de conhecimento do recurso (embora de natureza formal).

Melhor dizendo, não vale defender como fizeram os recorrentes, que pelo facto de a decisão do TCRS proferida em 24.1.2022, ter sido no sentido de se declarar incompetente em razão da matéria, para se pronunciar de mérito quanto às questões colocadas pela recorrente Vodafone, que então “o TCRS recusou apreciar o recurso da Vodafone interposto da decisão da AdC de 22.1.2019”, pois que a declaração de incompetência não deixa de ser uma decisão, embora de natureza formal.

Improcede assim a argumentação/fundamentação apresentada no recurso do M.P e da visada Vodafone neste concreto ponto.

Em segundo lugar, realidade que foi sublinhada e bem pelo Tribunal *a quo*, o que a visada Vodafone provocou, foi a emissão de uma decisão interlocutória proferida pela AdC em 22.1.2019, na sequência de requerimentos apresentados na pendência das próprias diligências de busca e apreensão, antes do término destas e antes de ocorrer qualquer apreensão afectiva de documentos.

Ora pela decisão de 22.1.2019, a AdC ao defender a validade, legalidade e regularidade das diligências de busca e apreensão, não proferiu uma decisão que tivesse inovado ou alterado a ordem jurídica (não é uma decisão constitutiva de direitos), mas sim tratou-se de uma decisão “meramente declarativa” já que se limitou a reconhecer algo que já existia na realidade.

Significa isto, como bem ficou dito na decisão recorrida, que a AdC não se arrogou poderes mais invasivos de direitos, liberdade e garantias do que aqueles que o M.P e os órgãos de polícia criminal dispões em processo penal e todos os actos que exerceu foi enquanto “mandatária”, tratou-se de levar a cabo poderes e medidas, exercidos no âmbito de um mandado emitido por uma



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

autoridade judiciária – o M.P – com competência (criminal) para o efeito.

Nestes termos, importa desde já dizer, que entendemos ter o TCRS razão, quando defende não possuir competência para emitir uma pronuncia de mérito, quanto às questões colocadas pela Visada Vodafone nos referidos requerimentos de 11.12 e de 13.12.2018, que foram indeferidas pela AdC em 22.1.2019, tendo esse indeferimento motivado recurso dessa decisão da visada Vodafone para o TCRS - a saber, questões como “o efeito útil do recurso da visada” a “violação por parte da AdC, dos limites temporal e material do mandado do M.P de 10.12.2018” a “A violação do segredo profissional” e “ O bloqueio ilegal do acesso ao sistema informático da Vodafone, imposto pela AdC aquando das buscas”.

Assim o que na realidade resulta claro, ao contrário do defendido pelos dois recorrentes, é que o TCRS simplesmente entendeu que no caso em apreço, não detém competência material para emitir pronúncia sobre questões colocadas no recurso da Visada Vodafone, relativas a irregularidades/ilegalidades de actos em concreto praticados pela AdC, cuja sindicância implicaria necessária e directamente efectuar uma avaliação e juízo de valor, sobre a validade e extensão (material e temporal) de mandados de busca emitidos pelo M.P no exercício de um poder legítimo e autónomo.

Porque no fundo, a visada Vodafone veio arguir foi a invalidade, ilegalidade e irregularidade dos actos preparatórios e de execução antecedentes de uma eventual decisão de apreensão por parte da AdC, isto é, acabou por fazer incidir a sua impugnação sobre actos da AdC executórios do mandado de busca e apreensão do M.P emitido em 10.12.2018.

Com efeito, a visada Vodafone mais não pretende do que ver invalidadas as buscas realizadas à sua sede, e que para tal, seja reconhecido judicialmente pelo TCRS, que as diligências de busca e apreensão que foram realizadas pela AdC extravasaram os limites materiais e temporais do mandado do MP (conclusões 88. e 89.), que a AdC acedeu ao conteúdo de correio eletrónico com violação do sigilo profissional de advogado (conclusões 91. a 95.) e procedeu ao bloqueio ilegal de certas contas do correio eletrónico (conclusões 96. a 100.), razão pela qual a sentença enfermava de erro de apreciação.

