



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

106371

CONCLUSÃO - 16-09-2015

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Adjunto Dilia Canais)

=CLS=

Sentença

(artigo 64.º, n.º 1 e 2, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, aplicável ex vi artigos 83.º e 85.º, n.º 1, ambos do Regime Jurídico da Concorrência)

I – Relatório

BANCO ESPÍRITO SANTO, S.A., CAIXA CENTRAL – CAIXA CENTRAL DE CRÉDITO AGRÍCOLA MÚTUO, CRL e DEUTSCHE BANK AKTIENGESELLSCHAFT - Sucursal em Portugal, vieram apresentar recurso de impugnação da decisão administrativa proferida pela **Autoridade da Concorrência**, que (i) indeferiu o pedido genérico de acesso a todos os documentos confidenciais não utilizados pela Autoridade da Concorrência como meio de prova da infração, convidando-se a Visada a identificar com maior rigor os documentos que entende possam ser relevantes para a sua defesa, após o que a Autoridade da Concorrência decidirá sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio; (ii) indeferiu o pedido de cópia de documentos classificados como confidenciais, por conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais; (iii) deferiu a consulta nas instalações da Autoridade da Concorrência dos documentos confidenciais usados como meios de prova da infração; (iv) deferiu a consulta nas instalações da Autoridade da Concorrência dos documentos confidenciais que instruem os pedidos de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

dispensa ou redução de coima e que são usados como meios de prova da infração; e (v) deferiu a consulta nas instalações da Autoridade da Concorrência das versões não confidenciais dos pedidos de dispensa ou redução de coima.

As sociedades visadas, inconformadas, impugnaram judicialmente tal decisão administrativa, arguindo as seguintes conclusões, que se transcrevem (^{e se agregam por facilidade de exposição}):

- A AdC interpretou incorretamente o disposto no artigo 33.º n.º 3 do RJC ao ter considerado que esse preceito legal impediria a disponibilização de cópia dos elementos confidenciais por segredo de negócio aos mandatários das Visadas.
- Com efeito, a correta interpretação da letra daquele preceito legal é a de que o mesmo não impede a reprodução dos documentos confidenciais pela AdC (nem a sua entrega aos advogados e assessores económicos externos das visadas), impedindo apenas a reprodução (i.e. a cópia) pelos advogados e assessores económicos externos a quem forem entregues para qualquer outro fim que não o exercício do direito de defesa.
- Esta interpretação da norma legal é a mais consentânea com o direito de defesa dos arguidos, ínsito no artigo 32.º n.º 10 da CRP, por permitir assegurar esse direito, na vertente de garantia da ponderação de todos os elementos do processo pelo Arguido, e, simultaneamente, assegurar a confidencialidade dos documentos sujeitos a segredo de negócio e o seu uso estritamente para exercício do direito de defesa.
- A Comissão Europeia, na sua Comunicação (2005/C 325/07) relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º139/2004 do Conselho (cf. JO C 325 2005 p. 7 e seguintes) reconhece que numa investigação de concorrência o processo é composto por todos os documentos que foram obtidos, elaborados e/ou recolhidos durante a investigação e que, não tendo sido considerados irrelevantes para o processo em questão não foram devolvidos à empresa junto da qual foram obtidos deixando de fazer parte do processo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

- A interpretação do artigo 33.º n.º 3 do RJC sustentada pela AdC imporia a necessidade de os arguidos incorrerem em custos significativos e desnecessários para assegurarem o seu direito de defesa, através da consulta e da tomada de notas quanto ao teor dos documentos, sendo que, de todo o modo, a ratio da norma (assegurar a confidencialidade dos segredos de negócio) não seria por garantida através da imposição dessa restrição do direito de defesa, dado que os arguidos sempre poderiam utilizar a cópia manuscrita quanto ao teor desses documentos obtida durante a consulta.
- A norma contida no artigo 33.º n.º 4 do RJC, interpretada no sentido de que nela se proíbe a disponibilização aos advogados ou aos assessores económicos externos das Visadas de extratos ou cópias dos documentos considerados confidenciais por conterem segredo de negócio, é inconstitucional, por restrição inadmissível do direito de defesa, decorrente do artigo 32.º n.º 10 da CRP, fora dos casos previstos no artigo 18.º n.º 2 da CRP, por não ter apoio em lei expressa e não ser proporcional.
- A decisão da AdC de indeferir o pedido de acesso aos documentos confidenciais - por motivo de segredo de negócio ou por qualquer outro - que constam dos autos (mas que apenas não foram referenciados pela AdC na Nota de Ilicitude) sem a apresentação de fundamentação quanto ao seu potencial valor exculpatório comprime, sem apoio na lei e de forma manifestamente desproporcional, o direito de defesa da Visada e o princípio da igualdade de armas, constituindo uma errada interpretação do artigo 33.º n.os 1 e 2 do RJC.
- Caberia à AdC, enquanto entidade com responsabilidade para instruir o processo de contraordenação, a responsabilidade de expurgar os autos dos elementos irrelevantes, conforme impõe o disposto no artigo 86.º n.º 7 do CPP para os elementos confidenciais que não sejam meios de prova.
- Tendo a AdC optado por manter os documentos confidenciais não utilizados na NI nos autos, tal apenas pode significar que os mesmos, apesar de não terem sido utilizados na NI, são relevantes para o processo ou não têm conexão com o objeto dos autos.
- Mantendo-se tais elementos no processo, os mesmos foram escrutinados pela AdC ainda que não sejam referidos especificamente na Nota de Ilicitude para fundamentar as infrações imputadas às Visadas, pelo que a estas tem de ser



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

dado igual direito de analisar esses documentos, para assegurar o seu direito de defesa, ainda que os mesmos sejam confidenciais.

