

PORTUGAL

BUSCAS E APREENSÕES ELETRÓNICAS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL: LIMITES E NOTAS PRÁTICAS OU OS PEIXES E O CORVO-MARINHO

Buscas e Apreensões Eletrónicas no Direito da Concorrência em Portugal: Limites e Notas Práticas ou os Peixes e o Corvo-Marinho

O alargamento dos poderes das entidades administrativas no plano contra-ordenacional conheceu um grande desenvolvimento precisamente em sede de direito da concorrência. Não obstante, importa apurar se o enquadramento normativo vigente, e a interpretação que deste se faz, se apresenta adequada aos desenvolvimentos do mundo digital quanto à metodologia de recolha da prova.

Dawn Raids and Digital Document Seizing in Competition Law in Portugal: Limits and Practical Notes or The Fishes and the Cormoran

The widening of the powers of administrative authorities in the misdemeanor plan has known a great development in the competition enforcement. However, we need to determine if the legal framework in place and its interpretation is adequate to the digital world developments on evidence gathering methodology.

PALABRAS CLAVE

Processo contra-ordenacional; práticas restritivas da concorrência; sigilo profissional.

KEY WORDS

Quasi criminal procedure; antitrust restrictive practices; professional privilege.

Fecha de recepción: 26-9-2019

Fecha de aceptación: 27-9-2019

1 • INTRODUÇÃO

No exercício dos poderes sancionatórios que lhe são conferidos pelo artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto (“EAdC”), a Autoridade da Concorrência (“AdC”) dispõe de poderes de investigação, em particular de inquirição, busca e apreensão (cfr. artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (“LdC”) no âmbito de investigações de práticas restritivas da concorrência, seguindo um procedimento de natureza contraordenacional, nos termos do Artigo da 13.º da LdC, que podem desembocar em coimas particularmente significativas para empresas e particulares (Artigos 68.º e 69.º da LdC).

A realização de buscas e apreensões de documentos revela-se, evidentemente, meios de obtenção de prova fundamentais para a AdC levar a cabo a sua missão de “identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentrações de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei” (cfr. alínea do n.º 2 do artigo 6.º dos EAdC).

Na verdade, em Portugal, no plano da UE e nos demais Estados-Membros a implementação das disposições de concorrência só ganhou relevância quando os poderes de acesso a elementos probatórios foram reforçados pela legislação vigente, que rapidamente progrediu da esfera da empresa para o domicílio dos colaboradores desta, de forma atípica no que concerne infrações de natureza contra-ordenacional¹.

O regime relativo à apreensão de documentos pela AdC encontra-se disciplinado no artigo 20.º da LdC, o qual impõe que esta medida de investigação necessita de ser autorizada, ordenada ou validada “por despacho da autoridade judiciária” (cfr. n.º 1 do artigo 20.º da LdC).

Em particular, de forma garantística, no sentido de a tutelar a reserva da intimidade da vida nas suas emanações de sigilo profissional e sigilo bancário, a apreensão de documentos em escritórios de advogados e consultórios médicos tem de ser ordenada e efetuada, sob pena de nulidade, na presença de um juiz de instrução (o qual deve avisar previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente); por seu turno, a apreensão de documentos em bancos ou outras instituições de

crédito tem também de ser ordenada e efetuada por um juiz de instrução.

No mundo digital hodierno em que os documentos se encontram – cada vez mais – em suporte digital, quer as buscas, quer as apreensões de documentos são realizadas pela AdC, amiúde, na esfera puramente eletrónica o que poderá perturbar a eficácia da “presença” do garante da legalidade, o juiz de instrução.

Na verdade, o quadro legislativo em que a AdC poderá, como veremos mais detidamente infra, não conter regras devidamente adaptadas à realização de buscas e apreensões de documentos no mundo digital.

As normas relativas a buscas e apreensões de documentos constantes da LdC afiguram-se ajustadas ao tradicional mundo analógico, onde os documentos se encontram armazenados em papel e a apreensão se efetua de modo manual e após uma seleção particularizada – ainda que baseada em critérios perfunctórios – da pertinência dos documentos em questão para a descoberta da verdade ou para a prova.

Este aparente desfasamento das normas da LdC relativas a buscas e apreensões de documentos em relação ao mundo digital coloca, em nosso entender, diversos e complexos problemas de ordem prática, em particular:

- (i) Que documentos pode a AdC apreender no âmbito de uma busca realizada no mundo digital?
- (ii) Pode a AdC utilizar ferramentas informáticas de pesquisa de documentos?
- (iii) Pode a AdC pesquisar e identificar documentação nos sistemas informáticos do visado através da utilização de descritores (“keywords”)? Em caso afirmativo, há requisitos a ter em conta na formulação de descritores (“keywords”)?
- (iv) Pode a AdC fazer cópias integrais dos discos rígidos dos computadores do visado pela investigação?
- (v) De que forma é que se efetivam as funções de controlo do juiz de instrução no contexto de apreensões em formato digital?

O presente artigo visa, justamente, fazer uma incursão relativa à manifestação prática destas questões no âmbito de buscas e apreensões de documentos realizadas no mundo digital levadas a cabo num processo contra-ordenacional em matéria de direito da concorrência.

