

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

* * *

“FÁBRICA DE PAPEL DO AVE, S.A.” pessoa colectiva nº 500107181 com sede em Zona Industrial de Ovar, concelho de Ovar, interpôs, ao abrigo do disposto nos arts. 50º, nº 2, da Lei 18/2003 de 11 de Junho e 55º, nº 2, do Dec.lei 433/82 de 27 de Outubro (RGCOOC), recurso da decisão da “AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA” (AdC) de 28 de Março de 2007 que indeferiu o requerimento de arguição de nulidades apresentado pela arguida em 26 de Janeiro de 2007 relativas às buscas que foram efectuadas às suas instalações em 16 de Janeiro de 2007. -----

Começa a arguida por invocar que o seu requerimento foi indeferido por ser extemporâneo, quando tal extemporaneidade não se verifica dado que o prazo de arguição é o previsto no art. 119º do Cod. Proc. Penal e não o previsto no art. 120º e 123º do mesmo diploma. ---

Quanto à questão de fundo sustenta que a autoridade recorrida efectuou as buscas com base num mandado emitido por um Magistrado do Ministério Público quando tais buscas têm de ser autorizadas por um Magistrado Judicial atento o disposto nos arts. 32º, nº 8 e 34º, nº 1 a 4, da Constituição da República Portuguesa, justificando-se com o facto de as buscas constituírem uma limitação ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio e com a inexistência de uma norma legal que atribua ao Ministério Público competência para emitir mandados quando há suspeitas da prática de uma contra-ordenação. ---

Acrescenta que na busca foi apreendida correspondência e houve ingerência nas telecomunicações, em violação do disposto no art. 32º, nº 8 e 34º, nº2, ambos da Constituição da República e no nº 1 do art. 42º do RGCOOC. ---

Invoca ainda a arguida terem sido violados os limites temporais pressupostos do mandado emitido e terem sido apreendidos documentos que nem sequer existiam em momento anterior ao das buscas, tendo sido criados a pedido dos instrutores da AdC. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

A AdC apresentou as suas alegações nas quais reitera que o requerimento de arguição de nulidades apresentado pela arguida é extemporâneo. Quanto à questão de fundo invoca que não esteve em causa uma busca domiciliária nem foi apreendida correspondência pelo que não havia necessidade de um mandado emitido por um juiz. ---

Acrescenta que não foram ultrapassados os limites temporais do mandado e que o documento que não existia antes das buscas foi solicitado pela AdC no âmbito dos poderes que lhe são conferidos pelo art. 17º, nº 1 e 3, da Lei 18/2003. ---

*

Com interesse para a decisão do presente recurso há que considerar, face aos documentos juntos aos autos, os seguintes factos: ---

1 – No dia 16 de Janeiro de 2007 a AdC realizou diligência de busca e apreensão de documentos nas instalações da arguida, na qual foram apreendidos, entre outros, os documentos juntos aos autos a fls. 147 a 655. ---

2 – O mandado a autorizar a realização da busca foi emitido em 10 de Janeiro de 2007 pelo Ministério Público de turno no Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa (doc. fls. 142). ---

3 – E foi emitido na sequência do despacho do mesmo Ministério Público que se mostra junto a fls. 143 e que aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

4 – No dia 26 de Janeiro de 2007 a arguida suscitou junto da AdC a invalidade dos mandados invocando que estão em causa buscas domiciliárias pelo que deveriam ter sido autorizadas por um juiz e não pelo Ministério Público, que foi indevidamente apreendida correspondência e houve intervenção ilícita em telecomunicações, que foram ultrapassados os limites temporais pressuposto do mandado e foram apreendidos documentos que nem sequer existiam em momento anterior ao das buscas, tendo sido criados a pedido dos instrutores da AdC (doc. fls. 657). ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

5 – Por decisão datada de 28 de Março de 2007 a AdC julgou improcedente a invalidade dos mandados de busca e apreensão (doc. fls. 680). ---

6 – Tal decisão foi notificada à arguida no dia 2 de Abril de 2007 (doc. fls. 695). ---

7 – No dia 18 de Abril de 2007 a arguida apresentou o presente recurso (fls. 5). ---

*

Da extemporaneidade do requerimento apresentado à AdC de arguição de nulidades

Entende a arguida que as buscas ilegais por violação do domicílio e por intromissão na correspondência configuram proibições de prova que embora não se reconduzam ao regime das nulidades processuais devem ser equiparadas ao regime das nulidades insanáveis. Mesmo que assim se não entenda sempre devem ser consideradas nulidades sanáveis e nunca irregularidades, pelo que é forçoso concluir que foram tempestivamente arguidas junto da Autoridade recorrida. ---

Atendendo às alegações da arguida no que concerne aos vícios que imputa às buscas há que considerar aqui três normas do Cod. Proc. Penal. O art. 177º, cujo nº 1 dispõe que as buscas domiciliárias não autorizadas pelo juiz estão feridas de nulidade. O art. 179º, cujo nº 1 dispõe que a apreensão de correspondência não autorizada pelo juiz está ferida de nulidade. O art. 189º que dispõe que a interceptação de comunicações telefónicas não autorizadas pelo juiz estão feridas de nulidade. ---

