



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Recurso Penal nº 225/15.4YUSTR.L1

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas – Contraordenação nº 225/15.4YUSTR – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – 1º Juízo

Acordam, em conferência, na 5ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa,

Relatório

No âmbito da Contraordenação com o nº 225/15.4YUSTR que corre termos no 1º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o Banco Espírito Santo, S.A., a Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL e o Deutsche Bank Aktiengesellschaft – Sucursal em Portugal, impugnaram judicialmente a decisão administrativa proferida pela Autoridade da Concorrência, que tinha:

(i) indeferido o pedido genérico de acesso a todos os documentos confidenciais não utilizados pela Autoridade da Concorrência como meio de prova da infracção, tendo 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 decidiria sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio);

(ii) indeferido o pedido de cópia de documentos classificados como confidenciais, por conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais;

(iii) deferido a consulta nas instalações da Autoridade da Concorrência dos documentos confidenciais usados como meios de prova da infracção;

(iv) deferido a consulta nas instalações da Autoridade da Concorrência dos documentos confidenciais que instruem os pedidos de dispensa ou redução de coima e que são usados como meios de prova da infracção; e

(v) deferido a consulta nas instalações da Autoridade da Concorrência das versões não confidenciais dos pedidos de dispensa ou redução de coima.

A decisão administrativa foi mantida integralmente pela sentença.

*

Sem se conformar com tal decisão a Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL interpôs recurso em que pede a revogação da sentença.

Para tanto, formula as conclusões que se transcrevem:

1. O presente recurso vem interposto da Sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 28 de setembro de 2015, pela qual esse Tribunal julgou improcedente o recurso interposto pela CCAM nos termos da qual esta pediu:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(i) a revogação da Decisão da AdC que indeferiu a disponibilização de cópia integral aos mandatários da CCAM e a substituição por outra que deferisse o pedido de disponibilização de cópias apresentado; bem como

(ii) a título subsidiário, a revogação da Decisão da AdC que indeferiu o pedido de consulta, nas instalações da AdC, por mandatário da CCAM dos documentos classificados como confidenciais, ainda que não referenciados na NI e a substituição por outra que admitisse essa consulta sem necessidade de apresentação de fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos.

2. Da leitura da Sentença resulta que o Tribunal a quo não se pronunciou verdadeiramente sobre o recurso interposto pela CCAM, não tendo tomado uma decisão quanto a questões que foram suscitadas pelo recurso interposto pela CCAM.

3. Com efeito, no recurso apresentado, a CCAM tinha suscitado as seguintes questões que não foram apreciadas pelo Tribunal a quo:

(i) "no processo surgem qualificados como totalmente confidenciais dezenas de milhares de ficheiros e documentos sobre os quais manifestamente não houve qualquer escrutínio, nem por parte dos interessados na tutela dos segredos de negócio, nem por parte da AdC";

(ii) "a interpretação do artigo 33º nº 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 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".

4. Não se tendo pronunciado sobre estes aspectos devidamente suscitados pela CCAM no seu recurso, o Tribunal a quo não conheceu de uma matéria fundamental à garantia do direito de defesa da Visada.

5. A omissão de pronúncia do Tribunal a quo relativamente às questões jurídicas pertinentes acima identificadas, implica a **nulidade da Sentença, nos termos do disposto nos artigos 379º nº 1 alínea c) do CPP, aplicável por remissão do artigo 41º nº 1 do RGCO**, nulidade que expressamente se argui.

6. A Sentença enferma ainda de uma **contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, o que implica a invalidade desta decisão, nos termos do disposto nos artigos 410º nº 2 alínea b) do CPP, aplicável por remissão do artigo 41º nº 1 do RGCO**, nulidade que expressamente se invoca, requerendo que a mesma seja revogada e substituída por outra que sane tal vício.

7. Na verdade, depois de ter concluído que o direito constitucional de defesa da Visada não sairia afetado pela exigência imposta pela AdC de a Visada identificar com rigor os documentos que possa considerar relevantes para a sua defesa, bem como de fundamentar quanto ao potencial



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

exculpatório desses documentos, veio o Tribunal a quo reconhecer que era inviável a Visada fazê-lo tendo em conta que a descrição feita pela AdC dos documentos nos anexos juntos com a NI era escassa e suscetível de comprometer o direito de defesa da Visada.

8. A decisão do Tribunal a quo de julgar improcedente o pedido da CCAM para que fosse disponibilizada cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelos demais Visados aos seus mandatários **interpretou e aplicou incorretamente o disposto no artigo 33º, nº 4 do RJC**, erro de Direito que se requer que V. Exas. corrijam.

9. O artigo 33º nº 4 do RJC pressupõe que ao advogado ou ao assessor económico externo é dado acesso às passagens dos referidos documentos que contêm efetivamente segredos de negócio e que foram objeto de resumo destinado a protegê-los de terceiros não Visados, e que, em tudo o resto, o documento lhes é inteiramente acessível, não pressupondo que o acesso deve ser apenas permitido mediante consulta.