Na verdade, sob a aparência de disposições garantísticas, regime da Lei da Concorrência, quando aplicado ao mundo digital, remete-nos para a conhecida fábula de La Fontaine, presente no título do nosso trabalho, em que as promessas de segurança do corvo desembocam, a final, na precarização da posição dos peixes.

2 · PRINCÍPIOS SUBJACENTES AOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA EM PROCESSO CONTRA-ORDENACIONAL

Como pano de fundo da análise do regime de buscas e apreensões de documentos no mundo digital, importa ter em consideração os princípios subjacentes aos meios de obtenção de prova.

Os meios de obtenção de prova são, como ensina Germano Marques da Silva, *“instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do thema probandi, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos”*. Como é óbvio, os *“meios de obtenção de prova”* não se confundem com os *“meios de prova”* propriamente ditos. De facto, os meios de prova constituem *“os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção sobre um facto”* (*Curso de Processo Penal*, Vol. II, Editorial Verbo, 1999, página 189).

No âmbito do processo contra-ordenacional, e por força do disposto no artigo 42.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (“RGCO”), a autoridade administrativa apenas pode *“obter a prova através dos meios permitidos em processo contra-ordenacional, dos quais estão excluídos as escutas telefónicas, a intromissão na correspondência e nas telecomunicações, os exames corporais e a prova de sangue, e, de um modo geral, os meios que colidam com a reserva da vida privada”* (Augusto Silva Dias in *Direito das Contra-Ordenações*, Almedina, 2018, página 217).

Portanto, em processo contra-ordenacional não é permitido o recurso a escutas telefónicas, intromissão na correspondência e nas telecomunicações, exames corporais e a prova de sangue, nem, em geral, a utilização de meios que colidam com a reserva da vida privada.

Das palavras de Simas Santos e Lopes de Sousa: *“Estas restrições, bem como a última das limitações de prova indicadas no n.º 1, derivam da ponderação entre os valores jurídicos afectados por tais meios probatórios e os interesses em jogo em matéria contra-ordenacional”*

que, por serem de menor relevância que os protegidos pelo direito criminal, não justificam a restrição dos direitos constitucionais que a protecção dos valores protegidos pelo direito criminal pode justificar” (Contra-Ordenações – Anotações do Regime Geral, 2.ª Edição, Vislis, 2002, página 270).

Naturalmente que, para além das restrições especificamente previstas no RGCO, a prova em sede contra-ordenacional também obedece às limitações especificadas no processo penal.

Como explica Paulo Pinto de Albuquerque: “A prova de uma contra-ordenação obedece não apenas às normas restritivas do RGCO, mas também às do CPP, por força do artigo 41.º do RGCO (...) Os meios de prova e de obtenção de prova de uma contra-ordenação estão sujeitos aos limites dos artigos 124.º, 125.º, 126.º e 127.º do CPP” (Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, Universidade Católica Editora, 2011, páginas 159 e 167).

Assim, no domínio contra-ordenacional, vigora, naturalmente, o princípio da legalidade da prova previsto no artigo 125.º do Código de Processo Penal (“CPP”), aplicável *ex vi* artigo 41.º do RGCO, o qual dispõe que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

Concomitantemente, no artigo 126.º do CPP indicam-se os meios proibidos de prova, estipulando-se que “não nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”. Além disso, e ressalvados os casos previstos na lei, são ainda nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

Como é evidente, o exercício de poderes de investigação para efeitos de detecção e acção sancionatória sobre infracções contra-ordenacionais tem de respeitar limites materiais intrínsecos, em particular o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

Passemos, agora, a uma breve análise dos meios de obtenção de prova ao dispor da AdC que, como vimos, experimentam na atualidade uma tendência expansionista.

3 · MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NA LDC

No domínio do direito da concorrência, o artigo 18.º da LdC estabelece um elenco de poderes de

investigação conferidos à AdC, em particular: (i) o poder de interrogatório e de solicitação de informações à “empresa e demais pessoas envolvidas”; (ii) poder de inquirir quaisquer outras pessoas; (iii) poderes de busca, exame, recolha e apreensão de documentação; (iv) poderes de selagem de locais; e (v) poderes de requisição de colaboração por parte da Administração Pública.

Em primeiro lugar, a AdC tem o poder de interrogar a “empresa e demais pessoas envolvidas”, bem como o de lhes solicitar documentos e outros elementos de informação (cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC).

Qual o alcance do dever de colaboração da “empresa envolvida” com a AdC? No Acórdão n.º 461/2011, o Tribunal Constitucional esclareceu que o alcance do dever de colaboração das “empresas envolvidas” é intenso, incorrendo na prática de uma contraordenação quem violar este dever (cfr. alínea j) do n.º 1 do artigo 68.º da LdC). Salvo o devido respeito, não concordamos com o entendimento do aludido Acórdão do Tribunal Constitucional, na medida em que impor um dever de colaboração com a AdC no âmbito de um processo contra-ordenacional (cujas coimas atingem valores substancialmente superiores ao domínio criminal) é manifestamente violador do princípio da proibição da auto-incriminação, das garantias de defesa e do *due process of law*².

O exercício deste poder de interrogar a “empresa e demais pessoas envolvidas”, bem como o de lhes solicitar documentos e outros elementos de informação, não depende de decisão prévia da autoridade judiciária competente.