A AdC sustenta que o prazo para arguição de irregularidades e nulidades no âmbito de uma diligência de busca não se deve confundir com o prazo para arguir nulidades ou irregularidades no processo de contra-ordenação, devendo ser arguidas no próprio acto ou nos três dias subsequentes, nos termos dos arts. 120º, nº 1 e 3 e 123º, nº 1, ambos do Cod. Proc. Penal. Invoca a este respeito o Assento 1/2003 sustentando que, por força de tal assento, o direito de defesa previsto no art. 50º do RGCOG é o que resulta da notificação da nota de ilicitude e não das diligências de busca e apreensão. ----

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Com o devido respeito não se compreende esta argumentação da AdC nem a interpretação que a mesma parece fazer dos direitos de defesa da arguida. Com efeito, do alegado pela AdC parece resultar que a mesma entende que a arguida só tem direitos (de defesa) a partir do momento em que é notificada da nota de ilicitude, posição que não se pode aceitar e que não encontra acolhimento no nosso ordenamento jurídico. Qualquer pessoa, singular ou colectiva, tem, à partida, um núcleo de direitos, que, se forem de algum modo afectados, pode defender, independentemente da fase processual em que se encontrar o processo no âmbito do qual tais direitos forem postos em causa. A aceitar-se a posição da AdC teríamos de concluir que, até ser notificada da nota de ilicitude, a arguida não poderia reagir contra actos da Autoridade, independentemente da sua natureza, o que significaria que a Autoridade teria ampla e absoluta liberdade para coarctar, do modo que muito bem entendesse, tais direitos, sem estar sujeita a qualquer tipo de controle, o que viola manifestamente os princípios fundamentais de um Estado de Direito Democrático. ---

Por outro lado, nada na lei permite diferenciar o regime e prazo de arguição de irregularidades e nulidades imputadas a diligências de busca das nulidades ou irregularidades no processo de contra-ordenação. O regime dos vícios é um só, sendo apenas distinto consoante a natureza do vício invocado, não da natureza do acto ou do momento da sua prática. ---

A arguida invoca vários vícios. No que concerne aos vícios resultantes da inexistência de mandados emitidos por um juiz, de violação do domicílio, de apreensão de correspondência, de apreensão de documentos não abrangidos pelo mandado (equivalente portanto à inexistência de mandado) e de interferência ilícita em telecomunicações, conforme resulta das disposições *supra* citadas, estão em causa nulidades. Fica, pois, desde logo afastado o regime aplicável às irregularidades processuais previsto no art. 123º do Cod. Proc. Penal. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

A arguida tece longas considerações sobre a questão de se tratar de uma nulidade equiparável às nulidades insanáveis dado as nulidades de prova não poderem ser consideradas nulidades processuais. Pese embora o Tribunal discorde em absoluto da tese da arguida, tal questão é aqui absolutamente inócua conforme se passa a expôr. ---

Vigora entre nós, no que concerne às nulidades, o princípio da tipicidade, princípio esse que tem duas vertentes: um acto só é nulo quando a nulidade for expressamente cominada na lei (art. 118º, nº 1) e a nulidade só é insanável se a lei a cominar como tal (art. 119º). ---

Ora a nulidade das buscas domiciliárias resultantes da falta de autorização do juiz está prevista no art. 177º, nº 1, que não a qualifica como insanável, o mesmo sucedendo com as nulidades referentes à apreensão de correspondência e à interferência em telecomunicações (arts. 179º e 189º). Nenhuma destas nulidades está elencada no art. 119º. Por conseguinte, é forçoso concluir que estão em causa nulidades sanáveis, isto é, nulidades dependentes de arguição (neste sentido Ac. RP de 17-11-04, Proc. 0414002). ---

Por sua vez, não se tratando de nulidades enunciadas no art. 120º, nº 2, os prazos de arguição previstos no art. 120º, nº 3, não se podem considerar aplicáveis. Daqui resulta que qualquer das nulidades aqui em causa pode ser arguida no prazo de 10 dias, nos termos do art. 105º, nº 1, do Cod. Proc. Penal, contado, obviamente, a partir da data em que as buscas se realizaram (neste sentido Ac. RC de 06-12-06, Proc. 264/06.6JELSB-A.C1). ---

No caso dos autos as buscas na sede e estabelecimento da arguida realizaram-se no dia 16 de Janeiro de 2007, tendo a arguida suscitado as nulidades que entende inquinarem as mesmas em requerimento dirigido à AdC a 26 de Janeiro de 2007. Significa isto que a arguida suscitou as nulidades aqui em causa no prazo de 10 dias previsto no art. 105º do Cod. Proc. Penal, ou seja, a arguição é tempestiva. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Concluindo-se pela tempestividade da arguição das nulidades não há que tecer quaisquer outras considerações sobre esta matéria, designadamente no que toca à equiparação das nulidades atinentes aos meios proibidos de prova às nulidades insanáveis. ---

Já no que toca à questão da apreensão de documentos que ainda não haviam sido produzidos na data da realização das buscas, tendo sido criados a pedido dos instrutores das buscas (listagem de empresas manuscritas por um director da arguida a pedido da AdC), a situação é outra. Ao contrário do que pretende a arguida, não está aqui em causa a apreensão de um documento na sequência das diligências de busca. ---

A AdC, no exercício dos seus poderes de inquérito e instrução, pode solicitar *documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos* (art. 17º, nº 1, al. a), da Lei 18/2003). O que terá sucedido no presente caso foi que a AdC, ao realizar as buscas, solicitou a um director da arguida determinadas informações que este voluntariamente terá prestado. Tais informações prestadas não são nem podem ser consideradas como documento apreendido à arguida, nem terão, por conseguinte, o valor probatório que têm os documentos apreendidos nas buscas. O “documento” em questão equivale a um depoimento testemunhal reduzido a escrito e só como tal pode ser valorado. ---