10. A interpretação pretendida pelo Tribunal a quo do referido preceito legal em nada protege a confidencialidade.

11. As condicionantes impostas à reprodução de documentos, ao obrigar as visadas a contratar vastas equipas de advogados e assessores económicos de forma a assegurar o mínimo exercício do direito de defesa, introduz no exercício do direito de defesa uma intolerável discriminação em razão dos meios financeiros de que dispõe cada visada.

12. Assim, qualquer outra solução que não seja disponibilizar as cópias aos advogados e assessores económicos externos representa uma tutela meramente formal dos direitos de defesa e uma violação material do artigo 32º nº 10 da CRP, sem qualquer benefício equivalente e proporcional da proteção do segredo de negócio.

13. A norma contida no artigo 33º nº 4 do RJC traduz efetivamente um equilíbrio aceitável entre a tutela dos direitos de defesa e a proteção dos segredos de negócio, mas apenas na medida em que:

(i) a AdC tenha exercido um adequado controlo sobre os segredos de negócio contidos na documentação do processo a que recorreu para imputar a alegada infração à Visada e, em geral, sobre a restante documentação, tendo em conta a eventual existência de elementos exculpatórios; e em que

(ii) tais segredos de negócio sejam corretamente identificados e os advogados dos Visados os possam conhecer totalmente apenas para efeitos do direito de defesa.

14. Os entorpecimentos de análise, causados pela recusa de disponibilização de cópia dos documentos, coloca definitivamente em causa a possibilidade de a Visada exercer cabalmente o seu direito de defesa, o que representa uma violação do artigo 32º nº 10 da CRP.

15. A norma contida no artigo 33º nº 4 do RJC, interpretada no sentido de que nela se proíbe a disponibilização de cópia aos advogados e assessores económicos externos dos Visados de documentos considerados confidenciais por conterem segredo de negócio é



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

inconstitucional, por violação do direito de defesa, decorrente dos artigos 32º nº 10 e 18º nº 2 da CRP, por não ter apoio em lei expressa e não ser proporcional.

16. Requer-se, assim, que seja revogada a sentença proferida pelo Tribunal a quo, na parte em que não revogou a decisão da AdC que não autorizou a disponibilização de cópia integral do processo à Visada, incluindo cópia dos documentos confidenciais, independentemente de serem ou não utilizados como prova da infração pela AdC, e substituída por outra que defira tal pedido.

17. A Sentença deve ainda ser revogada por representar uma **interpretação inconstitucional dos artigos 30º, 31º e 33º do RJC, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20º nº 4 da CRP e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.**

18. A exigência de fundamentação do potencial valor exculpatório dos documentos confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC na NI para permissão aos Visados do acesso a esses documentos não tem apoio na letra da lei, não estando a mesma prevista no artigo 33º nº 1 do RJC.

19. Tal exigência constitui, deste modo, uma **restrição desproporcional do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18º nº 2 da CRP**, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP – caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional.

20. A correta interpretação do artigo 31º nº 3 do RJC impõe que ao advogado ou ao assessor económico externo, estritamente para preparação da defesa, é dado acesso aos documentos classificados como confidenciais, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do nº 1 do nº 3 do artigo 15º e dos nºs 2 e 3 do artigo 30º, que são ou podem ser utilizados pela AdC no processo.

21. Tendo a AdC decidido manter nos autos os documentos em causa – ainda que não os utilize na NI – tal apenas pode justificar-se pela sua relevância para os factos sob investigação, sob pena de violação do artigo 86º nº 7 do CPP e das orientações da Comissão Europeia (Comunicação (2005/C 325/07)), pelo que, sendo os mesmos relevantes, ainda que não o sejam para inculpar o Visado na NI, terá de ser dada ao Visado a possibilidade de conhecer tais elementos de prova.

22. A fundamentação específica é, neste caso, impossível e só por isso traduz uma **restrição desproporcionada do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18º nº 2 da CRP, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP** – caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional.

23. A única restrição necessária, adequada e proporcional dos direitos fundamentais em presença – direito de defesa do arguido e segredo de negócio dos Visados – resulta do artigo 33º nº 3 do RJC e corresponde à concessão de acesso a tais documentos confidenciais apenas ao advogado



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ou assessor económico externo do Visado e apenas para efeitos de preparação da defesa escrita e da impugnação judicial.

24. A limitação de acesso da Visada – ainda que através dos seus mandatários e assessores económicos externos – a todos os documentos que constituem meio de prova nos autos, redonda numa **violação do princípio da igualdade de armas (previsto no artigo 20º nº 4 da CRP)**, porquanto exige-se aos Visados 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, utilizar e não utilizar como entendeu, sem qualquer tipo de restrição.

25. O entendimento da AdC, agora chancelado pelo Tribunal a quo, na Sentença, quanto às normas contidas nos artigos 30º, 31º e 33º do RJC, no sentido de estar vedado aos mandatários dos Visados 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 NI, salvo mediante fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos, é **inconstitucional, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20º nº 4 da CRP e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.**

26. Em face do exposto, deverá a Sentença ser revogada também na parte em que não revogou a Decisão da AdC de disponibilização de cópia integral do processo à Visada, incluindo cópia dos documentos confidenciais, independentemente de serem ou não utilizados como prova da infração pela AdC, e substituída por outra que ordene à AdC que defira o pedido de acesso a tais documentos formulados pela Visada.