Em segundo lugar, a AdC tem o poder de inquirir testemunhas (isto é, que não sejam “visados” no processo) e de lhes solicitar documentos e outros “elementos de informação”. À semelhança do poder de investigação acima referido, também o exercício pela AdC deste meio de obtenção de prova não depende de decisão prévia da autoridade judiciária competente (cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC)³.

Em terceiro lugar, a AdC tem o poder de proceder, “nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extractos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção da prova” (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC).

Ou seja, a AdC tem o poder de realizar buscas (e o consequente exame, recolha e apreensão de documentação) não só nas instalações das empresas visadas, mas também nos seus terrenos ou até meios de transporte.

Contudo, o exercício deste poder pela AdC depende, dada a sua lesividade, depende de decisão prévia da autoridade judiciária competente.

Em quarto lugar, e além de poder realizar buscas nas empresas (assim como nos seus terrenos e meios de transporte), a AdC goza ainda da prerrogativa de efetuar buscas nos domicílios de “sócios, membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas”, caso exista a “fundada suspeita” de que, nesses domicílios, se encontram provas de “violação grave dos artigos 9.º ou 11.º” da LdC ou dos “artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia” (cfr. n.º 1 do artigo 19.º da LdC).

Naturalmente que o recurso a buscas domiciliárias pela AdC pressupõe, inclusivamente, despacho do juiz de instrução, enquanto defensor dos direitos, liberdades e garantias (cfr. n.º 1 do artigo 19.º da LdC).

Em quinto lugar, a AdC dispõe do poder de proceder à selagem dos locais das instalações e de associações em empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de encontrar elementos de escrita ou demais documentação, bem como dos respetivos suportes, incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados. Contudo, este poder de selagem também depende de decisão da autoridade judiciária competente e apenas se poderá manter “durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências” de busca, exame, recolha e apreensão de documentação, sendo a violação da referida selagem uma infração do dever de colabora supra mencionado

Em sexto lugar, a AdC dispõe também da faculdade de requerer colaboração a quaisquer serviços da Administração Pública, incluindo as entidades policiais. Neste sentido, a AdC pode, por exemplo, fazer-se acompanhar de entidades policiais para efeitos de realização de buscas nas instalações da empresa visada, faculdade a que esta autoridade recorre com alguma frequência, o que suscita, da nossa experiência, uma perturbação desnecessária nas empresas e respetivos colaboradores e, inclusivamente no meio social envolvente, no caso de diligências deste tipo em ambientes não urbanos⁴.

Por fim, a AdC tem ainda o poder de realizar, naturalmente, apreensões de documentos que se revelem pertinentes para a descoberta da verdade (cfr. artigo 20.º da LdC).

Vejam agora, em maior detalhe, as disposições processuais relativas ao poder de a AdC realizar buscas e apreensões de documentos no âmbito de processos contra-ordenacionais em matéria de concorrência.

4 · BUSCAS NA LDC

No domínio contra-ordenacional em matéria de concorrência, existem, essencialmente, 4 tipos de buscas, a saber:

- (i) Buscas nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC);
- (ii) Buscas nos domicílios de sócios, membros de órgãos de administração e de trabalhadores e de colaboradores de empresas ou associações de empresas (cfr. n.º 1 do artigo 19.º da LdC);
- (iii) Buscas em escritórios de advogados ou em consultórios médicos (cfr. n.º 7 do artigo 19.º da LdC);
- (iv) Buscas em bancos ou outras instituições de crédito (cfr. n.º 6 do artigo 20.º da LdC).

O regime processual é, evidentemente, distinto em relação a estes 4 tipos de buscas.

Em primeiro lugar, as buscas nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC) têm de ser requeridas pela AdC à “autoridade judiciária competente” (que, em princípio, será o Ministério Público) através de requerimento fundamentado, devendo o despacho decisório ser proferido no prazo de 48 horas. Naturalmente que a decisão do Ministério Público nesta matéria tem de ser fundamentada de facto e de direito (cfr. artigo 97.º do CPP), tendo de especificar as diligências ordenadas e por que se justificam as mesmas, embora, na prática, talvez influenciado pela aparente superioridade técnica da AdC nesta matéria o Ministério Público tenha, em nosso entender, concedido autorizações “abertas” para este tipo de diligência, o que uma vez mais limita os direitos de defesas das entidades visadas pelas referidas diligências.

Em segundo lugar, as buscas em domicílios de sócios, membros de órgãos de administração e de trabalhadores e de colaboradores de empresas ou associações de empresas – dada a sua especial lesividade em termos de direitos fundamentais – carece de autorização do juiz de instrução (não basta despacho do Ministério Público). Este tipo de buscas domiciliárias, que foram consagradas apenas na última versão da LdC, apesar de já existirem na legislação da UE e de outros Estados Membros, têm de passar um crivo particularmente exigente, na medida em que tem de existir fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da LdC ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratamento sobre o Funcionamento da União Europeia.

Aliás, a LdC estipula que o requerimento da AdC – dirigido ao juiz de instrução – a solicitar a realização de buscas domiciliárias deve obrigatoriamente mencionar: (i) a gravidade da infracção investigada; (ii) a relevância dos meios de prova procurados; (iii) a participação da empresa ou associações de empresas envolvidas; e (iv) razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização (cfr. n.º 2 do artigo 19.º da LdC).