- A correta interpretação do artigo 31.º n.º 3 do RJC, na parte em que ressalva a garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo, conjugada com a existência de uma norma específica que admite o acesso a tais documentos sujeitos a segredo de negócio pela Visada através do seu mandatário ou assessor económico externo e com finalidade exclusiva de exercício do direito de defesa (cfr. artigo 33.º n.º 3 do RJC), invalida a conclusão da Autoridade de que apenas deve ser concedido o acesso aos documentos confidenciais não utilizados pela AdC na NI mediante a apresentação de uma fundamentação específica quanto ao potencial valor exculpatório desses documentos.
- A exigência da AdC de apresentação de fundamentação específica quanto ao potencial valor exculpatório desses documentos não tem qualquer apoio na letra da lei, constituindo uma restrição desproporcional do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18.º n.º 2 da CRP, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32.º n.º 10 da CRP – caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional.
- A restrição de acesso aos documentos confidenciais não utilizados na NI redonda numa violação do princípio da igualdade de armas, previsto no artigo 20.º n.º 4 da CRP, porquanto exige-se às Visadas a apresentação de uma especial fundamentação para acesso a estes documentos, enquanto que a AdC acede e conhece tais documentos, que teve oportunidade de analisar, selecionar e utilizar como entendeu, sem qualquer tipo de restrição.
- A norma resultante da conjugação dos artigos 30.º, 31.º e 33.º do RJC, quando interpretada no sentido de estar vedado aos mandatários das Visadas e ao seu assessor económico externo o acesso a documentos classificados como confidenciais, por motivo de segredo de negócio, que se encontrem juntos aos autos, mas que não tenham sido referenciados na Nota de Ilícitude, salvo mediante fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos, é inconstitucional, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32.º n.º 10 da CRP e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20.º n.º 4 da CRP e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

- Para além disso, a exigência de especial fundamentação quanto ao potencial valor exculpatório dos documentos é impossível de cumprir por motivos imputáveis à AdC, constituindo essa exigência uma atuação em *venire contra factum proprium* da Autoridade.
- A AdC exige a fundamentação quanto ao potencial valor exculpatório dos documentos a quem não disponibilizou a indicação do seu conteúdo, que poderia permitir a apresentação desses fundamentos, quase seria uma atuação em *venire contra factum proprium*, dado que a impossibilidade de fundamentar a necessidade de acesso a tais documentos com referência ao seu valor exculpatório resulta da omissão de indicação do seu conteúdo pela AdC.
- Em face do exposto, deverá a Decisão da AdC ser revogada e substituída por outra que admita a disponibilização aos mandatários do DB de cópias dos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio, ainda que não constem indicados na Nota de Illicitude, ou,
- caso assim não se entenda, que seja substituída por outra decisão que autorize a consulta pelos mandatários do DB de todos os documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio, ainda que não constem indicados na Nota de Illicitude.
- Nestes termos e nos mais de Direito, requer a V. Exa. se digne revogar a decisão da Autoridade da Concorrência que indeferiu a disponibilização de cópia integral aos mandatários do DB e substituí-la por outra que defira o pedido de disponibilização de cópias apresentado.
- Caso assim não se entenda, requer-se, subsidiariamente, V. Exa. se digne revogar a decisão da Autoridade da Concorrência que indeferiu o pedido de consulta, nas instalações da Autoridade, por mandatário do DB, dos documentos classificados como confidenciais, ainda que não referenciados na Nota de Illicitude, substituindo-a por outra que admita essa consulta sem necessidade de apresentação de qualquer fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos.

A Autoridade da Concorrência apresentou as suas alegações, nas quais reitera os fundamentos já aduzidos e termina impetrando pela manutenção da decisão administrativa, nos seguintes termos:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

- O objeto do presente recurso prende-se com a Decisão da AdC de 16 de junho de 2015 que: indeferiu o pedido de disponibilização de cópia de todos os elementos confidenciais do processo, por tais documentos “conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais”; indeferiu o pedido genérico de acesso a todos os elementos confidenciais não utilizados pela AdC como meio de prova da infração, convidando a Visada a identificar com maior rigor os documentos que entendia poderem ser relevantes para a sua defesa, após o que a AdC decidiria sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio.
- No que respeita à apreciação da legalidade do indeferimento do pedido de disponibilização de cópia de todos os elementos confidenciais do processo, impõe-se uma análise conjugada do n.º 3 do artigo 31.º e do n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012.
- De acordo com o n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, “sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo, a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º e dos n.ºs 2 e 3 do artigo anterior.”
- No entanto, o n.º 4 do artigo 33.º daquela Lei impõe condições especiais ao acesso a documentos classificados como confidenciais e utilizados pela AdC como meios de prova para a demonstração de uma infração ao direito da concorrência: “o acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo 31.º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência na qual os referidos elementos tenham sido utilizados como meio de prova, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.”
- Ainda que seja manifesto que a Visada não ignora aquele regime legal, pela mesma é defendido no seu requerimento e nas suas alegações de recurso que a proibição legal expressa de reprodução poderia ser ultrapassada “mediante o compromisso escrito, assinado pelos advogados e assessores técnicos que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

tenham acesso ao processo, de não divulgação, nem do seu conteúdo, nem das reproduções que tenham obtido, exceto para os fins legalmente permitidos, bem como da elaboração de uma lista nominal de pessoas com acesso aos documentos." - Tal nunca seria possível.

- Desde logo a letra da lei é clara quanto a uma eventual disponibilização de cópia de todos os elementos confidenciais, por segredo de negócio, utilizados como meio de prova de uma infração às normas da concorrência: não é permitida a reprodução, total ou parcial, por qualquer meio, de tais elementos (cfr. resulta do n.º 4 do artigo 33.º, conjugado com o n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012).
- Mais se entende que tal proibição não pode ser “ultrapassada” por meio de compromisso assinado por advogados e assessores técnicos que tenham acesso ao processo no sentido de não divulgarem o seu conteúdo, nem as reproduções que obtivessem, porquanto de acordo o artigo 30.º da Lei n.º 19/2012, é à AdC que cabe acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.
- O tratamento por parte da AdC da questão relacionada com a não divulgação dos segredos de negócio das empresas impõe um dever legal de cuidado (cfr. artigo 30.º da Lei n.º 19/2012) que não se coaduna com a transferência para um terceiro (distinto da AdC) da proteção dos segredos de negócio contidos num processo de natureza contraordenacional, mesmo sob compromisso da sua não divulgação.
- Deste modo, a não disponibilização por parte da AdC de cópia integral dos elementos classificados como confidenciais em razão de segredo de negócio não pode consubstanciar qualquer tipo de ilegalidade conforme invocado pela Recorrente nas suas alegações de recurso.
- A AdC estaria, sim, a incorrer numa ilegalidade caso disponibilizasse à Visada cópia integral de todos os elementos confidenciais do processo, por direta e manifesta violação do n.º 4 do artigo 33.º e n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012.
- Não pode, efetivamente, colher a alegação da Recorrente que a Decisão da AdC comprime o seu direito de defesa, porquanto o que se verifica no caso em apreço é exatamente o oposto.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Dr Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