O que resulta da leitura atenta da sentença recorrida é assim que o TCRS não recusa, face ao regime que resulta do artº 84º/3 da LC e o artº 112/1 a) e nº 2 al b) da LOSJ, a competência para apreciar e decidir o mérito dos recursos interpostos de decisões interlocutórias da AdC, desde que essas decisões configurem o exercício de uma função própria, autónoma e funcionalizada, no exercício das competências sancionatórias que estejam legalmente atribuídas à AdC.

Apenas entendeu esse Tribunal *a quo*, que no caso em apreço, “*a determinação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas nas instalações de visadas em processos*



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

sancionatórios do NRJC (no caso a visada Vodafone), não corresponde a qualquer decisão da AdC, mas consubstancia antes, um acto de competência jurisdicional do M.P junto do DIAP de Lisboa.

Com efeito, o Sr. Juiz do TCRS começou por sublinhar que para assegurar a tutela e dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexas com a vida privada, do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações, o legislador veio atribuir competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma às autoridades judiciais, com competência em matéria criminal (Ministério Público e JIC), para as diligências de busca e apreensão de documentos de visados em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC – assim para as diligências previstas no artº 18º/1 d) e d) e artº 19º e 20º do NRJC, é competente o M.P ou quando expressamente previsto, o JIC, ambos da área da sede da AdC

E mais adiante, tal como resultou bem expresso na fundamentação da decisão recorrida, em argumentação que aqui subscrevemos:

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

E no seguimento desta posição veio ainda defender o TCRS o seguinte: *“(…) que é à autoridade judiciária competente para a emissão do mandado quem cabe controlar a respectiva execução, seja por acto próprio seja por sindicância da visada.*

Outra conclusão interpretativa não se pode retirar da obrigatoriedade de sujeitar as apreensões efetuadas pela Autoridade da Concorrência, não previamente autorizadas ou ordenadas, à validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas conforme se dispõe expressamente no artº 20º, nº 3 do NRJC.

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

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

A inexistir validação e a ocorrer preterição do artº 20º, nº 3 do NRJC, tal omissão deve seguir o mesmo regime de arguição da ilegalidade, invalidade ou irregularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público.

Se existiu validação da apreensão, admitir a competência do TCRS para conhecer da legalidade,



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

validade ou irregularidade da apreensão mais não será que um acto a non domino por invasão da competência das autoridades judiciárias competentes em matéria criminal.

Se duplicarmos estas instâncias de controlo da execução do mandado estaremos, precisamente (...), a admitir, contra legem, que este mesmo Tribunal possa conhecer, afinal, de matéria que o NRJC atribuiu exclusivamente às autoridades judiciárias competentes em matéria criminal. (...)

Consideramos por fim, também assistir inteira razão ao TCRS, quando defende não fazer sentido distinguir, como fizeram os recorrentes, a sindicância da validade do mandado do M.P emitido em 10.12.2018, da sindicância sobre a validade da execução desse mandado, e secundamos aqui a argumentação constante da sentença recorrida, que fazemos nossa e aqui deixamos transcrita por considerarmos a mesma inteiramente lúcida e coerente:

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

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

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

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

*Efectivamente, o impulso da AdC na solicitação da emissão de mandado à luz do artº 19º do NRJC não pode ser confundido com o exercício de **competência jurisdicional própria, exclusiva e***



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

autónoma das autoridades judiciárias com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC.

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

A decisão de 22.1.2019 não se tratou de uma decisão da AdC tomada no âmbito da sua competência própria de proceder às diligências de busca e apreensão.(...)”.

Concordamos inteiramente com tal fundamentação.

Pretender como fizeram os recorrentes, autonomizar a sindicância dos actos praticados pela AdC, que agiu a coberto de mandados de busca emitidos pelo M.P junto do DIAP de Lisboa em 10.12.2018, da análise do conteúdo e extensão desses mesmos mandados emitidos pelo M.P e defender que é possível fazer a sindicância daqueles actos da AdC, sem colocar em causa a própria validade e lesividade dos mandados emitidos pelo M.P, é pura ficção e uma mera abstracção.