O legislador – consciente da extrema gravidade desta medida de obtenção de prova, que não teve ainda, quanto é do nosso conhecimento, aplicação prática – instituiu um mecanismo que permite ao juiz de instrução “ordenar à Autoridade da Concorrência a prestação de informações sobre os elementos que forem necessários para o controlo da proporcionalidade” (cfr. n.º 3 do artigo 19.º da LdC).

Este regime – compreensivelmente – mais apertado de realização de buscas domiciliárias estende-se também às dependências fechadas das habitações e “noutros locais”, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas (cfr. n.os 6 e 8 do artigo 19.º da LdC).

Em terceiro lugar, as buscas em escritórios de advogados ou em consultórios médicos devem não só ser autorizadas pelo juiz de instrução⁵, como, aliás, conduzidas por este último. De facto, o n.º 7 do artigo 19.º apenas refere que a “busca em escritório de advogado ou em consultório médico (...) é realizada, sob pena de nulidade, na presença do juiz de instrução”. Ou seja, o elemento literal da norma apenas

parece impor a “presença do juiz de instrução”. Todavia, numa leitura sistemática do ordenamento jurídico, em particular em conjugação com o disposto no n.º 5 do artigo 177.º do CPP, conclui-se que as buscas em escritórios de advogado ou consultórios médicos também têm de ser presididas pelo juiz de instrução (e não apenas realizadas na presença do juiz de instrução)⁶.

Acresce que, em termos de requisitos materiais, as buscas em escritórios de advogados ou em consultórios médicos regem-se pelo mesmo crivo apertado das buscas domiciliárias que se referiram *supra*.

Uma nota prática também neste contexto para referir que se no caso de escritório de advogado não temos notícia de que tenham ocorrido buscas ao abrigo da atual LdC, as cautelas em termos de consultórios médicos terão sido aplicadas nas diligências deste tipo que, segundo informação pública, terão sido recentemente realizadas no setor da saúde.

Por fim, importa lembrar neste ponto que questão distinta dos poderes de busca conferidos à AdC neste tipo de instalações será a de determinar os critérios de apreensão de documentos protegidos por sigilo profissional, ainda que encontrados fora de escritório de advogado e de consultório médico, a que nos referiremos em maior detalhe infra.

Em quarto lugar, as buscas em bancos ou outras instituições de crédito devem também ser autorizadas por juiz de instrução⁷.

Na verdade, o n.º 6 do artigo 20.º da LdC apenas dispõe que a apreensão de documentação em bancos ou outras instituições de crédito é efectuada pelo juiz de instrução, pressupondo, assim, que a AdC estaria automaticamente autorizada a realizar buscas (passo prévio da apreensão de documentação), sem necessidade de decisão prévia da autoridade judiciária competente, o que não teria qualquer sentido.

Com efeito, dado que a apreensão de documentação em bancos ou outras instituições de crédito é efectuada pelo juiz de instrução, é evidente que, por maioria de razão, as buscas neste tipo de estabelecimentos também carecem de autorização do juiz de instrução⁸.

Quanto aos requisitos substanciais para se autorizar buscas em bancos ou outras instituições de crédito, importa ter em consideração que este tipo de buscas conflitua – de forma agressiva – com a protecção

do sigilo bancário, previsto no artigo 78.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“RGICSF”).

Por força deste conflito com o sigilo bancário, é evidente que – em obediência ao princípio da proporcionalidade – este tipo de buscas apenas pode ser autorizado pelo juiz de instrução caso se verifiquem os pressupostos do regime relativos às buscas domiciliárias (cfr. artigo 19.º da LdC), isto é, tem de existir fundada suspeita de que existem nesses estabelecimentos provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da LdC ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratamento sobre o Funcionamento da União Europeia.

Como explicam Carlos Botelho Moniz e Outros: *“Na sistemática do nosso ordenamento jurídico, é notória a relevância que o legislador quis conferir à temática da proteção do sigilo bancário (...). Ora, do confronto entre o ditame constitucional da proporcionalidade e a materialização prática deste princípio na esfera jurídico-administrativa só pode resultar que a actuação da AdC neste domínio – que colide claramente com relevantes direitos subjectivos, de natureza patrimonial, dos particulares – terá de se pautar por regras de prudência estrita, afetando os direitos em causa apenas na exata medida do que seja necessário, adequado e proporcional aos objetivos a ater na investigação”* (Carlos Botelho Moniz e Outros in Lei da Concorrência Anotada, Almeida, 2016, página 223).

Este regime foi, como veremos, testado em várias ocasiões no passado recente da AdC, tendo em conta que, nos últimos anos se realizaram diligências de busca e apreensão em instituições de crédito em, pelo menos, duas ocasiões, diligências essas que, de acordo com dados públicos, geraram um significativo número de litígios judiciais⁹.

Em suma, estas são, em traços gerais, as características do regime de buscas ao dispor da AdC nas investigações relacionados com ilícitos contra-ordenacionais em matéria de concorrência.