- As limitações que o n.º 4 do artigo 33.º e o n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 impõem no acesso ao processo reflete precisamente a necessidade de limitar a compressão do direito à proteção dos segredos de negócio ao mínimo indispensável ao cabal exercício dos direitos de defesa das visadas.
- Tendo por referência o atual enquadramento legal, a proteção dos segredos de negócio é manifestamente distinta no caso de consulta dos documentos confidenciais (que tenham sido utilizados como meio de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência) nas instalações da AdC, quando comparado com a solução pretendida pela Visada de obtenção de cópia de tais documentos confidenciais e consequente transferência para essa entidade, por meio dos seus advogados ou assessores económicos externos, da sua posição de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.
- Este entendimento, em plena observância da lei, permite a efetiva prevalência do direito de defesa dos visados pelo processo, não anulando em absoluto a proteção da confidencialidade das informações relativas a segredos de negócio cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos outros visados pelo processo.
- Não pode, pois, proceder a alegação da Recorrente no sentido de que a interpretação levada a cabo pela AdC relativamente aos preceitos legais em análise, e que justificou a sua decisão de indeferimento, consubstancia uma violação material do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, porquanto existe uma necessidade de harmonização entre o direito de defesa de visados em processos contraordenacional por violação de normas da concorrência e a proteção dos segredos de negócio.
- Por fim, refira-se ainda que no sentido da proibição de obtenção de cópias dos documentos confidenciais por segredos de negócio acessíveis aos assessores das Visadas, apontam diversos documentos orientadores da instrução de processos relativos a práticas restritivas da concorrência, adotados pela Comissão Europeia, nos termos referidos nas presentes alegações.
- Torna-se, deste modo, claro, que a norma do n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012, deve ser interpretada estritamente pelo sentido literal, não sendo permitida a entrega de qualquer cópia de documentos confidenciais, por segredos de negócio, aos assessores externos das Visadas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

- Em síntese, a Decisão da AdC de 16 de junho de 2015 que indeferiu a disponibilização à Recorrente de uma cópia de todos os elementos confidenciais do processo não se encontra ferida de qualquer ilegalidade e não decorre de uma interpretação dos preceitos legais aplicáveis contrária à CRP.
- Quanto ao acesso por parte das Visadas aos documentos que, integrando o processo e tendo sido classificados por parte dos seus titulares como contendo informação confidencial, não foram utilizados como meio de prova para a demonstração da infração, a Recorrente, contrariamente ao entendimento da AdC, entende que deve poder aceder aos mesmos sem qualquer necessidade de fundamentar um possível valor exculpatório.
- No ponto 39 da Nota Metodológica anexa à Nota de Illicitude, a AdC esclareceu os termos em que tais documentos poderiam ser consultados por parte das Visadas, não tendo, no entanto, no seu requerimento de 8 de junho de 2015, a Visada observado tais termos, requerendo a consulta de documentos com elementos confidenciais mas não utilizados como meio de prova sem apresentar qualquer tipo de fundamentação.
- Não tendo a Visada apresentado qualquer tipo de fundamentação, a AdC não teve outra alternativa que não a de indeferir o requerido acesso (cfr. parágrafo 15 e ss da Decisão da AdC de 16 de junho de 2015), tendo, todavia, convidado a Visada “a procurar identificar com maior rigor os documentos que, não tendo sido utilizados pela AdC como meio de prova da infração ou como elementos exculpatórios, entende possam ser relevantes para a sua defesa.” (cfr. parágrafo 24 da Decisão)
- Sucede que, no entendimento da Recorrente, a exigência de fundamentação do potencial valor exculpatório dos documentos confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC como meios de prova da infração não tem apoio na lei, mas não é exato que assim seja.
- A exigência de fundamentação para efeitos de acesso a documentos classificados como confidenciais que no entender da AdC não relevam para efeitos de imputação, é justificada pela necessidade de, também quanto a estes documentos, se fazer uma ponderação entre o direito à não divulgação dos segredos de negócio (n.º 1 do artigo 30.º da Lei n.º 19/2012) e o direito de defesa das Visadas, bem como sobre a medida ou a extensão em que um direito pode vir a prevalecer sobre o outro.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

- E tal ponderação nunca poderá ser realizada em abstrato, tanto mais que não está assente na jurisprudência ou na doutrina, nacional ou Europeia, a prevalência de um direito sobre o outro.
- Deve, antes, ser realizada tendo por referência o caso concreto, o que significa que a AdC terá de analisar individualmente os elementos considerados confidenciais e aferir o prejuízo concreto que possa comprovadamente resultar da divulgação de informação confidencial em causa, bem como analisar a relevância destes documentos para o processo enquanto elementos de prova, designadamente enquanto elementos que possam ser usados pela defesa.
- Não pode, pois, proceder a argumentação expandida pela Recorrente no sentido de que não existe uma exigência de fundamentação prévia ao acesso aos documentos confidenciais e que, consequentemente, permitiria às Visadas um acesso livre a todos os documentos que contivessem informação classificada como confidencial, desde que não utilizados como meios de prova da infração.
- Por outro lado, também não pode colher a argumentação da Recorrente no sentido da impossibilidade da fundamentação específica quanto ao potencial valor exculpatório dos documentos em causa.
- Com efeito, foram disponibilizados às Visadas em anexo à Nota de Ilicitude índices da parte digital e da parte física do processo. Tais índices permitem às Visadas terem uma perspetiva do conjunto de elementos constantes do processo, designadamente dos documentos não utilizados pela AdC como meio de prova da infração.
- Deste modo, importa concluir que foram facultados às Visadas do processo os elementos necessários à fundamentação do acesso a elementos confidenciais não utilizados na Nota de Ilicitude.
- Mesmo que assim não se entendesse, então a Recorrente deveria no seu requerimento de 8 de junho de 2015 quando solicitou o acesso incondicional a todos os documentos classificados como confidenciais ter invocado as razões que agora, em sede de alegações de recurso, vem invocar para tentar demonstrar a impossibilidade de fundamentação.
- Com efeito, em tal requerimento a Visada não alegou a impossibilidade de fundamentação, mas, sim, a desnecessidade de fundamentação, pelo que também esta argumentação não pode proceder nesta sede, não podendo ser



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

considerados os “novos” factos constantes dos parágrafos 72 a 80 das suas alegações.