*

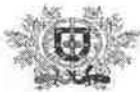
Também sem se conformar com a decisão o Banco Espírito Santo, S.A. interpôs recurso em que pede a revogação da sentença.

Para tanto, formula as conclusões que se transcrevem:

1. O presente recurso vem interposto da Sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 28 de setembro de 2015, pela qual esse Tribunal julgou improcedente o recurso interposto pelo BES nos termos do qual este pediu:

(i) a revogação da Decisão da AdC que indeferiu a disponibilização de cópia integral aos mandatários do BES e a substituição por outra que deferisse o pedido de disponibilização de cópias apresentado; bem como

(ii) a título subsidiário, a revogação da Decisão da AdC que indeferiu o pedido de consulta, nas instalações da AdC, por mandatário do BES dos documentos classificados como confidenciais, ainda que não referenciados na NI e a substituição por outra que admitisse essa consulta sem necessidade de apresentação de fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2. Da leitura da Sentença resulta que o Tribunal a quo não se pronunciou verdadeiramente sobre o recurso interposto pelo BES, não tendo tomado uma decisão quanto a questões que foram suscitadas pelo recurso interposto por este Banco.

3. Com efeito, no recurso apresentado, o BES tinha suscitado as seguintes questões que não foram apreciadas pelo Tribunal a quo:

(i) "no processo surgem qualificados como totalmente confidenciais dezenas de milhares de ficheiros e documentos sobre os quais manifestamente não houve qualquer escrutínio, nem por parte dos interessados na tutela dos segredos de negócio, nem por parte da AdC";

(ii) "não há também nenhuma razão para que esse acesso esteja limitado à consulta do processo na AdC e não possa ser assegurado em muito melhores condições através de um data room de acesso remoto ou através de um confidentiality ring em que os advogados com acesso a cópias do processo ficam sujeitos a obrigações semelhantes às que lhes são exigíveis para a consulta na AdC";

(iii) "a interpretação do artigo 33º nº 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 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".

4. Não se tendo pronunciado sobre estes aspectos devidamente suscitados pelo BES no seu recurso, o Tribunal a quo não conheceu de uma matéria fundamental à garantia do direito de defesa deste Visado.

5. A omissão de pronúncia do Tribunal a quo relativamente às questões jurídicas pertinentes acima identificadas, implica a **nulidade da Sentença, nos termos do disposto nos artigos 379º nº 1 alínea c) do CPP, aplicável por remissão do artigo 41º nº 1 do RGCO, nulidade que expressamente se argui.**

6. A Sentença enferma ainda de uma **contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, o que implica a invalidade desta decisão, nos termos do disposto nos artigos 410º nº 2 alínea b) do CPP, aplicável por remissão do artigo 41º nº 1 do RGCO, nulidade que expressamente se invoca, requerendo que a mesma seja revogada e substituída por outra que sane tal vício.**

7. Na verdade, depois de ter concluído que o direito constitucional de defesa do Visado não sairia afetado pela exigência imposta pela AdC de o Visado identificar com rigor os documentos que possa considerar relevantes para a sua defesa, bem como de fundamentar quanto ao potencial exculpatório desses documentos, veio o Tribunal a quo reconhecer que era inviável o Visado fazê-lo tendo em conta que a descrição feita pela AdC dos documentos nos anexos juntos com a NI era escassa e suscetível de comprometer o direito de defesa do Visado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

8. A decisão do Tribunal a quo de julgar improcedente o pedido do BES para que fosse disponibilizada cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelos demais Visados aos seus mandatários **interpretou e aplicou incorretamente o disposto no artigo 33º, nº 4 do RJC**, erro de Direito que se requer que V. Exas. corrijam.

9. O artigo 33º nº 4 do RJC pressupõe que ao advogado ou ao assessor económico externo é dado acesso às passagens dos referidos documentos que contêm efetivamente segredos de negócio e que foram objeto de resumo destinado a protegê-los de terceiros não Visados, e que, em tudo o resto, o documento lhes é inteiramente acessível, não pressupondo que o acesso deve ser apenas permitido mediante consulta.

10. A interpretação pretendida pelo Tribunal a quo do referido preceito legal em nada protege a confidencialidade.

11. As condicionantes impostas à reprodução de documentos, ao obrigar as visadas a contratar vastas equipas de advogados e assessores económicos de forma a assegurar o mínimo exercício do direito de defesa, introduz no exercício do direito de defesa uma intolerável discriminação em razão dos meios financeiros de que dispõe cada visada.

12. Assim, qualquer outra solução que não seja disponibilizar as cópias aos advogados e assessores económicos externos representa uma tutela meramente formal dos direitos de defesa e uma violação material do artigo 32º nº 10 da CRP, sem qualquer benefício equivalente e proporcional da proteção do segredo de negócio.