Contudo, as buscas são apenas um instrumento que visa, essencialmente, a descoberta de prova que possa servir no processo contra-ordenacional, em particular a apreensão de documentação. Por conseguinte, vejamos agora o regime da apreensão de documentos vertido na LdC, tendo em conta que é neste momento que as questões que antecipámos na introdução de verificamos com mais acuidade.

5 · APREENSÕES DE DOCUMENTOS NA LDC

A regra prevista no n.º 1 do artigo 20.º da LdC é a de que a AdC carece de autorização da autoridade judiciária competente para proceder à apreensão de documentos, *“independentemente da sua natureza ou do seu suporte”*. Em regra, e por força do disposto no artigo 41.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º da LdC, é o Ministério Público a entidade competente para autorizar, ordenar e validar as apreensões¹⁰.

Todavia, a AdC pode proceder à apreensão *“quando haja urgência ou perigo na demora”* (cfr. n.º 2 do artigo 20.º da LdC). Ou seja, a AdC pode, a título cautelar, apreender documentação quando haja urgência ou perigo na demora. As apreensões efetuadas pela AdC não previamente autorizadas ou ordenadas são sujeitas *“a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas”* (cfr. n.º 3 do artigo 20.º da LdC).

Significa isto (apreensão de documentação sem autorização prévia) que a AdC pode também realizar buscas sem autorização prévia da autoridade judiciária competente? Consideramos, inequivocamente, que não. De facto, decorre do regime previsto na LdC, que qualquer busca carece sempre de autorização prévia da autoridade judiciária competente (uma vez o Ministério Público; outras o Juiz de Instrução)¹¹.

Naturalmente que não é fácil vislumbrar uma situação em que uma apreensão de documentos não ocorra no âmbito de uma busca. Contudo, parece-nos inequívoco – sob pena de se incorrer numa interpretação inconstitucional – que a possibilidade de a AdC realizar apreensões de documentos com carácter de urgência não se sobrepõe à necessidade de se obter autorização prévia da relevante autoridade judiciária para a realização de buscas pela AdC.

Em regra, a apreensão de documentação é efetuada directamente pela AdC, sem necessidade da presença física do Ministério Público ou do Juiz de Instrução.

Contudo, a regra prevista no n.º 1 do artigo 20.º da LdC para a apreensão de documentos é restringida nos seguintes casos: (i) apreensão de documentos operada em escritório de advogado ou em consultório médico; e (ii) apreensão de documentos em bancos ou outras instituições de crédito.

Em primeiro lugar, a apreensão de documentos em escritório de advogado ou consultório de

médico apenas pode ser efetuada, conforme se referiu *supra*, pelo juiz de instrução. Mas pode o juiz de instrução apreender documentos sujeitos a segredo profissional de advogado ou a segredo profissional médico? Em princípio, não. De facto, o n.º 5 do artigo 20.º da LdC proíbe expressamente – sob pena de nulidade – a apreensão de quaisquer documentos abrangidos por sigilo profissional (de advogado ou de médico), a não ser que os mesmos constituam “*objeto ou elemento da infração*”.

Assim, se, por exemplo, no decurso de uma busca a um escritório de advogados, o juiz de instrução pretender apreender documentação sujeita a segredo profissional, deve o advogado apresentar uma reclamação ao juiz, ao abrigo do disposto no artigo 77.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (“EOA”). Se isso suceder, o juiz deve sobrestar na diligência relativamente aos documentos ou objetos que forem postos em causa, fazendo-os acondicionar, sem os ler ou examinar, em volume selado no mesmo momento. De seguida, a fundamentação das reclamações é feita no prazo de cinco dias e entregue ao tribunal, devendo o juiz remetê-las, em igual prazo, ao presidente da Relação para decisão (cfr. artigo 77.º do EOA)¹².

Esta disposição também é aplicável, naturalmente a informação enviada por um advogado ao seu cliente no âmbito do patrocínio apreendida nas instalações do cliente.

Este regime que prevê o enceramento da documentação controvertida num envelope e uma reclamação no prazo de cinco dias não se afigura preparada para buscas que são conduzidas com o auxílio de técnicos informáticos, que não recorrem a dossiers ou envelopes mas a discos externos e pens.

Em segundo lugar, a apreensão de documentos sujeitos a sigilo bancário em bancos ou outras instituições de crédito é efetuada pelo juiz de instrução, mas apenas pode ocorrer “*quando tiver fundadas razões para crer que eles estão relacionados com uma infração e se revelam de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao visado*” (cfr. n.º 6 do artigo 20.º da LdC). Ou seja, o juiz de instrução tem de obedecer a um critério estrito de proporcionalidade estrito e somente apreender documentação que se revele de “*grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*”.

Naturalmente que o juiz de instrução – que autoriza e conduz as buscas em bancos ou outras institui-

ções bancárias – tem o poder-dever de “*examinar qualquer documentação bancária para descoberta dos objetos a apreender*” (cfr. n.º 7 do artigo 20.º da LdC). Para este efeito, o juiz de instrução é coadjuvado, quando necessário, pelas entidades policiais e por técnicos qualificados da AdC.

Ou seja, o regime do artigo 20.º da LdC encontra-se – parece-nos – essencialmente pensado para as buscas e apreensões de documentos realizadas no mundo tradicional de papel, onde os documentos são visualizados casuisticamente e a presença física do juiz pode representar efetivamente uma forma de controlo efetivo. Daí que, por exemplo, a LdC preveja que o juiz de instrução tenha de analisar, casuisticamente, a relevância da documentação a apreender em bancos ou outras instituições de crédito.