- Relativamente à alegação de que a necessidade de fundamentação para efeitos de acesso a documentos confidenciais consubstancia uma violação ao princípio da igualdade de armas também a mesma não pode proceder.
- Desde logo importa referir que no cumprimento das suas funções, em especial, e no que ao caso sub judice respeita, na condução de processos contraordenacionais, a AdC pauta a sua atuação com rigorosa observação do princípio da legalidade.
- E o facto de a AdC se encontrar vinculada ao princípio da legalidade implica que, no âmbito da fase de inquérito do presente processo, a AdC tenha valorado a relevância dos documentos apreendidos e dos documentos aportados aos autos pelas Visadas requerentes de dispensa e/ou redução de coima, para efeitos de imputação da infração.
- Isto significa que tal valoração compreendeu também a análise dos elementos com potencial caráter exculpatório. Ou seja, para efeitos de imputação, a AdC levou, naturalmente, em linha de conta o conteúdo potencialmente exculpatório de diversos documentos, pelo que se afasta e se recusa a posição da Recorrente de que a atuação da AdC na seleção de prova foi feita de forma discricionária (“utilizar e não utilizar [documentos] como entendeu”).
- Também não se pode aceitar que a Decisão da AdC consubstancia uma violação do princípio da igualdade de armas, decorrente do direito a um processo equitativo (cf. n.º4 do artigo 20.º da CRP e artigo 6.º da CEDH), bem como uma violação do direito de defesa tal como consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da CRP.
- Com efeito, uma análise sumária à doutrina e jurisprudência sobre esta questão é suficiente para concluir pela improcedência de tal argumentação, porquanto os Tribunais – sempre acompanhados pela Doutrina – têm entendido que a dimensão garantística do processo penal (e, por analogia, do processo contraordenacional) face à sua repercussão nos direitos e liberdades fundamentais do arguido, obsta a um entendimento de tal processo como um verdadeiro processo de partes.
- No caso em apreço, a Recorrente não foi coartada no seu direito de aceder a documentos que estão integrados no processo e que poderão, em abstrato, ter



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

um valor exculpatório, mas perante o conflito entre o direito de defesa e a proteção dos segredos de negócio, a AdC tem que assegurar que, ainda que prevalecendo o primeiro, o segundo não fica esvaziado do seu conteúdo. Daí que a única maneira de a AdC assegurar esta harmonização seja através de uma fundamentação prévia ao acesso.

- O fundamento da AdC para indeferir a pretensão da Visada prendeu-se com a falta de fundamentação do potencial valor exculpatório, não se tratando de um indeferimento “cego”, infundado e potencialmente lesivo dos direitos de defesa da Recorrente.
- Note-se, aliás, que a AdC indeferiu o pedido genérico de acesso a todos os documentos confidenciais não usados como meio de prova da infração, mas convidou a Visada a “identificar com maior rigor os documentos que entende que possam ser relevantes para a sua defesa”, após o que a AdC decidiria “sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio.”
- Refira-se, por fim, que a atuação da AdC não consubstancia qualquer violação do princípio da igualdade de armas porquanto estando em causa documentos que não foram classificados como confidenciais, o acesso aos mesmos foi feito de imediato às Visadas pelo processo aquando da notificação da Nota de Ilícitude. (cfr ponto 35 da Nota Metodológica anexa à Nota de Ilícitude).
- Todo o exposto supra, aplica-se também à alegação da Recorrente de que a necessidade de fundamentação do acesso a documentos confidenciais consubstancia uma violação do direito de defesa consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, pelas razões já sobejamente elencadas nas presentes Alegações.
- Devem, assim, improceder integralmente as alegações apresentadas pela Recorrente.

II – Fundamentação

Importa analisar a questão contendente com o indeferimento do pedido de cópia de documentos classificados como confidenciais, por conterem segredos de negócio e com o indeferimento do pedido genérico de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

acesso a todos os documentos confidenciais não utilizados pela Autoridade da Concorrência como meio de prova da infração, tendo a Autoridade Administrativa convidado a Visada a identificar com maior rigor os documentos que entende possam ser relevantes para a sua defesa, após o que a Autoridade da Concorrência decidirá sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio.

Como tarefa prévia à apreciação concreta de cada uma das apontadas decisões que, no entender das Defesas, bule com os princípios constitucionais do direito à defesa e igualdade de armas, cumpre explicitar o conteúdo destes princípios.

O artigo 50.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e o seu correspondente no Regime Jurídico da Concorrência (^{conferir artigo 25.º, n.º 1}) exigem, em obediência ao comando constitucional (^{conferir artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa}), que sejam comunicados aos arguidos os factos que lhe são imputados, a respetiva qualificação jurídica e as sanções em que incorrem.

Estes preceitos visam garantir ao arguido (visado) que é ouvido no processo contraordenacional sobre os factos que lhe são imputados, representando uma óbvia decorrência do princípio geral do contraditório inerente ao Estado de Direito Democrático.

Dispõe o artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa que nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

Em anotação a este preceito, Jorge Miranda e Rui Medeiros – ^{vide} Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, p. 363, *apud* acórdão do Tribunal Constitucional n.º 203/2009 – afirmam: “O n.º 10 garante ao arguido em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e de defesa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar, ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido e, possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.”.

No mesmo sentido vai o pensamento de Frederico de Lacerda da Costa Pinto – conferir o interessante estudo: “Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, constante da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, N.º 1 (janeiro/março de 2013), Coimbra Editora, pp. 63/121 – propondo a compreensão do direito de audiência e defesa do arguido sob a perspetiva de duas dimensões distintas: uma assente no equilíbrio sistemático interno, recusando-se a subversão da sequência de atos próprios do processo de contraordenação pela constante invocação subsidiária de normas de processo penal, nomeadamente quando possam desvirtuar a diferença entre a imputação anterior à defesa e a decisão final do processo; e outra assente no equilíbrio sistemático externo, como corolário do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa, na vertente de que as garantias acolhidas constitucionalmente para o processo contraordenacional são propositadamente distintas das previstas para o processo criminal, em razão da diferente axiologia pressuposta pelas respetivas naturezas jurídicas.