Como nos afigura ser claro, os vícios a que se refere a Vodafone no recurso de impugnação da decisão da AdC de 22.11.2019, e em relação aos quais veio reclamar uma decisão de mérito por parte do TCRS, naturalmente que se dirigem não à decisão em si proferida pela AdC em 22.1.2019, mas antes aos actos praticados pela AdC, no decurso das diligências probatórias que esta entidade levou a cabo entre 11.12.2018 e 21.12.2018 (sendo indiscutível que por via daquela decisão de 22.1.2019 a AdC apenas se limitou a confirmar/declarar que aqueles actos não padeciam dos vícios invocados pela visada Vodafone).

Por isso, não perdendo embora de vista que aquilo que constitui o cerne do recurso interposto pela Vodafone para o TCRS é a decisão da AdC de 22.1.2019, convém lembrar também que esta não se trata de uma simples e autónoma decisão, proferida por aquela entidade no uso normal dos seus poderes e competências legalmente atribuídos – sendo antes uma decisão cujo objecto consistira em apreciar e refutar a existência de vícios que a visada Vodafone no processo de contra-ordenação, na sua fase administrativa, viera imputar aos actos praticados pela AdC no decurso de diligências de busca e apreensão realizadas por



Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G
1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

esta entidade entre os dias 11.12.2018 e 21.12.2018, em cumprimento de mandado emitido pelo M.P da comarca de Lisboa no dia 10.12.2018, no âmbito do PCR 2018/5.

Pelo que sendo assim, o que está verdadeiramente em causa nesse recurso da Vodafone, são esses actos levados a cabo pela AdC e que a visada reputa serem ilegais e queria ver reconhecidos enquanto tal e serem em consequência os mesmos declarados inválidos.

Explicando por outras palavras, todos os intervenientes nos presentes autos, reconhecem que a AdC no âmbito da fase administrativa dos processos de contra-ordenação, desempenha um papel semelhante ao do M.P, no âmbito dos inquéritos no processo crime e como tal, não pode pretender ter “rédea solta”, carecendo a sua actividade de ser devidamente fiscalizada por uma entidade judicial.

Sucedo porém que essa fiscalização, terá que ser realizada pela entidade competente para o efeito, e nem sempre será necessariamente o TCRS, nomeadamente como sucede no caso em apreço, sempre que no âmbito da realização de diligências probatórias, a AdC for actuar, legitimada e limitada por mandados emitidos pelo M.P, uma entidade com competência criminal.

Na verdade, no caso dos presentes autos, as diligências probatórias realizadas entre os dias 11.12.2018 e 21.12.2018, contra as quais a visada Vodafone veio insurgir-se (alegando serem lesivas dos seus direitos liberdades e garantias, além de também entender não estarem sequer devidamente autorizadas pela entidade competente para o efeito), e que foram objecto de apreciação pela AdC na sua decisão de 22/01/2019, não são umas diligências quaisquer, levadas a cabo por livre e autónoma iniciativa e vontade da AdC.

Foram como já se disse, diligências praticadas pela AdC a coberto de mandados emitidos pelo M.P autoridade esta que detém uma competência criminal própria e específica para o efeito e que pode ser também ela sindicada quer hierarquicamente quer judicialmente (Tribunal de Instrução Criminal) sempre que os cidadãos entenderem que a sua actividade (e nomeadamente os mandados emitidos no caso em apreço, em 10.1.2018) é lesiva dos seus direitos, liberdade e garantias.

Mas seguramente, como bem se argumenta na decisão recorrida, não é o TCRS que não é um Tribunal com competência criminal, que poderá efectuar essa sindicância, por exactamente carecer de competência material para tal fiscalização.



Processo: 18/19.0YUSTR-C.L3

Referência: 19382856

Lisboa - Tribunal da Relação

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G

1100-038 Lisboa

Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Recurso Penal

E sendo assim, bem decidiu aquele TCRS, quando por essa razão, se absteve de emitir pronúncia sobre as questões colocadas pela recorrente Vodafone as quais directamente colocavam em causa aqueles mandados do M.P.

Por tudo o acima exposto, inexistem em nosso entendimento razões para discordar da fundamentação constante da decisão recorrida, pelo que a nossa posição que não obteve consenso, era a de manter essa decisão recorrida de 24.1.2022 na íntegra, por não haver quanto a nós qualquer motivo para a sua revogação e nada haver a censurar à mesma.

Ana Paula Grandvaux