Não está, pois, em causa, a apreensão de um documento nem, por conseguinte, se pode enquadrar o mesmo no âmbito das apreensões efectuadas à documentação da arguida. ---

Consequentemente, a argumentação da arguida, nesta parte, é manifestamente improcedente, não se verificando qualquer das nulidades invocadas pela arguida relativa aos meios proibidos de prova no que concerne a tal listagem por não se tratar de um documento apreendido à arguida. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Da natureza das buscas e da autoridade judiciária competente para as ordenar

Para apreciar a questão que aqui se coloca vamos começar por traçar em linhas gerais o direito nacional aplicável para, depois, determinar se a interpretação que do direito nacional se faz colide com o art. 8º da CEDH e/ou com alguma interpretação que do mesmo é feita. ---

A Lei 18/2003 equipara a AdC aos órgãos de polícia criminal, conferindo-lhe designadamente competência para proceder a buscas nas instalações das empresas [art. 17º, nº 1, al. c)]. Precisa porém o nº 2 do mesmo preceito que a realização das buscas depende de despacho da autoridade judiciária que autorize a sua realização. -

Dado o modo como o legislador regulou esta matéria, há que recorrer ao direito processual penal, aplicável, como se referiu *supra*, subsidiariamente. ---

Resulta do art. 174º, nº 2, do Cod. Proc. Penal, que, sempre que haja indícios da prática de uma infracção criminal e de que num determinado local, reservado ou não livremente acessível ao público, se encontram quaisquer objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova, pode ter lugar uma busca, precedida do necessário despacho da autoridade judiciária competente (despacho que pode ser, num primeiro momento e em determinadas situações dispensado, casos que não vão ser objecto de análise por não relevarem para os autos). ---

Como regra, as buscas têm lugar no decurso do inquérito, fase processual destinada à prática dos actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão sobre a acusação (art. 262º do Cod. Proc. Penal). Sendo este o objectivo do inquérito, nele estão compreendidas todas as diligências destinadas a investigar a existência de um crime, a identificar dos seus agentes e respectiva responsabilidade e a descobrir e recolher a prova necessária. --

O titular da acção penal é o Ministério Público, a ele cabendo a direcção do inquérito (art. 263º, nº 1, do Cod. Proc. Penal), ou seja, é ao Ministério Público que cabe seleccionar e recolher a prova, assistido pelos órgãos de polícia criminal. Por conseguinte, quando o art. 174º, nº 2, faz depender as buscas de prévio despacho da

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

autoridade judiciária competente, está-se a referir ao Ministério Público (cfr. art. 267º e, quanto à definição de autoridade judiciária, art. 2º, ambos do Cod. Proc. Penal). ---

Há porém determinados actos que, quando praticados na fase de inquérito, dependem de autorização do juiz de instrução. Trata-se daqueles actos que em razão da sua natureza e gravidade contendem directamente com direitos fundamentais (art. 268º do Cod. Proc. Penal). ---

Dentro do núcleo de actos da competência do juiz de instrução na fase de inquérito incluem-se as autorizações para realização de buscas domiciliárias: *A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as sete e as vinte e uma horas, sob pena de nulidade* (art. 177º do Cod. Proc. Penal). ---

O cerne da questão *sub iudice* é precisamente definir o que se entende por busca domiciliária, sendo certo que, para dar resposta a esta questão, há que interpretar o art. 34º da Const. Rep. Portuguesa que consagra como direito fundamental a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e que, por conseguinte, está em estreita conexão com a regra processual em análise. ---

Dispõe o citado preceito constitucional, nos seus nº 1 e 2, que: ---

O domicílio e o sigilo de correspondência e os outros meios de comunicação privada são invioláveis.

A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei.

Sobre o conteúdo deste direito Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam: "A Constituição continua a regular no mesmo preceito, desde a redacção originária, o direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à inviolabilidade de correspondência (e outros meios de comunicação privada). A proclamação destes direitos como «invioláveis» e a sua associação para efeitos de positivação normativo-constitucional justifica-se por haver, em ambos os direitos, a protecção

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

de bens jurídicos fundamentais comuns (dignidade da pessoa, desenvolvimento da personalidade, e sobretudo garantia da liberdade individual, autodeterminação existencial, garantia da privacidade nos termos do art. 26º)" (*in* Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., Vol. I, p. 539). ---

Os mesmos autores, reconhecendo as dificuldades na definição do objecto da inviolabilidade, acrescentam: "Tendo em conta o sentido constitucional deste direito, tem de entender-se por domicílio, desde logo, o local onde se habita - a habitação -, seja permanente, seja eventual; seja principal ou secundária. Por isso, ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (mas, certamente incluindo também as habitações precárias, como tendas, «roulottes», embarcações), abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) ou, ainda, os locais de trabalho (escritórios, etc.). Dada a sua função constitucional, esta garantia deve estender-se quer ao domicílio voluntário geral, quer ao domicílio profissional (Ccivil, arts. 82º e 83º). A protecção do domicílio é também extensível, na medida do que seja equiparável, aos locais de trabalho (escritórios, etc.)." (*op. cit.*, p. 540). ----

O domicílio é, pois, visto como a projecção espacial da pessoa, pretendendo-se com a consagração da sua inviolabilidade, assegurar a protecção da dignidade humana, ou seja, a protecção do domicílio radica na personalidade humana e na necessidade de garantir o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Em suma, está em causa o direito à liberdade da pessoa. ---