13. A norma contida no artigo 33º nº 4 do RJC traduz efetivamente um equilíbrio aceitável entre a tutela dos direitos de defesa e a proteção dos segredos de negócio, mas apenas na medida em que:

(i) a AdC tenha exercido um adequado controlo sobre os segredos de negócio contidos na documentação do processo a que recorreu para imputar a alegada infração ao Visado e, em geral, sobre a restante documentação, tendo em conta a eventual existência de elementos exculpatórios; e em que

(ii) tais segredos de negócio sejam corretamente identificados e os advogados dos Visados os possam conhecer totalmente apenas para efeitos do direito de defesa.

14. Os entorpecimentos de análise, causados pela recusa de disponibilização de cópia dos documentos, coloca definitivamente em causa a possibilidade de o Visado exercer cabalmente o seu direito de defesa, o que representa uma violação do artigo 32º nº 10 da CRP.

15. A norma contida no artigo 33º nº 4 do RJC, interpretada no sentido de que nela se proíbe a disponibilização de cópia aos advogados e assessores económicos externos dos Visados de documentos considerados confidenciais por conterem segredo de negócio é inconstitucional, por violação do direito de defesa, decorrente dos artigos 32º nº 10 e 18º nº 2 da CRP, por não ter apoio em lei expressa e não ser proporcional.

16. Requer-se, assim, que seja revogada a sentença proferida pelo Tribunal a quo, na parte em que não revogou a decisão da AdC que não autorizou a disponibilização de cópia integral do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

processo ao Visado, incluindo cópia dos documentos confidenciais, independentemente de serem ou não utilizados como prova da infração pela AdC, e substituída por outra que defira tal pedido.

17. A Sentença deve ainda ser revogada por representar uma **interpretação inconstitucional dos artigos 30º, 31º e 33º do RJC, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20º nº 4 da CRP, 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 41º nº 2 alíneas a) e b) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.**

18. A exigência de fundamentação do potencial valor exculpatório dos documentos confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC na NI para permissão aos Visados do acesso a esses documentos não tem apoio na letra da lei, não estando a mesma prevista no artigo 33º nº 1 do RJC.

19. Tal exigência constitui, deste modo, uma **restrição desproporcional do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18º nº 2 da CRP**, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP – caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional.

20. A correta interpretação do artigo 31º nº 3 do RJC impõe que ao advogado ou ao assessor económico externo, estritamente para preparação da defesa, é dado acesso aos documentos classificados como confidenciais, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do nº 1 do nº 3 do artigo 15º e dos nºs 2 e 3 do artigo 30º, que são ou podem ser utilizados pela AdC no processo.

21. Tendo a AdC decidido manter nos autos os documentos em causa – ainda que não os utilize na NI – tal apenas pode justificar-se pela sua relevância para os factos sob investigação, sob pena de violação do artigo 86º nº 7 do CPP e das orientações da Comissão Europeia (Comunicação (2005/C 325/07)), pelo que, sendo os mesmos relevantes, ainda que não o sejam para inculpar o Visado na NI, terá de ser dada ao Visado a possibilidade de conhecer tais elementos de prova.

22. A fundamentação específica é, neste caso, impossível e só por isso traduz uma **restrição desproporcionada do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18º nº 2 da CRP, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP** – caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional.

23. A única restrição necessária, adequada e proporcional dos direitos fundamentais em presença – direito de defesa do arguido e segredo de negócio dos Visados – resulta do artigo 33º nº 3 do RJC e corresponde à concessão de acesso a tais documentos confidenciais apenas ao advogado ou assessor económico externo do Visado e apenas para efeitos de preparação da defesa escrita e da impugnação judicial.

24. A limitação de acesso do Visado – ainda que através dos seus mandatários e assessores económicos externos – a todos os documentos que constituem meio de prova nos autos,


TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



redunda numa violação do princípio da igualdade de armas (previsto no artigo 20º nº 4 da CRP), porquanto exige-se aos Visados 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, utilizar e não utilizar como entendeu, sem qualquer tipo de restrição.

25. O entendimento da AdC, agora chancelado pelo Tribunal a quo, na Sentença, quanto às normas contidas nos artigos 30º, 31º e 33º do RJC, no sentido de estar vedado aos mandatários dos Visados 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 NI, salvo mediante fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos, é *inconstitucional, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20º nº 4 da CRP, 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 41º nº 2 alíneas a) e b) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.*

26. Em face do exposto, deverá a Sentença ser revogada também na parte em que não revogou a Decisão da AdC de disponibilização de cópia integral do processo ao Visado, incluindo cópia dos documentos confidenciais, independentemente de serem ou não utilizados como prova da infração pela AdC, e substituída por outra que ordene à AdC que defira o pedido de acesso a tais documentos formulados pelo Visado.

*

Igualmente sem se conformar com a decisão o **Deutsche Bank Aktiengesellschaft – Sucursal em Portugal** interpôs recurso em que pede a revogação da sentença.

Para tanto, formula as conclusões que se transcrevem:

1. O presente recurso vem interposto da Sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em 28 de setembro de 2015, pela qual esse Tribunal julgou improcedente o recurso interposto pelo DB quanto ao despacho da AdC que:

(i) indeferiu o pedido de entrega de cópia aos mandatários da Visada de documentos classificados como confidenciais, por conterem segredos de negócio, apenas permitindo a sua consulta na AdC;

(ii) indeferiu o pedido genérico – i.e., sem indicação de uma justificação em concreto para aceder a cada documento – de acesso a todos os documentos confidenciais não utilizados pela AdC como meio de prova da infração, através dos mandatários da Visada, convidando a Visada a identificar com maior rigor os documentos que entendesse que poderiam ser relevantes para a sua defesa, após o que a AdC decidiria sobre a oportunidade de acesso aos mesmos mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio.