Neste sentido conflui igualmente a jurisprudência constitucional que, escorada na perene ideia da menor ressonância ética do direito contraordenacional por comparação ao processual penal, explanou, de forma bem expressiva no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/99, cujo relator foi o Exmo. Senhor Conselheiro Tavares da Costa, que “a preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela observância do contraditório, de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para dela se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do nº 5 do artigo 32º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito em causa.”.

E prossegue, referindo: “Ou seja, ressalvado esse núcleo intocável – que impede a prolação da decisão sem ter sido dada ao arguido a oportunidade de “discutir, contestar e valorar” (parecer nº 18/81 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, 16ºvol., pág. 154) – não existe um espartilho constitucional formal que não tolere certa maleabilidade do exercício do contraditório.” – *vide* mais recentemente e retomando a mesma jurisprudência, *inter alia*, acórdãos do Tribunal Constitucional nº 461/2011, 537/2011 e 73/2012.

Neste conspecto, surge em estreita conexão com o anteriormente exposto o princípio da igualdade de armas ou, na sua expressão mais ampla, o princípio do processo equitativo.

O sobremencionado princípio constitui uma emanção do princípio da igualdade, plasmado no artigo 13.º, da Constituição da República Portuguesa, tendo lídima explicitação no artigo 20.º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa e artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Homem, recebida diretamente na ordem jurídica nacional por via do disposto no artigo 16.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Como refere Paulo Pinto de Albuquerque – *in Comentário do Regime Geral das Contraordenações à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, UCE Editora, p. 142* – a “causa deve ser julgada mediante processo equitativo, que reconheça à entidade instrutora (a autoridade administrativa) / entidade acusadora (Ministério Público ou, quando seja admissível, assistente) e ao arguido uma posição de igualdade material (igualdade de armas). Este princípio só se concretiza plenamente na fase judicial do processo, pois só nessa fase o arguido e a autoridade acusador se confrontam em pé de igualdade, diante de um terceiro imparcial, o juiz.”.

Do mesmo modo se pronuncia a jurisprudência, merecendo destaque pela clareza o acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional n.º 404/2013, cuja relatora foi a Exma. Senhora Conselheira Ana Guerra Martins, concluindo “que, sem prejuízo de os arguidos em processo contraordenacional gozarem de várias garantias de defesa – sejam elas de génese procedural administrativa, sejam antes de génese processual (ou jurisdicional) –, importa reiterar que a eventual preterição dessas garantias de defesa, durante a fase administrativa de um procedimento contraordenacional não implica uma violação do direito a um processo equitativo (conferir artigo 20º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), pois este apenas reclama aplicação em caso de tramitação de um processo jurisdicional”, sendo certo que “de todo o modo sempre se imporia a convocação da norma constitucional decorrente do n.º 10, do artigo 32.º, da Constituição da República Portuguesa.”.

Aduzindo ainda, e a respeito do potencial conflito com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que não obstante o artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagre “um conceito amplo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

de *processo equitativo*, que não só abarca os processos de natureza cível, como os processos de natureza criminal e ainda os processos de cariz contraordenacional ou mesmo os procedimentos de tipo administrativo”, deve entender-se que “a interpretação extensiva que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem extraído do artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – no sentido de nele abrincar o *direito a um processo equitativo*, quer no âmbito de procedimentos contraordenacionais, quer mesmo no âmbito de procedimentos de tipo administrativo ou de ações jurisdicionais perante os tribunais administrativos – decorre apenas da exiguidade semântica daquele preceito convencional.”.

E termina, considerando que a necessidade de interpretação ampliativa da norma consagradora do *direito a um processo equitativo* sentida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem “não opera no caso do bloco de normatividade constitucional portuguesa”, porquanto, “ao contrário do que sucede com aquele texto internacional, a Constituição da República Portuguesa contém um leque multifacetado de normas consagradoras de direitos fundamentais de defesa dos indivíduos (e das pessoas coletivas) face ao exercício de poderes sancionatórios”, dos quais assume autêntica expressão o disposto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa “que procede a uma extensão das *garantias de defesa*, em processo penal, aos demais processos de tipo sancionatório, quando se encontrem em *fase jurisdicional*.”.

É, pois, com o sobredito enquadramento que deve ser compreendido o princípio de audiência e defesa consagrado no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa e o princípio do processo equitativo, quer na sua dimensão nacional quer internacional, razão pela qual se pode desde já concluir que improcede qualquer suposta violação do princípio do processo equitativo, tal como defendido pelas Visadas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Podemos agora descer às concretas questões que constituem o objeto do vertente recurso e já acima enunciadas.

O Regime Jurídico da Concorrência corresponde à concretização constitucional devidamente enunciada no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, que proclama como incumbência prioritária do Estado, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.

Para tanto se constituiu a Autoridade da Concorrência e, em termos estatutários são-lhe atribuídos poderes capazes de tornar exequível o programa constitucional e bem assim o programa comunitário.

Entre esses poderes, equivalentes aos atribuídos aos órgãos de polícia criminal e elencados no artigo 18.º, do Regime Jurídico da Concorrência, assumem especial relevo os atinentes, precisamente, à imposição legal da Autoridade da Concorrência, na instrução dos processos, acautelar o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio, sem prejuízo de sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio, conceder à empresa, associação de empresas ou outra entidade a que as mesmas se referem a oportunidade de se pronunciar, a fim de ser junta versão da documentação com caráter não confidencial – conferir artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência.

Isto para dizer que decorre da própria essência dos procedimentos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência a consideração da existência de elementos documentais que não podem ser disponibilizados



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

aos visados ou arguidos, porquanto assumem caráter confidencial e assim a preservação do segredo surge não só como admissível e lícita, como se impõe como exceção ao direito de audiência e defesa – conferir, para cabal entendimento desta problemática: “Segredos de negócio vs. Direitos de defesa do arguido nas contraordenações da concorrência”, da autoria de Patrícia Lopes, *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, N.º 4 (outubro/dezembro 2010), Almedina, pp.62/107.