O Tribunal Constitucional tem definido o domicílio a que se alude neste artigo como "a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde recatada e livremente, se desenvolve uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar" (Ac. TC 452/89, publicado no DR, I série, de 22 de Julho de 1989, citado em abundância por outros arestos daquele tribunal). ---

Assim configurado o direito em análise, não podemos deixar de acatar o entendimento dos já citados autores de que "Os titulares do direito à inviolabilidade

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

de domicílio são as pessoas físicas que habitam uma residência, independentemente das relações jurídicas subjacentes (ex: propriedade, arrendamento, posse) e da respectiva nacionalidade. Esta titularidade estende-se a todos os membros da família e a pessoas com estatuto especial (ex: detidos, internados), devendo as eventuais restrições resultar da lei e serem justificadas pelas razões constantes deste preceito constitucional (matéria de processo criminal)." (op. cit., p. 541). ----

Aqui chegados importa agora analisar em que medida este direito é extensível às pessoas colectivas através da equiparação de domicílio à sede social. --

É indiscutível que também as pessoas colectivas são titulares de direitos fundamentais. Com efeito, dispõe o art. 12º, nº 2, da Const. Rep. Portuguesa, que *As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*. Adoptou, pois, a nossa Constituição uma concepção de direitos fundamentais não centrada exclusivamente sobre os indivíduos. ---

Mas, desta atribuição de direitos fundamentais às pessoas colectivas, não decorre directa e necessariamente que lhes seja aplicável a garantia da inviolabilidade do domicílio, nem o mesmo é defendido por Gomes Canotilho e Vital Moreira na última edição da obra supra citada. A propósito do art. 12º, nº 2, dizem estes autores que "As pessoas colectivas não podem ser titulares de todos os direitos e deveres fundamentais; mas, sim, apenas daqueles que sejam compatíveis com a sua natureza (nº 2, *in fine*). Saber quais são eles, eis um problema que só pode resolver-se casuisticamente. Assim, não serão aplicáveis, por exemplo, o direito à vida e à integridade pessoal, o direito de constituir família; já serão aplicáveis o direito de associação, a inviolabilidade de domicílio (pelo menos em certa medida) (ver nota art. 34º), o segredo de correspondência, o direito de propriedade. (...) É claro que o ser ou não ser compatível com a natureza das pessoas colectivas depende naturalmente *da própria natureza de cada um dos direitos fundamentais*, sendo incompatíveis aqueles direitos que não são concebíveis a não ser em conexão com as pessoas físicas, com os indivíduos..." (op. cit., p. 330-331). ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Continuando a citar os mesmos constitucionalistas "Já é muito duvidoso que a protecção da sede das pessoas colectivas (Ccivil, art. 159º) ainda se enquadre no âmbito normativo constitucional da protecção do domicílio, porque, em princípio, não está aqui em causa a esfera da intimidade privada e familiar em que se baseia a inviolabilidade do domicílio. (...) Já quanto às pessoas colectivas, a protecção que é devida às respectivas instalações (designadamente quanto à respectiva sede) contra devassas externas não decorre directamente da protecção do domicílio, de cuja justificação não compartilha, como se viu acima, mas sim do âmbito de protecção do direito de propriedade e de outros direitos que podem ser afectados, como a liberdade de empresa (...)" (op. cit, p. 540-541). ---

Tendo em mente a natureza do direito assegurado pela garantia da inviolabilidade do domicílio, não se pode deixar de concluir que o mesmo não é compatível com a natureza das pessoas colectivas. Estando em causa no art. 34º o domicílio visto como a projecção espacial da pessoa e pretendendo-se com a proibição consagrada assegurar a protecção da dignidade humana e garantir o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (ideia que sai ainda mais reforçada se atentarmos no nº 3 do art. 34º), não pode aceitar-se que a sede de uma pessoa colectiva esteja aqui incluída. ---

Neste sentido se pronunciou Martins da Fonseca que, depois de aludir à referência que o nº 2 do art. 34º faz ao "domicílio dos cidadãos", e concluir que do mesmo estão forçosamente excluídas as pessoas colectivas, e à referência que o nº 3 do mesmo artigo faz à "noite", e concluir que do mesmo resulta que se quis proteger a intimidade do cidadão e a sua liberdade individual e familiar, é peremptório ao afirmar que "as sedes das pessoas colectivas não são abrangidas pela garantia prevista na disposição em apreço. De anotar, em relação às pessoas colectivas, que aí nunca se pretende acautelar a privacidade do cidadão. Trata-se de direito de que uma pessoa colectiva não pode em caso algum ser titular." ("Conceito de Domicílio face ao art.34º da Constituição da República", in Revista do Ministério Público, nº 45, p. 62-63). ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Também a Procuradoria-geral da República, em parecer emitido a propósito do enquadramento jurídico das buscas a efectuar no domínio do direito da concorrência, adopta este entendimento patente no seguinte trecho: "As buscas e apreensões não domiciliárias, nomeadamente nas instalações de empresas ou das associações de empresas envolvidas..." (Parecer nº 127/2004, p. 52). De igual modo, no parecer da mesma Procuradoria nº 86/1991 se assume estarem as buscas na sede das pessoas colectivas arredadas da definição de buscas domiciliárias dado que estas são aí identificadas como as buscas "em casa habitada ou numa sua dependência fechada" (ponto 7.4). ---