Assim sendo, é inegável que o regime de apreensão de documentação previsto na LdC varia consoante os interesses em causa (o segredo profissional e o sigilo bancário são particularmente tutelados) e encontra-se estruturado e adaptado ao mundo analógico.

Mas e quando as buscas e apreensões são efetuadas no mundo digital? *Quid iuris?*

6 · BUSCAS E APREENSÕES DIGITAIS EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA

Em termos práticos, na atual sociedade de informação, a (potencial) prova encontra-se, amiúde, armazenada em sistemas informáticos. De facto, a prova digital pode ser definida como “*qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório electrónico-digital de armazenamento, ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações electrónicas, privadas ou publicamente acessíveis sob a forma binária ou digital*”¹³.

Neste cenário, e em particular no domínio do direito da concorrência, a AdC recorre, amiúde, a buscas informáticas com o objetivo de apreender documentação relevante para efeitos de uma determinada investigação.

Do ponto de vista prático, em Portugal, a experiência é a de que, obtidas as necessárias autorizações, a AdC realiza uma busca informática e posterior apreensão de documentação através de um procedimento que se subdivide em três fases:

- (i) pesquisa informática de documentação nos sistemas do visado através da utilização de descri-

tores (“keywords”) e do auxílio de programas informáticos específicos;

- (ii) cópia da informação encontrada com base nesses descritores para um suporte selado (uma cópia desse suporte é disponibilizada, in loco, à entidade visada pela diligência); e
- (iii) realização de um auto de visionamento e seleção da documentação apreendida através de diligência realizada em data posterior aos passos (i) e (ii), do qual, por vezes muitos meses após a realização da diligência, a entidade visada é notificada.

Em nossa opinião, este procedimento coloca bastantes dúvidas do ponto de vista de legalidade e conformidade constitucional.

Em primeiro lugar, à luz do regime previsto na LdC, não nos parece sequer admissível que a AdC possa realizar uma primeira pesquisa informática e cópia da documentação resultante dessa pesquisa e apenas posteriormente efetuar um auto de visionamento e seleção da documentação, ao qual a visada é alheia e do qual só tem conhecimento à posterior, sem que possa reagir à frequentes desatenções que uma apreensão massiva para seleção posterior propicia.

Com efeito, o regime de buscas e apreensões previsto na LdC impõe, de forma cristalina, que a busca e apreensão de documentos se faça num acto único, garantindo sempre que apenas documentação relevante para a descoberta da verdade é apreendida.

Deste modo, afigura-se ilegítimo o procedimento de segmentar a pesquisa informática e cópia da documentação daí resultante da seleção da documentação a apreender através de um auto de visionamento realizado em data posterior.

E não se diga que a AdC, ao ter possibilidade de proceder à selagem dos locais pertinentes, bem como dos suportes de documentos (incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados) ao abrigo do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, teria, por essa razão, direito de realizar cópia de documentação com base numa pesquisa informática preliminar e, em data posterior, efetuar um auto de visionamento. Na verdade, o poder de selagem previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC apenas poderá ser utilizado “durante o período e na medida estritamente necessária à realização” das buscas e apreensões.

Em segundo lugar, a utilização de descritores para efeitos de realização de pesquisas informáticas e apreensão de documentos levanta questões complexas. Naturalmente que dada a organização complexa dos sistemas informáticos, compreende-se a utilização de programas e ferramentas informáticas – e, conseqüentemente, de descritores de pesquisa – por parte da AdC com o objetivo de realizar pesquisas informáticas.

De facto, na execução de pesquisas informáticas, apenas deve ser admitida a utilização de descritores suficientemente precisos e detalhados, por forma que se respeite o objeto do mandado, sob pena de nulidade fundada em proibição de prova.

A este propósito, importa recordar que é, atualmente, pacífico que as empresas beneficiam hoje do direito ao respeito pela sua esfera privada (cfr. artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Neste sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por exemplo, no seu Acórdão de 16 de Abril de 2002 (“*Société Colas Est*”) que o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é igualmente aplicável a empresas e pessoas colectivas.

Infelizmente a prática da AdC não tem tido em consideração o carácter prolixo da informação em suporte digital, que se multiplica e difunde de uma forma de nunca teve paralelo no mundo analógico, utilizando critérios de pesquisa tão amplos que são suscetíveis de abranger informação sem qualquer relação com o objeto das diligências¹⁴.

Da nossa experiência temos ainda a registar caso recente em que não foram sequer utilizados critérios de pesquisa, mas foi apreendida informação de colaboradores de forma massiva, contra a “promessa” da AdC de uma diligência de seleção subsequente no sentido de expurgar informação não relevante para o processo¹⁵.

Para além da brutalização dos direitos dos colaboradores e de todos os que com estes interagem, decorrente de uma postura deste tipo por parte da AdC, o procedimento de seleção, tendo em conta a magnitude da apreensão, é muitas vezes impreciso, deixando na esfera da AdC um conjunto de informação pessoal ou coberta por sigilo profissional irrelevante para o objeto da investigação, que se torna impossível de expurgar, tendo em conta que a seleção por autoridade judiciária/judicial parece conferir um “selo de qualidade” ao procedimento que limita as alternativas de reação dos visados pelas diligências, ainda que existam erros manifestos¹⁶.