Por essa razão, quer a jurisprudência comunitária de há longo tempo (conferir acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 29 de junho de 1995, Solvay vs. Comissão Europeia, processo T-30/91, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>) quer a (ainda) escassa jurisprudência nacional (conferir sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proferida no processo n.º 766/06.4TYLSB, pela Meritíssima Juíza de Direito Maria José Costeira, e disponível em: <http://www.concorrencia.pt/>) pugnam que o escopo a atingir passa pela boa harmonia entre o dever de proteção dos segredos de negócio e a garantia do exercício dos direitos de defesa, efetivada através da consecução de um juízo de prognose que, fazendo apelo aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade (conferir artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), pondere a preservação dos valores constitucionais em presença.

Neste conspecto, só casuisticamente se pode aferir da maior ou menor preponderância da preservação do segredo de negócio perante o respeito do direito de defesa dos visados ou arguidos. A questão está pois em saber a extensão que deve ser concedida à reserva inerente à documentação classificada como confidencial.

Com interesse para o objeto do recurso, o Regime Jurídico da Concorrência (aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) dispõe expressamente sobre a matéria, designadamente nos seus artigos 15.º, n.º 1, alínea c), 30.º, n.º 2 e 3, 31.º, n.º 3, 33.º, n.º 3 e 4 e 81.º.

Vejamos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Dispõe o artigo 33.º, n.º 3 e 4, do Regime Jurídico da Concorrência:

“(…)

3 – Qualquer pessoa, singular ou coletiva, que demonstre interesse legítimo na consulta do processo pode requerê-la, bem como que lhe seja fornecida, a expensas suas, cópia, extrato ou certidão do mesmo, salvo o disposto no artigo anterior.

4 – O acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo 31.º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência na qual os referidos elementos tenham sido utilizados como meio de prova, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.”.

Por seu turno, o artigo 31.º, n.º 3 dispõe o seguinte:

“(…)

3 – Sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo, a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º e dos n.os 2 e 3 do artigo anterior.”.

E o artigo 15.º, n.º 1, alínea c), dispõe que:

“1 – Sempre que a Autoridade da Concorrência solicitar, por escrito, documentos e outras informações a empresas ou quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, o pedido deve ser instruído com os seguintes elementos:

(…)

c) A menção de que as empresas devem identificar, de maneira fundamentada, as informações que consideram confidenciais, por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas;

(...).”.

Dispondo o artigo 30.º, n.º 2 e 3 o seguinte:

“(…)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Dr Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

2 – Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas.

3 – Sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio, concede à empresa, associação de empresas ou outra entidade a que as mesmas se referem a oportunidade de se pronunciar, nos termos do número anterior.

(...).”.

Quanto à documentação atinente ao pedido de dispensa ou redução de coima, dispõe o artigo 81.º, sob a epígrafe documentação confidencial, estatuindo:

“1 – A Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima.

2 – Para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 25.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo acesso ao pedido de dispensa ou redução da coima, aos documentos e às informações referidos no número anterior, não sendo deles permitida qualquer reprodução, exceto se autorizada pelo requerente.

3 – O acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações apresentados pelo requerente, para efeitos da dispensa ou redução da coima, carece de autorização deste.

4 – Ao visado pelo processo não será concedido acesso a cópias das suas declarações orais e aos terceiros será vedado o acesso às mesmas.”.

A primeira das questões objeto de recurso tange com o acesso pela defesa à reprodução da documentação confidencial que serviu como meio de prova para a elaboração da nota de ilicitude.

Ora, a norma plasmada no artigo 33.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Concorrência prevê precisamente que: (i) no caso de um processo em que a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Autoridade da Concorrência utilize como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, (ii) o acesso a tal documentação é apenas facultado ao advogado ou ao assessor económico externo, (iii) é-o estritamente para efeito de resposta à nota de ilicitude e da futura impugnação judicial e (iv) não é permitida a reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.

Contrariamente à regra consagrada de pleno acesso ao processo após o ato de notificação da nota de ilicitude (^{conferir artigo 33.º, n.º 1, 2 e 3, do Regime Jurídico da Concorrência}), o legislador sentiu a expressa necessidade de acautelar o especial melindre do acesso ao processo quanto à documentação confidencial, assim se buscando o equilíbrio (sempre instável) entre preservação do segredo de negócio e inerente dimensão constitucional de tutela da vida privada e livre iniciativa e o direito de audição e defesa.

Por isso, a documentação confidencial utilizada como meio de prova é acessível somente pelo advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para resposta à nota de ilicitude ou impugnação judicial.

E quanto à reprodução?

Consideram as Defesas que o preceito atende à reprodução a efetuar futuramente pelo próprio advogado ou assessor económico externo, mas não impede que, a solicitação dos visados, a própria Autoridade da Concorrência faculte a reprodução da documentação (formato físico ou digital) ao advogado ou assessor económico externo.

Em sentido contrário, a Autoridade da Concorrência antevê uma leitura estritamente literal da norma, porquanto é essa, no seu entender, a única consentânea com a salvaguarda da confidencialidade dos segredos de negócio.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Na fixação do sentido e alcance da lei, além do mais, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados – conferir artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil.

Primus, importa considerar que a redação do artigo refere que “o acesso aos documentos é dado apenas ao advogado e assessor económico externo”. Pois bem, se a intenção fosse facultar a reprodução da documentação, o legislador deveria ter dito que “a reprodução dos documentos é facultada apenas ao advogado e assessor económico externo”, porquanto reproduzir é já uma forma de aceder, assim se evitando a repetição inútil da mesma ideia.

Secundus, o legislador refere “não sendo permitida a sua reprodução”, ou seja, a utilização do gerúndio sugere precisamente a interposição de uma ideia acessória, qual seja a de que se facilita o acesso ao processo, mas não a sua reprodução.

Tertius, a ser procedente a interpretação formulada pelas Visadas, haveria de concluir-se que, não sendo permitida a reprodução, total ou parcial por qualquer meio, o próprio advogado ou assessor económico externo estariam impedidos de fazer uma cópia daquela reprodução para o seu computador pessoal, fosse no escritório ou em casa, assim se consagrando o absurdo.