Por todo o *supra* exposto a conclusão do Tribunal é a de que, face ao direito nacional, as buscas efectuadas na sede das pessoas colectivas não são buscas domiciliárias. ---

Ora se não estão em causa buscas domiciliárias, então a entidade competente para emitir os competentes mandados é o Ministério Público nos termos do citado art. 267º, dado que a intervenção do juiz de instrução nesta sede se restringe às buscas domiciliárias (face ao disposto no art. 41º do RGCOOC, que remete expressamente para o Código de Processo Penal, não tem que haver uma qualquer norma a atribuir competência expressa ao Ministério Público para ordenar e emitir mandados de busca em processos de contra-ordenação, sendo de aplicar, subsidiariamente, a norma do Código de Processo Penal que lhe atribui tal competência). ---

Esta conclusão não é posta em causa pelo disposto no art. 8º da CEDH que dispõe que: ---

1 - *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*

2 - *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa*

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Os tribunais comunitários mantêm uma jurisprudência constante nesta matéria, sempre ancorada no Ac. Hoescht de 21 de Outubro de 1989, amiúde citado em jurisprudência mais recente (inclusive nacional, Ac. RL de 16-01-07, Proc. 5807/06), de que se passa a transcrever o seguinte trecho:

"17 - Tendo a recorrente invocado também as exigências decorrentes do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, deve referir-se que, se é verdade que o reconhecimento desse direito quanto ao domicílio privado das pessoas singulares se impõe na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados-membros, o mesmo não sucede quanto às empresas, uma vez que os sistemas jurídicos dos Estados-membros apresentam divergências não desprezíveis no que se refere à natureza e grau de protecção das instalações comerciais face às intervenções das autoridades públicas.

18 - Conclusão diversa não pode, aliás, ser retirada do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo nº 1 estabelece que "qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência". O objecto de protecção deste artigo é o desenvolvimento da liberdade pessoal do homem, não podendo, por isso, ser alargada às instalações comerciais. (...)

19 - Não é menos verdade, porém, que em todos os sistemas jurídicos dos Estados-membros as intervenções do poder público na esfera da actividade privada de qualquer pessoa, seja singular ou colectiva, devem ter fundamento legal e justificar-se por razões previstas na lei, e que esses sistemas estabelecem, em consequência, embora de formas diferentes, uma protecção contra as intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. A exigência dessa protecção deve, assim, ser reconhecida como princípio geral do direito comunitário." ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Esta doutrina tem vindo a ser desenvolvida, designadamente no Ac. Colas, nos termos do qual a protecção do domicílio visada pelo art. 8º da CEDH pode ser estendida, em determinadas circunstâncias, a essas instalações. ----

Sucede que este acórdão não é de todo contraditório com o Ac. Hoescht. É que a hipótese nele configurada não é idêntica à que estava em causa no Ac. Hoescht nem tão pouco à que está em causa nestes autos. ---

Com efeito, no Ac. Colas, estavam em causa buscas realizadas na sede de uma pessoa colectiva, em França, no âmbito de uma legislação nacional que previa a sua realização sem necessidade de qualquer autorização judicial, ou seja, as buscas podiam ser determinadas pelos inspectores que instruíam o processo administrativo de contra-ordenação, sendo estes quem definia a sua extensão, empresas e locais abrangidos, sem qualquer restrição ou supervisão (cfr. ponto 22).

Em tal situação afigura-se-me claro que o art. 8º da CEDH deverá ser objecto de uma interpretação mais lata de modo a que, por via dele, se garanta minimamente a defesa dos direitos das pessoas colectivas, designadamente à protecção dos seus bens. Isto mesmo resulta do acórdão quando refere que a legislação e a prática nacional deveriam ter acautelado garantias adequadas e efectivas contra abusos (cfr. ponto 48), e que por tais garantias inexisterem na legislação nacional havia uma violação ao art. 8º em apreciação. ---

Do exposto resulta que não há qualquer contradição entre o Ac. Hoescht do TJ e o Ac. Colas do TEDH já que este mais não faz do que consagrar a tese de que deve ser reconhecido como princípio geral do direito comunitário a protecção das pessoas colectivas contra intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. ---

Sucede que não é esta situação face à nossa lei nacional. O nosso regime processual impõe que as buscas sejam sempre autorizadas por uma autoridade judiciária, ou seja, a lei nacional acautela a salvaguarda dos direitos das empresas, garantindo a necessária protecção contra as intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. O Ministério Público é uma autoridade judiciária cuja actividade é pautada pela conformidade com a Constituição, por critérios de

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

legalidade e objectividade e não por razões de oportunidade ou conveniência. Consequentemente, o facto de as buscas dependerem de despacho do Ministério Público garante integralmente os direitos que se podem considerar aplicáveis às empresas por via do art. 8º da CEDH: o da protecção das pessoas colectivas contra intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. ---

Ora, se assim é no domínio do processo penal, por maioria de razão também o é no domínio do processo contra-ordenacional onde os bens jurídicos protegidos auferem de menor dignidade constitucional. ---

Acresce que, no domínio concreto das contra-ordenações da concorrência, a AdC quando solicita a necessária autorização para realizar buscas, fá-lo através de requerimento fundamentado (art. 17º, nº 2, da lei 18/2003), o que permite ao Ministério Público aferir da necessidade e proporcionalidade da diligência solicitada, sendo certo que se não ficar convicto de que há indícios da prática de um ilícito e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes, não autorizará a diligência. ---