Em terceiro lugar, este tipo de procedimentos que implicam uma pesquisa informática e a cópia da documentação em massa de uma só vez coloca também diversas questões no que diz respeito à proteção de segredo profissional e da reserva da intimidade privada, que não é de forma alguma acautelada pela selecção posterior que, como referimos, pode durar vários meses e, dependendo da magnitude da informação em causa, quase um ano.

De facto, a apreensão digital em massa de documentação não permite a um interessado invocar, por exemplo, a existência de segredo profissional para se opor à apreensão de um determinado documento, ou ao juiz, quando presente, controlar a natureza da documentação apreendida, tendo em conta que aquando da extração informática com base em palavras chave, não é possível aceder a cada um dos documentos copiados e respetivo conteúdo.

Neste sentido, imagine-se que no âmbito de uma busca informática seguida da apreensão massiva de documentação resultante dessa pesquisa foram apreendidos documentos sujeitos a segredo profissional. Naturalmente que o interessado na invocação de segredo profissional não teve sequer possibilidade de apresentar reclamação ao abrigo do disposto no artigo 77.º do EOA, visto que o método de pesquisa informática utilizado seleciona milhares de documentos de uma vez só, não permitindo o exercício de qualquer escrutínio *in loco*, isto é, no momento em que a diligência é efetuada.

Nestas circunstâncias, é evidente que deve ser facultado ao potencial interessado a possibilidade de, depois de analisada toda a documentação apreendida, com base na cópia da mesma facultada pela AdC, suscitar uma eventual reclamação com base em violação do segredo profissional ao abrigo do disposto no artigo 77.º do EOA.

Aliás, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu no acórdão de 14 de Setembro de 2017 (processo n.º 34774/15.0T8LSB-D.L.1), com base numa interpretação atualista, adaptada à evolução digital da apreensão de prova, que «*Se a reclamação se refere a documentos ou objectos cuja apreensão o advogado pretende pôr em causa, obviamente que só quando este tiver conhecimento dos documentos ou objectos que foram apreendidos, é que estará em condições de decidir se deve reclamar*».

Este entendimento do Tribunal da Relação da Lisboa, que levou ao desentranhamento da informação em causa do processo da AdC, é o único compatí-

vel com a reserva da intimidade da vida privada e com o acesso à tutela jurisdicional efetiva previstos, respetivamente, nos Artigos 26.º e 20.º da Constituição da República Portuguesa.

Na verdade, enquanto não existe uma alteração legislativa no sentido de conferir tutela aos visados também no âmbito diligências de busca e apreensão, é imperativa uma interpretação do enquadramento normativo vigente que assegure a verificação dos imperativos constitucionais, e que não transforme as garantias do Artigo 20.º da LdC em “letra morta”, sem qualquer possibilidade de aplicação no contexto de diligências com base em elementos probatórios de natureza digital.

7 · CONCLUSÃO

O regime de buscas e apreensões previsto na LdC não se encontra, conforme demonstrado supra, manifestamente, adaptado às buscas informáticas com recurso a ferramentas informáticas e utilização de descritores. Para salvaguarda dos direitos fundamentais dos visados, seria fundamental que o legislador instituisse regras concretas e precisas para levar a cabo buscas informáticas que garantissem uma adequada proteção dos visados.

Enquanto tal não sucede, é imprescindível a adoção de uma interpretação atualista do enquadramento normativo existente, em conformidade com os princípios constitucionais, adaptando as ferramentas garantísticas previstas na lei ao mundo digital, que possibilita, como vimos, o acesso e recolha massiva de documentação ao mesmo tempo de dificulta o controlo da relevância e admissibilidade desta. O Acórdão Tribunal da Relação de é um passo positivo neste sentido, i.e., a proteção efetiva dos peixes, em particular no que concerne a tutela dos direitos de defesa, face ao crescente atrevimento “utilitarista” do corvo.

8 · NOTAS FINALES

- 1) A tendência expansionista aos poderes de investigação das autoridade de concorrência e, consequentemente, no que concerne a prova admissível, é também afirmada na Diretiva n.º 2019/1 do Parlamento e do Conselho de 11 de dezembro de 2018, conhecida como Diretiva ECN, ainda não transposta em Portugal, em que se preconiza a utilização de gravações como meio de prova.