2. A Sentença padece de vício de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 410º nº 2 alínea b) do CPP, aplicável por remissão do artigo 41º nº 1 do RGCO.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3. Com efeito, por um lado, o Tribunal a quo reconhece que não é possível à Visada fundamentar o pedido de acesso aos documentos que não foram utilizados como meio de prova, por ser insuficiente a descrição que a AdC faz deles e pelo facto de a Visada não os conhecer, defendendo que a escassa descrição dos documentos feita pela AdC compromete o direito de defesa da Visada,

4. mas, simultaneamente e por outro lado, julgou improcedente o recurso nesta parte, indicando que as exigências de fundamentação impostas pela AdC à Visada relativamente ao pedido de acesso a documentos do processo não utilizados como meios de prova não configuravam uma violação dos preceitos constitucionais relativos à garantia dos direitos de defesa e que o artigo 33º, nº 4 do RJC não regulava o acesso a tais documentos, mas tão só aos utilizados pela AdC para efeitos de prova.

5. Face ao exposto, é forçoso concluir que a **Sentença enferma de uma contradição insanável entre a fundamentação e a decisão**, o que implica a invalidade desta decisão, nos termos do disposto nos artigos 410º nº 2 alínea b) do CPP, aplicável por remissão do artigo 41º nº 1 do RGCO, o que expressamente se invoca, requerendo que a mesma seja **revogada e substituída por outra decisão que sane tal vício**.

6. O Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento, ao considerar que o DB teria pedido a disponibilização de cópias de documentos confidenciais e o acesso irrestrito a tais documentos para si próprio, quando, na verdade, e em respeito do disposto no artigo 33º nº 4 do RJC, **o DB requereu que fosse disponibilizada cópia de documentos confidenciais e, caso tal não fosse deferido, que fosse dado o acesso a todos os documentos confidenciais constantes dos autos (independentemente de constarem ou não referidos na NI) aos seus mandatários**.

7. Tendo o Tribunal a quo baseado a sua Sentença e a sua interpretação dos normativos aplicáveis num pressuposto erróneo, a Sentença encontra-se ferida de **erro de julgamento que cabe a V. Exas. corrigir o que se requer**.

8. A decisão do Tribunal a quo de julgar improcedente o pedido do DB para que fosse disponibilizada cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelos demais Visados aos seus mandatários **interpretou e aplicou incorretamente o disposto no artigo 33º, nº 4 do RJC, erro de Direito que se requer que V. Exas. corrijam**.

9. Com efeito, o artigo 33º nº 4 do RJC pressupõe, tendo em vista assegurar o direito de defesa da Visada, previsto no artigo 32º nº 10 da CRP, que ao advogado ou ao assessor económico externo é dado acesso às passagens dos referidos documentos que contêm efetivamente segredos de negócio e que foram objeto de resumo destinado a protegê-los de terceiros não Visados, e que, em tudo o resto, o documento lhes é inteiramente acessível, sendo que a disposição legal em causa não pressupõe que o acesso deve ser apenas permitido mediante consulta.

10. O artigo 33º nº 4 do RJC não impede, em absoluto, a reprodução dos documentos confidenciais, porquanto a reprodução que está vedada é só aquela que se destina a “qualquer outro fim” que não o exercício do direito de defesa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

11. A incorreta interpretação do artigo 33º nº 4 do RJC defendida pelo Tribunal a quo – no sentido de que o mesmo impede a entrega de cópia dos documentos confidenciais aos mandatários da Visada – não permite proteger a confidencialidade dos documentos confidenciais, dado que os mandatários e assessores económicos externos podem sempre aceder ao seu teor.

12. Nessa medida, a correta interpretação do artigo 33º nº 4 do RJC é aquela em que se admite a entrega de cópia aos advogados e assessores económicos externos da Visada dos documentos confidenciais, estritamente para o exercício do direito de defesa, que de outro modo sempre ficaria prejudicado irremediavelmente pelos entorpecimentos de análise decorrentes de os referidos documentos apenas estarem acessíveis nas instalações da AdC.

13. As condicionantes impostas à reprodução de documentos, ao obrigar as visadas a contratar vastas equipas de advogados e assessores económicos de forma a assegurar o mínimo exercício do direito de defesa introduzem no exercício do direito de defesa uma intolerável discriminação em razão dos meios financeiros de que dispõe cada visada.

14. A norma contida no artigo 33º nº 4 do RJC, interpretada no sentido de que nela se proíbe a disponibilização de cópia aos advogados e assessores económicos externos das Visadas de documentos considerados confidenciais por conterem segredo de negócio é inconstitucional, por violação do direito de defesa, decorrente dos artigos 32º nº 10 e 18º nº 2 da CRP, por não ter apoio em lei expressa e não ser proporcional.