Face a todo o exposto, entende o tribunal que as buscas às sedes das pessoas colectivas não são equiparadas a buscas domiciliárias e, por conseguinte, a sua realização não depende de autorização do juiz mas sim do Ministério Público. ---

Regressando ao caso dos autos verifica-se que as buscas assentaram em mandados emitidos no dia 10 de Janeiro de 2007 pelo Ministério Público. Significa isto que, no caso concreto, foram respeitados todos os requisitos formais previstos na lei, não padecendo as buscas de qualquer vício. ---

Consequentemente, uma vez que no caso dos autos as buscas se realizaram na sequência de despacho e mandados emitidos pelo Ministério Público, é forçoso concluir que não houve violação nem do art. 177º do Cod. Proc. Penal nem dos arts. 32º, nº 8 e 34º da Constituição da República. ---

*

Da nulidade da apreensão de correspondência e de documentos enquadrados no conceito de telecomunicações

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Alega a arguida que as medidas ordenadas no despacho do Ministério Público e as provas obtidas a coberto do mesmo são nulas por violarem o disposto nos arts. 17º, nº 1, al. c), da Lei 18/2003, 32º, nº 8 e 34º, nº 1 a 4 da Const. Rep. Portuguesa, 126º, nº 3, do Cod. Proc. Penal e 42º do RGCOOC na medida em que extravasam em muito as diligências previstas no citado art. 17º já que abrangeram correspondência e documentação enquadrada no conceito de telecomunicações. ---

A este propósito a arguida suscita, pois, duas questões de fundo: qual o âmbito das buscas permitidas no domínio do direito contra-ordenacional e qual a noção de correspondência relevante. Dependendo da resposta que for dada a estas questões coloca-se ainda uma outra questão: quem é a autoridade competente para autorizar as buscas e emitir os respectivos mandados.---

As normas aqui a considerar relativas ao objecto das buscas no direito das contra-ordenações são as seguintes: ---

- Art. 17º, nº 1, al. c), da Lei 18/2003: ... a Autoridade, através dos seus órgãos ou funcionários, goza dos mesmos direitos e faculdades e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de policia criminal, podendo, designadamente...
Proceder, nas instalações das empresas..., à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias á obtenção de prova.
- Art. 42º do RGCOOC: Não é permitida ... a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.
- Art. 32º, nº 8, da Const. Rep. Portuguesa: São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- Art. 34º, nº 1, da Const. Rep. Portuguesa: *O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.*
- Art. 34º, nº 4, da Const. Rep. Portuguesa: *É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.*

No entender do tribunal é inquestionável que o art. 42º do RGCOOC é aplicável às contra-ordenações da concorrência. Por um lado a regra geral nele estatuída não foi expressamente afastada pela Lei 18/2003. Por outro lado do art. 17º não resulta que o legislador tenha ali pretendido regular de modo exaustivo a matéria nele contida, pelo contrário. Significa isto que não se pode concluir que a aplicação do art. 42º do RGCOOC às contra-ordenações em matéria da concorrência tenha sido tacitamente afastada. ---

Ora da conjugação dos dois preceitos resulta que, efectivamente, no domínio das contra-ordenações, não só não é possível proceder à apreensão de correspondência ou realizar escutas telefónicas, como as provas obtidas por tais meios não são permitidas. De facto, não só o art. 17º, ao definir qual o âmbito das buscas e exames que legitima a Autoridade a fazer, não inclui nem as buscas domiciliárias nem as escutas telefónicas, como o art. 42º é taxativo ao proibir tais meios de recolha de prova no domínio das contra-ordenações. ---

A questão é de tal modo linear, dada a clareza de redacção e a univocidade de sentido que caracteriza os preceitos legais aplicáveis, que nem sequer se justifica dissecar os preceitos constitucionais que lhes serviram de fonte. Desde logo temos de ter em mente que as pessoas colectivas, não tendo exactamente os mesmos direitos das pessoas singulares, também são sujeitos de direitos fundamentais, conforme *supra* exposto. Depois, o art. 17º que se refere expressamente às buscas a realizar nas instalações das pessoas colectivas, não inclui na sua enumeração, que não é meramente exemplificativa, a apreensão de correspondência, e não prevê

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

qualquer outro meio de obtenção de prova como sejam as escutas telefónicas. De considerar é ainda que, face à redacção do art. 42º, não se pode de modo algum afirmar que o mesmo só se aplica às pessoas singulares, pois nada no referido preceito autoriza tal interpretação. Por último, a proibição contida no art. 34º, nº 4, é absoluta, admitindo como única excepção os casos previstos no processo penal (neste sentido Parecer da PGR nº 127/2004; Simas Santos *in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislis, p.269-270). ---

Assiste, pois, razão à arguida nesta parte da sua argumentação, o que significa que se a AdC tiver efectivamente apreendido correspondência da arguida, tal correspondência não pode ser valorada como meio de prova no processo. ---

Passemos então à segunda questão suscitada: qual o conteúdo do conceito de correspondência, sendo certo que só esta não pode ser apreendida em processo de contra-ordenação. É aqui de considerar a argumentação da arguida de que a correspondência apreendida consiste em "circulares, mensagens de correio electrónico e documentos anexos que se encontravam arquivados nos computadores ou (no caso de documentos já impressos) nas secretárias, do Director da Unidade, Dr. Fernando Pinto; e do Director Comercial, Dr. Abel Pereira" (art. 84º da impugnação)---