- 2) Carlos Botelho Moniz e outros, na mesma esteira, afirmam que “...o exercício do direito de defesa deve implicar uma relação de diálogo e de igualdade de armas, in casu da empresa visada com a AdC, que se pode deteriorar na medida em que à posição da empresa visada for retirada a qualidade de sujeito, sobrecarregando-a com a deveres de obediência e colaboração para com o «acusador». Na referida interpretação, o art. 18.º, n.º 1, alínea a), poderá contrariar as garantias de defesa, próprias do due process of law e condicionar a estratégia da defesa em detrimento do art. 6.º da CEDH” (Carlos Botelho Moniz e outros in Lei da Concorrência Anotada, Almedina, 2016, página 192).
- 3) Por força do disposto no artigo 13.º da LdC e artigo 41º do RGCO, a “autoridade judiciária competente” para efeitos das buscas previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC é o Ministério Público.
- 4) Na verdade, de acordo com a nossa experiência, a forma desproporcional como a AdC tem abordado o recurso a entidades policiais para efeitos da realização de diligências de busca e apreensão pode gerar danos reputacionais relevantes nas empresas visitadas, na medida em que a presença, por exemplo, em instalações industriais, de carrinhas da GNR deixa a impressão no contexto social envolvente de condutas com particular gravidade.
- 5) Nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 19.º da LdC, em caso de buscas em escritórios de advogados ou consultórios médicos, o juiz de instrução deve “avisar previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente”. Aliás, até à chegada do representante da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos não deve ser iniciada a diligência, sem prejuízo de se puderem tomar providências de preservação de prova. Além destes representantes, o juiz de instrução deve também convocar o próprio advogado ou médico para assistir à diligência.
- 6) Como explicam José Lobo Moutinho e Pedro Duro: “Literalmente, exige-se a presença do juiz de instrução, mas aparentemente já não que o mesmo «presida» à diligência, como sucede no CPP. Uma tal distinção não seria aceitável. É verdade que se poderia dizer que a diligência de busca em sede contra-ordenacional é promovida pela AdC, sendo a presença do juiz exigida para tutela dos direitos fundamentais. No entanto, a busca em processo penal ocorre na fase de inquérito, fase que é dirigida pelo Ministério Público, sendo igualmente função do juiz a tutela de direitos fundamentais, pelo que a delimitação dogmática da presidência do acto ou da vigilância do acto, em processo ou fase processual não dirigido pelo juiz sempre seria matéria que mereceria ampla discussão” (José Lobo Moutinho e Pedro Duro in Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense, Almedina, 2013, páginas 221 e 222).
- 7) Naturalmente que, caso a LdC não concedesse possibilidade de a AdC efetuar buscas em estabelecimentos bancários, tal não lhe seria permitido por força do disposto no artigo 79.º do RGICSF, que consagra um elenco taxativo das situações onde poderá ocorrer derrogação do sigilo bancário.
- 8) Como explicam Carlos Botelho Moniz e outros: “À semelhança do que observámos quando se analisaram anteriormente as normas gerais sobre apreensão de documentos, também aqui nos parece que as regras de competência para autorizar a realização de buscas e de apreensões em estabelecimentos bancários deve funcionar *pari passu*. Nesta medida, e uma vez que os n.os 6 a 8 do art. 20.º preveem expressamente que é o juiz de instrução que procede à apreensão de documentos nesses locais, esta é uma das situações em que deverá também ser o juiz de instrução que compete autorizar e conduzir a diligência de busca” (Carlos Botelho Moniz e outros in Lei da Concorrência Anotada, Almedina, 2016, página 222).
- 9) Em março de 2013 a AdC promoveu diligências em diversas instituições bancárias (comunicado disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201309.aspx?lst=1&Cat=2013) e em 2016 realizou buscas por suspeitas de práticas anticoncorrenciais no setor do crédito especializado (comunicado disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_201602.aspx?lst=1&Cat=2016).
- 10) Nas palavras de Gonçalo Anastásio e Diana Alfafar: “No Código de Processo Penal (CPP), o titular da acção penal, a quem cabe a direcção do inquérito, é o MP, o que resulta do disposto nos artigos 1.º, alínea b); 53.º, n.º 2, alínea b); 263.º,

- n.º 1 e 267.º. Aplicando *mutatis mutandis* essas disposições, por via dos artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), é, em regra, o MP a autoridade judiciária com competência para autorizar, ordenar e validar as apreensões” (Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense, Almedina, 2013, página 226).
- 11) Como explicam Carlos Botelho Moniz e outros: “Seguramente que a referência às apreensões de documentos «quando haja urgência ou perigo na demora» não pode ser vista como uma forma de a AdC se subtrair aos pressupostos e às exigências legais de autorização de buscas, contempalda nos arts. 19.º e 20.º da LdC” (Carlos Botelho Moniz e outros in Lei da Concorrência Anotada, Almedina, 2016, página 219).
 - 12) Note-se que a violação de segredo profissional é penalizada criminalmente no artigo 195.º do Código Penal.
 - 13) Ver Benjamim Silva Rodrigues in Direito Penal Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-Digital, Coimbra, 2009, página 722).
 - 14) As dificuldades da AdC neste âmbito são ilustradas pelas Sentenças do Tribunal de Concorrência Regulação e Supervisão nos processos Proc. N.º 1/16.7YUSTR e 40225/15.4YUSTR.
 - 15) Esta desproteção é particularmente evidente em diligências de busca e apreensão em que o juiz de comarca faz as vezes do juiz de instrução criminal e em que o “exotismo” do direito da concorrência parece levar a que estes tenham uma posição ostensivamente passiva.
 - 16) Tipicamente o Tribunal de Instrução Criminal mantém a sua posição, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão declara-se incompetente e a AdC considera-se vinculada pela selecção dos magistrados.

TÁLIA LUÍSA FARIA E DANIEL BENTO ALVES (*)

(*) Abogados del Área de Derecho Mercantil y Derecho Público, Procesal y Arbitraje, respectivamente, de Uría Menéndez (Lisboa).