15. Assim, o DB requer que seja revogada a sentença proferida pelo Tribunal a quo, na parte em que não revogou a decisão da AdC que não autorizou a disponibilização de cópia integral do processo aos mandatários da Visada, incluindo cópia dos documentos confidenciais, independentemente de serem ou não utilizados como prova da infração pela AdC, e substituída por outra que defira tal pedido, interpretando e aplicando corretamente o artigo 33º nº 4 do RJC.

16. Ao considerar que não seria possível um acesso irrestrito a toda a documentação confidencial existente nos autos pelas Visadas, ainda que através dos seus mandatários, uma vez que apenas a documentação utilizada como meio de prova poderia ser acessível e nas instalações da AdC, sendo necessário para acesso à documentação confidencial não usada na NI a apresentação de uma fundamentação especial quanto ao potencial valor exculpatório do documento em causa, o Tribunal a quo interpretou e aplicou incorretamente artigos 30º, 31º e 33º do RJC.

17. Com efeito, a exigência de fundamentação do potencial valor exculpatório dos documentos confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC na NI para permissão aos Visados do acesso a esses documentos não tem apoio na letra da lei, não se encontrando prevista nos artigos 30º, 31º e 33º do RJC, constituindo uma restrição desproporcional do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18º nº 2 da CRP, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP.

18. A correta interpretação do artigo 31º nº 3 do RJC impõe que ao advogado ou ao assessor económico externo, estritamente para preparação da defesa, é dado acesso aos documentos classificados como confidenciais, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do nº 1 do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nº 3 do artigo 15º e dos nºs 2 e 3 do artigo 30º, que são ou podem ser utilizados pela AdC no processo, não havendo distinção desse acesso pelo factos de os documentos serem ou não serem usados na NI.

19. Tendo a AdC decidido manter nos autos os documentos em causa – ainda que não os utilize na NI – tal apenas pode justificar-se pela sua relevância para os factos sob investigação, sob pena de violação do artigo 86º nº 7 do CPP e das orientações da Comissão Europeia (Comunicação (2005/C 325/07)), pelo que, sendo os mesmos relevantes, ainda que não o sejam para inculpar o Visado na NI, terá de ser dada ao Visado a possibilidade de conhecer tais elementos de prova.

20. Adicionalmente, a fundamentação específica é, neste caso, impossível e só por isso traduz uma restrição desproporcionada do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18º nº 2 da CRP, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP – caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional.

21. A única restrição necessária, adequada e proporcional dos direitos fundamentais em presença – direito de defesa do arguido e segredo de negócio dos Visados – resulta do artigo 33º nº 3 do RJC e corresponde à concessão de acesso a tais documentos confidenciais apenas ao advogado ou assessor económico externo do Visado e apenas para efeitos de preparação da defesa escrita e da impugnação judicial.

22. A limitação de acesso da Visada – ainda que através dos seus mandatários e assessores económicos externos – a todos os documentos que constituem meio de prova nos autos, redonda numa violação do princípio da igualdade de armas (previsto no artigo 20º nº 4 da CRP), porquanto exige-se aos Visados 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, utilizar e não utilizar como entendeu, sem qualquer tipo de restrição.

23. O entendimento da AdC, agora chancelado pelo Tribunal a quo, na Sentença, quanto às normas contidas nos artigos 30º, 31º e 33º do RJC, no sentido de estar vedado aos mandatários dos Visados 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 NI, salvo mediante fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos, é inconstitucional, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20º nº 4 da CRP e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

24. Em face do exposto, **deverá a Sentença ser revogada também na parte em que não revogou a Decisão da AdC de não disponibilização de acesso a documentos confidenciais**, independentemente de serem ou não utilizados como prova da infração pela AdC, e substituída por outra que ordene à AdC que defira o pedido de acesso a tais documentos formulados pelo Visado, ainda que através dos seus mandatários.

*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O Ministério Público contra-alegou, pugnando pela improcedência dos recursos.

Também a Autoridade da Concorrência contra-alegou, igualmente pugnando pela improcedência dos recursos e apresentando as seguintes conclusões:

I) Quanto ao recurso apresentado pela Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL:

Do objeto do recurso

A. Na sequência da notificação da Nota de Ilicitude, a Visada CCAM, por requerimento de 15 de junho de 2015, veio requerer:

(iv) Que lhe fosse disponibilizada cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelas Visadas;

(v) Ou, caso tal não fosse admitido, que fosse autorizada a consulta dos referidos documentos;

(vi) Que lhe fosse autorizada a consulta integral dos documentos correspondentes aos pedidos de dispensa ou redução da coima, dos requerimentos complementares e dos documentos e informações apresentados para o efeito.

B. A decisão da AdC de 17 de junho de 2015 relativamente a estes pedidos, e que foi objeto de apreciação por parte do Tribunal a quo, foi, em síntese, que quanto à (i) disponibilização de cópia de todos os elementos confidenciais do processo, a AdC indeferiu tal pedido por tais documentos “conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais”. Com efeito, foi entendimento da AdC que “a redação do nº 4 do artigo 33º da Lei da Concorrência e a sua integração sistemática não são compatíveis com a entrega de qualquer cópia de documentos confidenciais, por conterem segredos de negócio, aos assessores externos das Visadas”, sendo, todavia, permitida a consulta de tais documentos confidenciais nas instalações da AdC, para efeitos de exercício do direito de defesa da ora Recorrente.