Quartus, cumpre relevar a interpretação que melhor preserva a unidade do sistema jurídico e a sua coerência interna, o que inculca, olhando o disposto no artigo 81.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência, a ideia de não ser permitida a reprodução *tout court* dos documentos classificados como confidenciais, atendendo a que a *ratio legis* que preside à redação da aludida norma é, neste particular (sem prejuízo da especificidade respeitante



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

à proteção do requerente de clemência), a mesma que funda a solução prevista no artigo 33.º, n.º 4, do mesmo Regime Jurídico da Concorrência.

Por outro lado, é também esta a interpretação que melhor se coaduna com a consideração da vertente legislativa comunitária, designadamente olhando o disposto no artigo 15.º, do Regulamento (CE) N.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004 e, bem assim, o ponto 44 da Comunicação 2005/C 325/07, de 22 de dezembro de 2005.

Haverá, então, de conceder-se que, a este propósito, o legislador escolheu: entre a preservação do segredo de negócio e a garantia dos direitos de defesa, optou por consagrar uma solução equilibrada, permite o acesso ao processo, mas não permite a sua reprodução.

Em face de tudo quanto antecede, e salvaguardada melhor e mais doura opinião, propendemos a considerar que a interpretação que melhor se adequa ao pensamento legislativo e à coerência do sistema jurídico é aquela que a Autoridade da Concorrência formulou, sendo também a que evita o incurso em soluções menos acertadas.

Do mesmo modo, à propugnada interpretação não antevemos qualquer obstáculo de natureza constitucional, porquanto o que a Constituição da República Portuguesa consagra é o direito de audiência e defesa, como expressão concretizada do exercício do contraditório, manifestado quer no direito de acesso ao processo quer no dever de identificação da prova (somente) na decisão final – conferir o estudo já mencionado da autoria de Frederico de Lacerda da Costa Pinto: “Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, constante da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, N.º 1 (janeiro/março de 2013), Coimbra Editora, p. 115 – não decorrendo do referido princípio qualquer direito a obter a reprodução da matéria probatória constante dos autos. E estando o direito de audiência e defesa plenamente garantido e respeitado, não se encontra qualquer fundamento, neste



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

particular, para o recurso interposto, que assim improcede, relembrando-se que seguidamente à fase administrativa decorrerá, assim o queiram as Visadas, a fase jurisdicional, onde o contraditório tem a sua sede plena.

No que tange com o deferimento da consulta nas instalações da Autoridade da Concorrência das versões não confidenciais dos pedidos de dispensa ou redução de coima, é, na verdade, solução que decorre inteiramente da lei, nomeadamente do disposto no artigo 81.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência.

Ora, mais uma vez, não se obriga que a norma em apreço incorra em qualquer vício de constitucionalidade material, impondo-se a solução da lei como cristalina e inequívoca, não admitindo tergiversações, pelo que o recurso, também neste particular, não demonstra fundamento e improcede.

Importa, agora, aferir do acerto da decisão da Autoridade da Concorrência quanto ao indeferimento do pedido genérico de acesso a todos os documentos confidenciais não utilizados pela Autoridade da Concorrência como meio de prova da infração, tendo a Autoridade Administrativa convidado a Visada a identificar com maior rigor os documentos que entende possam ser relevantes para a sua defesa, após o que a Autoridade da Concorrência decidirá sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio.

Vejamos.

A Autoridade da Concorrência sustenta que a exigência de fundamentação para efeitos de acesso a documentos classificados como confidenciais é justificada pela necessidade de se fazer uma ponderação entre o direito à não divulgação dos segredos de negócio e o direito de defesa das Visadas, e tal ponderação não pode ser trabalhada num plano



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

abstrato, havendo que ser aferido o prejuízo concreto que possa comprovadamente resultar da divulgação de informação confidencial em causa, bem como analisar a relevância destes documentos para o processo quer enquanto elementos de prova quer enquanto elementos que possam ser usados pela defesa.

As Visadas contestam estes argumentos, esgrimindo com o facto de a própria Autoridade da Concorrência obviar a que as Visadas possam fundamentar de forma concretizada os motivos pelos quais entendem como favorável à defesa a consulta de alguns elementos documentais constantes dos autos, ao não explicitar de forma clara, ainda que resumida, o teor de todos e cada um dos documentos, limitando-se a uma descrição genérica que não permite a realização de um juízo crítico sobre o valor “inculpatório” ou “exculpatório” de tal documentação classificada como confidencial.

Como se observa com clareza da já citada sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa e como adverte Patrícia Lopes – *vide “Segredos de negócio vs. Direitos de defesa do arguido nas contraordenações da concorrência”, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, N.º 4 (outubro/dezembro 2010), Almedina, p. 92* – “quando em determinado processo contraordenacional da concorrência, surja um conflito entre os direitos de defesa do arguido e o interesse legítimo de terceiros na salvaguarda da não divulgação dos respetivos segredos de negócio, há que agir com enorme prudência, pois estão em confronto valores cuja preservação pode trazer consequências gravosas a diversos níveis”.

A este propósito é usual distinguir-se entre a documentação confidencial que adquira caráter “inculpatório” e aquela outra que assuma relevância “exculpatória”.

Ainda que, haja de considerar que “um meio de prova não é exclusivamente inculpatório ou exculpatório” – conferir a anotação da autoria de José Lobo Moutinho e Henrique Salinas, in Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, p. 338 –



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

propendemos a aceitar que o âmago do problema reside nos casos de documentação que possa assumir uma vertente “exculpatória” em relação às infrações imputadas aos visados ou arguidos.

Como refere Nuno Ruiz – conferir “Comentário à sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa no proc. 766/06.4TYLSB «Nestlé»”, inserido na Sub Judice, Revista de Direito e Sociedade N.º 40, Almedina, pp. 125/33 – “no caso dos documentos inculpatórios, a presunção de inocência compensa suficientemente as limitações do contraditório”, adensando-se o problema no caso dos documentos exculpatórios, mas ainda assim, admite o autor, tratam-se de “situações absolutamente excepcionais e raríssimas”, só se admitindo uma preterição dos legítimos interesses de terceiros ao segredo de negócio nestas situações quando não haja possibilidade de “obter uma versão não confidencial do documento ou um resumo não confidencial do mesmo que permita ao advogado perceber suficientemente a relevância da prova que lhe foi omitida”.