A propósito do art. 34º da Const. Rep. Portuguesa, Gomes Canotilho e Vital Moreira caracterizam o direito ao sigilo da correspondência do seguinte modo: "abrange toda a espécie de correspondência de pessoa a pessoa (cartas, postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomendas que não contêm qualquer comunicação escrita ... No âmbito normativo do art. 34º cabe o chamado correio electrónico, porque o segredo da correspondência abrange seguramente as correspondências mantidas por via das telecomunicações.". Este direito "tem como objecto de protecção a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um receptor individual ou a um círculo de destinatários (ex: correspondência telefónica) previamente determinado... A Constituição não apenas garante o sigilo

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

da correspondência e outros meios de comunicação privados (nº 1), mas também proíbe toda a ingerência (nº 4), o que é mais vasto, envolvendo nomeadamente a liberdade de envio e de recepção de correspondência, a proibição de retenção ou de apreensão, bem como de interferência (telefónica etc.)." (*in op. cit.*, p. 544-555). ---

Entende a arguida que não se pode fazer uma interpretação restritiva deste preceito no sentido de que a proibição da intromissão em correspondência não abrange a correspondência aberta. Entende ainda a arguida que a proibição abrange tanto a correspondência externa como a interna. Sucede que não está em causa uma qualquer interpretação restritiva do preceito. O que está em causa é saber se a correspondência, seja externa seja interna, uma vez aberta, continua a poder qualificar-se como correspondência, caso em que gozará da protecção constitucional consagrada no art. 34º, ou se, pelo contrário, a partir do momento em que é aberta passa a ser um simples documento. ---

Antes de responder a esta questão e uma vez que os elementos postos em causa pela arguida são mensagens de correio electrónico, há que definir o conceito de correio electrónico e o respectivo âmbito de protecção legal dado que o art. 190º do Cod. Proc. Penal determina que o regime das escutas telefónicas é aplicável ao correio electrónico. Assim, torna-se necessário delimitar até quando é que o correio electrónico é protegido pelo regime das escutas e a partir de quando é que é protegido pelo regime da correspondência. ---

Não existe uma definição penal de correio electrónico sendo que este conceito remete para outros dois conceitos: comunicação electrónica e serviço de comunicação electrónica. ---

O único conceito legal de comunicação electrónica é o constante da Lei 41/2004 de 18 de Agosto relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas que a define, para efeitos da referida lei, como "qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público" [art. 2º, nº 1, al. a)]. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Por sua vez, a definição de “serviço de comunicações electrónicas” é dada na Lei das Comunicações Electrónicas” (Lei 5/2004 de 10 de Fevereiro) nos seguintes termos: “serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão” [art. 3º, al. cc)]. Este mesmo diploma define “redes de comunicações electrónicas como “sistemas de transmissão ... que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioeléctricos, meios ópticos ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas ... e móveis, os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida” [art. 3º, al. x)]. ---

Sendo estas as únicas noções legais existentes, e pese embora as mesmas não se possam considerar noções para efeitos de direito penal, entende o tribunal que se pode pressupor que, quando o legislador penal pensou no conceito de comunicação electrónica, se estava a referir “a algo incorpóreo, que ocorre num lapso de tempo localizado e cessa, começando e acabando quando entra e sai de uma rede de comunicações” (Pedro Verdelho, “Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal, *in* Revista do Ministério Público nº 100, p. 153 e segs.). ---

Sendo assim, a mensagem enviada por correio electrónico é considerada comunicação electrónica enquanto percorre as redes de comunicação electrónicas e, por conseguinte, se for interceptada, em tempo real, nesse percurso, a sua apreensão rege-se pelas regras das escutas telefónicas por força do citado art. 190º do Cod. Proc. Penal. ---

A partir do momento em que a mensagem é recebida no destinatário e fica de qualquer modo alojada no respectivo computador, a comunicação cessou e, por conseguinte, a partir deste momento, a sua apreensão rege-se pelas regras da correspondência. “Neste momento, na sua essência, uma mensagem de correio

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

electrónico em nada se distingue de uma carta remetida por correio físico, dito tradicional, que após ser recebida pode igualmente ser guardada ou destruída. Portanto, neste estágio, as mensagens de correio electrónico deixam de ser uma *comunicação*, passando a ter uma natureza similar à da correspondência, embora sob a forma digital. (..) Disto resultará que o correio electrónico poderá ser apreendido nos mesmos moldes em que pode ser apreendido o correio tradicional.” (Pedro Verdelho, op. cit., p. 157-158). ---

Este entendimento foi já acolhido pela Relação de Lisboa que a propósito da admissibilidade de apreensão de um computador no âmbito de umas buscas domiciliárias, entendeu que, não só tal apreensão é possível, podendo a OPC tomar conhecimento do conteúdo do respectivo disco rígido, como que “Só assim não será quanto ao correio electrónico que nele se encontre armazenado uma vez que, quanto a ele, deve ser aplicado o regime estabelecido para a apreensão de correspondência”. No referido acórdão consta ainda a seguinte passagem: “Diga-se apenas que se se tratasse efectivamente de correio electrónico o regime jurídico aplicável não seria, ao contrário do que sustentam os recorrentes, o que o Código de Processo Penal reserva para a interceptação de comunicações, uma vez que este se destina apenas à interceptação de conversas ou comunicações em curso, mas sim o que estabelece para a apreensão de correspondência (artigos 179º e 252º do Código de Processo Penal).” (Ac. da RL de 13-10-2004, Proc. 5150/2005-3; no mesmo sentido Ac. RC de 29-03-06, Proc. 607/06 e parecer da PGR nº 127/2004). ---