C. No que respeita à (ii) consulta de todos os elementos confidenciais do processo, resulta, desde logo, da Nota Metodológica anexa à Nota de Ilicitude que, de acordo com as disposições legais aplicáveis, as Visadas podem consultar nas instalações da AdC os documentos classificados como confidenciais, desde que utilizados como meios de prova da infração, isto porque se entendeu que existe uma necessidade de se ponderar entre o direito à não divulgação dos segredos de negócio (cfr. nº 1 do artigo 30º da lei nº 19/2012) e o direito de defesa das Visadas.

D. Por fim, no que concerne à (iii) consulta integral dos documentos correspondentes aos pedidos de dispensa ou redução da coima, dos requerimentos complementares e dos documentos e informações apresentados para o efeito, e à semelhança do critério estabelecido para a situação descrita supra, a AdC apenas deferiu “o acesso às versões não confidenciais dos pedidos de dispensa ou redução da coima, bem como dos documentos e informações apresentados para o efeito, preparadas pelas requerentes de clemência, nas instalações da AdC”, bem como o acesso às versões



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

confidenciais de tais pedidos, documentos e informações “que foram utilizados como meios de prova da infração.”

E. Não tendo a Visada CCAM apresentado qualquer requerimento a identificar com maior detalhe os documentos classificados como confidenciais que, não tendo sido usados pela AdC como meio de prova da infração, entendia serem relevantes para a sua defesa para, desse modo, a AdC decidir sobre a oportunidade de acesso aos mesmos, a Visada CCAM interpôs recurso da referida Decisão interlocutória proferida pela AdC para o Tribunal a quo que, em suma, constitui o objeto do presente recurso.

F. Foi precisamente sobre a decisão da AdC acima identificada que o Tribunal a quo se pronunciou, validando todo o seu conteúdo e confirmando a sua legalidade, sendo sobre a validação por parte do Tribunal a quo destas três matérias que incide o recurso interposto pela Visada CCAM, encontrando-se, desde modo, delimitado o objeto do mesmo.

Da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015 e da inutilidade parcial do presente recurso

G. O Tribunal a quo validou na íntegra a atuação da AdC no que respeita às decisões de acesso ao processo, julgando o recurso interlocutório totalmente improcedente e mantendo as decisões de indeferimento dos pedidos genéricos formulados por diversas Visadas para acesso a todos os documentos classificados como confidenciais constantes do PRC/2012/09, incluindo os não utilizados pela AdC como meio de prova de infração.

H. Sem prejuízo de tal validação, o Tribunal a quo alertou para a eventualidade de as Visadas não terem acesso a todos os elementos necessários que lhes permitam fundamentar o acesso a documentos confidenciais não utilizados na imputação da infração, designadamente, suscitou a dúvida sobre se o índice elaborado pela AdC continha uma descrição suficientemente “pormenorizada e detalhada” de forma a possibilitar a identificação concreta dos elementos com potencial interesse para a defesa.

I. Ora, face ao entendimento ora transcrito, a AdC entendeu ser imperativo reequacionar os termos em que se deveria proceder à compatibilização da proteção dos segredos de negócio com o exercício dos direitos de defesa.

J. Nesse sentido, o conselho da AdC, por Deliberação de 17 de novembro de 2015, tomou a decisão de deferir o acesso a todos os mandatários das Visadas aos documentos classificados confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, mais concedendo uma prorrogação de prazo por 45 (quarenta e cinco) dias úteis para efeitos de resposta à Nota de Illicitude, conforme documento nº 1 junto.

K. Deste modo, e face ao teor da Deliberação em causa, é imperativo concluir que parte do objeto do presente recurso se tornou supervenientemente inútil, designadamente, o capítulo 6 das alegações de recurso a que se responde que é, na realidade, a parte substantiva mais relevante do presente recurso.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Das alegadas nulidades da Sentença a quo

(i) Da alegada omissão de pronúncia

L. Alega a Visada CCAM que o Tribunal a quo não se pronunciou verdadeiramente sobre o recurso interposto pela CCAM, porquanto não considerou as alegações por si apresentadas, optando por reproduzir apenas as alegações de um outro Recorrente, identificando no parágrafo 39º das suas alegações as matérias que entende que não foram apreciadas pelo Tribunal a quo.

M. Entende, no entanto, a AdC que todas as questões colocadas pelas três Recorrentes foram integralmente analisadas e apreciadas, inexistindo qualquer omissão de pronúncia.

N. Em primeiro lugar, a Visada CCAM não pode negar a quase total coincidência das alegações de recurso apresentadas por si, pela Visada BES e pela Visada DB, sendo, aliás, as três Visadas patrocinadas pela mesma Sociedade de Advogados.