Porém, o caminho trilhado pela jurisprudência comunitária, desde o já citado acórdão do Tribunal de Primeira Instância Solvay vs. Comissão Europeia, e cujas considerações têm sido sucessivamente reiteradas, sugere a adoção de um maior grau de exigência – *vide, inter alia*, acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschap pij e outros vs. Comissão Europeia, processos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P; acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e outros vs. Comissão Europeia, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P; acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 13 de abril de 2005, Verein für Konsumenteninformation vs. Comissão Europeia, processo T-2/03; acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de outubro de 2011, Solvay vs. Comissão Europeia, processo C-109/10P; acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de fevereiro de 2014, Comissão Europeia vs. EnBW Energie Baden-Württemberg AG, Reino da Suécia, Siemens AG e ABB Ltd, processo C-365/12P, todos disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Depois de perorar acerca da imperiosa necessidade de o processo ser conduzido de forma transparente (embora com uma conceção do princípio de igualdade de armas que não tem cabimento num processo contraordenacional de génese sancionatória pública como o nosso), afirma o aludido acórdão que a finalidade de uma lista com a catalogação da informação confidencial impõe que as indicações dela constantes deem aos visados informações suficientemente precisas e detalhadas para lhes permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos são suscetíveis de ser pertinentes para a sua defesa – conferir considerandos 83, 89, 93, 94 e 101, do acórdão.

E desta asserção duas ideias essenciais se retiram ainda da jurisprudência comunitária. Por um lado que a violação dos direitos de defesa ocorrida na fase do procedimento administrativo não pode ser regularizada durante o processo no Tribunal, dado que este se limita a um controlo jurisdicional dos fundamentos invocados, não se substituindo a uma instrução completa do processo – conferir acórdão do Tribunal de Primeira Instância Solvay vs. Comissão Europeia, considerando 98. Por outro lado que quando o acesso ao processo, e mais especificamente a documentos ilibatórios, é garantido na fase do processo judicial, a empresa em causa não tem de demonstrar que, se tivesse tido acesso aos documentos não comunicados, a decisão da Comissão teria tido um conteúdo diferente, mas apenas que esses documentos poderiam ter sido úteis à sua defesa – conferir acórdão do Tribunal de Justiça Solvay vs. Comissão Europeia, considerando 57.

Na jurisprudência nacional, merece referência a sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa que cominou com nulidade insanável, nos termos do disposto no artigo 119.º, alínea c), do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, a fundamentação da decisão administrativa com base em elementos confidenciais não comunicados à arguida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Aqui chegados, importa apreciar *in casu*.

É inegável aceitar a argumentação da Autoridade da Concorrência no sentido de indeferir o pedido de acesso genérico e integral das Visadas à documentação confidencial não utilizada como meio de prova – e que por isso não se encontra abrangida pela exigência plasmada no artigo 33.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Concorrência – sem que seja identificado com rigor os documentos que entendem poder ser relevantes para a sua defesa. Só depois, e concorda-se, a Autoridade da Concorrência poderá decidir de forma crítica sobre a oportunidade de acesso à documentação e necessariamente mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio, porquanto é esta a visão que se afigura obediente às consabidas coordenadas constitucionais que presidem ao processo de tomada de decisão: preservação dos segredos de negócio e garantia dos direitos de defesa.

E portanto o Tribunal conclui que não pode proceder o pedido das Visadas de ter acesso “indiscriminado” a toda a documentação confidencial existente nos autos, já por tal não estar abrangido pela previsão constante do artigo 33.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Concorrência que se dirige somente à documentação utilizada como meio de prova, já pelo sobredito entendimento não configurar, pelas razões que fomos deixando, qualquer violação dos preceitos constitucionais atendíveis.

Improcede, também nesta parte, o recurso das Visadas.

No entanto, importa reter e valorar os avisos da jurisprudência comunitária, pelo que estendendo o olhar aos anexos juntos com as notas de ilicitude constata-se que os mesmos indicam a proveniência do documento, indicam a data, indicam a localização, indicam a classificação (pública, parcialmente confidencial ou confidencial) mas podem subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se realizam uma descrição suficientemente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efetivo exercício do direito de defesa.

Com efeito, tendemos a considerar os argumentos apresentados pelas sociedades visadas quando referem que atentando na escassa informação aduzida na descrição de cada documento torna-se pois difícil, senão inviável, compreender o teor do documento de molde a buscar qualquer motivação que funde o seu direito de acesso ao processo.

Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece.

Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente.

E só nesse momento se pode exercer o inderrogável direito de defesa.

Concede-se que, porventura, a Autoridade da Concorrência efetuou já um juízo sobre o potencial valor exculpatório da documentação confidencial constante dos autos que não foi utilizada como meio de prova, e, concede-se igualmente, terá extraído fundadamente a conclusão que a mesma é inócua.

Concede-se. Mas não só a documentação está nos autos e é meio de prova, ainda que não expressamente invocada como tal, como a Autoridade da Concorrência, se efetuou tal juízo, poderá não ter adotado fundamentação bastante.

Destarte, relevando a fase processual dos autos, o Tribunal entende ser seu dever, sem que assim se descortine qualquer tentativa de interferência na instrução que é da exclusiva competência da Autoridade da Concorrência, alertar que a comummente invocada “jurisprudência das cautelas” poderá determinar uma mais funda reflexão sobre a suficiência da descrição dos documentos em causa, de molde a obviar debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa, com as decerto indesejadas consequências daí resultantes.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 225/15.4YUSTR

Sem embargo do que antecede, em face do exposto e por todas as sobreditas razões, o Tribunal indefere os recursos apresentados.

III – Decisão

Em face do exposto, o Tribunal, em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, julga os presentes recursos interlocutórios totalmente improcedentes.

Condenação em custas pelas Visadas, fixando-se a taxa de justiça em 3 UC – artigo 93.º, n.º 3 e 4, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigo 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais.

*

Deposite.

Notifique e comunique à autoridade administrativa, sendo esta com envio de certidão judicial.

Após trânsito, arquive os autos neste Tribunal, diligenciando pela lacração da versão confidencial e guarda em local seguro.

Sérgio Martins P. de Sousa

(Texto processado em computador e integralmente revisto pelo signatário – Juiz de Direito)

Santarém, 28 de setembro de 2015