No caso dos autos não teve lugar, nem a arguida o refere, qualquer apreensão de mensagens de correio electrónico em curso. Consequentemente, a validade da apreensão das mensagens de correio electrónico deverá ser apreciada à luz das regras aplicáveis à apreensão de correspondência. ---

Aqui chegados cabe então tomar posição sobre qual a correspondência que goza da protecção absoluta de inviolabilidade: toda a correspondência, aberta ou fechada, ou só a fechada? Ora não podemos deixar de discordar do entendimento

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

perfilhado pela arguida pelas razões defendidas por Pedro Verdelho que, pela sua clareza, se passam a transcrever: ---

“A este propósito, anote-se liminarmente que, tal como acontece com o correio tradicional, no âmbito da recolha de prova em processo penal, deverá ser dado um tratamento diferenciado a mensagens recebidas mas ainda não abertas, por um lado, e a mensagens recebidas e já abertas, por outro.

Quanto às primeiras, se se lhe aplicar o regime processual do correio tradicional, têm que ser consideradas correspondência não aberta. Portanto, a sua apreensão apenas poderá ocorrer nos casos previstos no Artigo 179.º do Código de Processo Penal e esta apreensão está sujeita às respectivas condições e formalidades.

No que respeita às segundas, se já foram abertas, por ventura lidas e mantidas no computador a que se destinavam, não deverão ter mais protecção que as cartas em papel que são recebidas, abertas e porventura guardadas numa gaveta, numa pasta ou num arquivo. Portanto, não merecem a mesma protecção das outras no momento da sua apreensão. Especificamente quanto às mensagens de correio electrónico que tenham sido abertas e impressas em papel, não parece haver qualquer motivo para deixar de dar-lhes, analogicamente, o mesmo tratamento do correio tradicional. Ou seja, serão meros documentos escritos que podem sem qualquer reserva ser apreendidos no decurso de uma busca. O mesmo pode avançar-se quanto a mensagens de correio electrónico que já tenham sido abertas pelo seu destinatário e foram deixadas gravadas no computador. Na sua essência são documentos sob forma digital, armazenados num computador, com um estatuto idêntico ao de uma carta em papel que tenha sido recebida pelo correio, aberta e guardada num arquivo pessoal. Ou ainda com a mesma natureza de um texto escrito em programa de processamento de texto e guardado em suporte informático. Sendo meros documentos escritos, estas mensagens não gozam da aplicação do regime de protecção da reserva da correspondência e das comunicações.” (in op. cit., p. 158-159). ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Esta passagem é suficientemente elucidativa para, sem necessidade de mais desenvolvimentos, se concluir que há efectivamente uma diferença entre correspondência aberta e correspondência fechada, e que só está abrangida pela proibição constitucional a correspondência fechada. Logo, só há necessidade de ser ordenada por juiz a apreensão de correspondência fechada (neste sentido Ac. RC de 29-3-06 já citado e Ac. RL de 18-05-06, Proc. 54/2006-9). ---

É este também o entendimento da Procuradoria-geral da República no já citado Parecer 127/2004 que refere: “relativamente à correspondência já aberta, lida e arquivada, em suporte papel ou digital, relativa à actividade normal da pessoa colectiva, já não goza da protecção constitucional como correspondência, devendo ser entendida com a natureza e o regime legal que lhe for próprio, em regra documentos, gozando, se for o caso, dos privilégios de segredo que ao caso couber.

Deste modo se afigura compatibilizado o direito fundamental da inviolabilidade da correspondência com a realização do princípio da concorrência, também este constitucionalmente consagrado e que constitui uma das traves mestras da constituição económica comunitária a que Portugal se encontra vinculado.”. ---

Os elementos que a arguida identifica como sendo correspondência (incluindo na modalidade de correio electrónico) são circulares (internas), mensagens de correio electrónico e documentos anexos, uns arquivados nos computadores outros impressos. ---

Ora nenhum destes elementos é correspondência fechada, uns porque nunca o foram (o caso das circulares), outros porque já foram abertos (a própria arguida refere que as mensagens de correio electrónico ou estavam arquivadas em computador ou haviam sido impressas – tanto num caso como no outro as mensagens já tinham sido lidas, logo, já não podem ser consideradas correspondência fechada). ---

Por conseguinte, concluindo-se que não foi apreendida nenhuma correspondência fechada mas sim correspondência aberta, os elementos recolhidos não são considerados correspondência para efeitos de protecção constitucional mas

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

sim simples documentos. Enquanto documentos que são, a sua apreensão é lícita no âmbito do processo contra-ordenacional e para a sua realização não era necessário despacho do juiz. ---

Face ao exposto, as apreensões efectuadas são lícitas e os documentos apreendidos podem todos ser usados como meios de prova. ---

O recurso é, pois, totalmente improcedente. ---


* * *

Nos termos e pelos fundamentos expostos, julgo totalmente improcedente o presente recurso de impugnação que a sociedade "FÁBRICA DE PAPEL DO AVE, S.A." interpôs da decisão da "AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA" de 28 de Março de 2007. ---

Vai a arguida condenada nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 4 UC (arts. 92º, nº 3, 93º, nº 3 e 4 e 94º, nº 3, todos do RGCOG).---

Notifique e Deposite.---

Comunique nos termos do disposto no art. 70º nº4 do RGCOG. ---

* * *
pa, 19/9/07


(Maria José Costeira)