O. Em segundo lugar, de acordo com o disposto no nº 3 do artigo 85º da Lei nº 19/2012, "formam um único processo judicial os recursos de decisões interlocutórias da Autoridade da Concorrência proferidas no mesmo processo na fase organicamente administrativa", determinando, portanto, a lei que o Tribunal decida conjuntamente tais recursos, proferindo uma única decisão.

P. Por último, não é verdade que o Tribunal a quo não se tenha pronunciado sobre as matérias elencadas no artigo 39º das alegações da Visada CCAM. No que respeita à alegada omissão de pronúncia quanto ao facto de no processo serem qualificados "como totalmente confidenciais dezenas de milhares de ficheiros e documentos sobre os quais manifestamente não houve qualquer escrutínio, nem por parte dos interessados na tutela dos segredos de negócio, nem por parte da AdC", ficou claro na Sentença a quo que tal escrutínio deve ser realizado na fase de instrução do processo, a qual é da exclusiva competência da AdC.

Q. Mais: a questão da apreciação por parte da AdC da classificação de confidencialidades levadas a cabo pela AdC nem sequer era objeto do presente recurso porquanto tal matéria não constava da decisão da AdC de 17 de junho de 2015 que foi a decisão impugnada pela Visada CCAM.

R. Relativamente à alegada omissão de pronúncia quanto ao facto de "a interpretação do artigo 33º, nº 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 [...]" também não é verdade que o Tribunal a quo se tenha pronunciado sobre a validade da interpretação levada a cabo pela AdC do preceito legal em questão.

S. O que não se pode conceder é que a Visada CCAM tenha a pretensão que o Tribunal a quo deva pronunciar-se especificamente e de forma absoluta sobre todas as frases constantes das alegações de recurso em causa.

T. E o Tribunal a quo, pronunciando-se expressamente sobre a não disponibilização de cópia, foi claro em condicionar o regime do nº 3 do artigo 33º da Lei nº 19/2012 ao nº 4 daquele mesmo preceito legal, esclarecendo na Sentença que proferiu que, no que respeita ao indeferimento



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

por parte da AdC ao pedido de disponibilização de cópias “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 e soluções menos acertadas.”

(ii) Da alegada contradição insanável entre a fundamentação e a decisão

U. A Visada CCAM entende que existe uma contradição insanável na Sentença em razão de o Tribunal a quo, por um lado, validar a interpretação e procedimentos levados a cabo pela AdC no que respeita ao acesso ao processo por parte das Visadas e, por outro afirmar que “podem subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se realizam uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efetivo exercício dos direitos de defesa. [...]”, concluindo que “a comummente invocada “jurisprudência das cautelas” poderá determinar uma mais funda reflexão sobre a suficiência da descrição dos documentos em causa, de modo a obviar a debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa, com as decerto indesejadas consequências daí resultantes”.

V. Não é verdade que assim seja. O que acontece é que o Tribunal valida, em absoluto, a interpretação e condicionalismos impostos no acesso ao processo levados a cabo pela AdC, mas alerta para o que poderá, no futuro, constituir alguma debilidade que comprometa o efetivo exercício do direito de defesa das Visadas: a insuficiência da descrição dos documentos classificados como confidenciais mas não utilizados pela AdC para efeitos de imputação da infração.

W. E, na presente fase processual, ou seja, da instrução (e em sede interlocatória), a responsabilidade pela descrição de tais documentos recai exclusivamente sobre as Visadas e a AdC. Uma vez concluída a instrução, e proferida a decisão final por parte da AdC, então passará a recair sobre a competência do Tribunal a apreciação relativamente ao impacto da eventual insuficiência na descrição de tais elementos nos direitos de defesa das Visadas.

X. Em suma, inexiste qualquer contradição da Sentença a quo, existindo, sim, um respeito e observação pelas competências legalmente atribuídas à AdC no decurso das fases administrativas dos processos contraordenacionais, devendo, assim, improceder a invocação desta pretensa nulidade processual.

Do indeferimento da disponibilização de cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelas Visadas

Y. Resulta das alegações da CCAM que a mesma subscreve inteiramente o entendimento da AdC quanto à necessidade de concordância prática entre o direito à proteção dos segredos de negócio e o exercício do direito de defesa tal como apresentado na Decisão de 17 de junho.

Z. No entanto, a Visada CCAM não se conforma do entendimento levado a cabo pelo Tribunal a quo relativamente ao conteúdo e interpretação do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 19/2012.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

AA. Ora, a apreciação da questão relativa à disponibilização de cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais impõe uma análise conjugada do nº 3 do artigo 31º e do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 19/2012.

BB. Defende, no entanto, a Visada CCAM o direito de defesa dos Visados fica restringido caso lhes seja apenas possibilitada a mera consulta dos elementos confidenciais, sem possibilidade de obter cópias dos mesmos, uma vez que, dessa forma, tais elementos não poderão ser analisados com a ponderação que se exige para o exercício cabal do direito de defesa.

CC. Sucedе que, no que respeita a esta matéria, 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 nº 4 do artigo 33º, conjugado com o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012).

DD. A AdC estaria, sim, a incorrer numa ilegalidade caso disponibilizasse à Visada CCAM cópia integral de todos os elementos confidenciais do processo, por direta e manifesta violação do nº 4 do artigo 33º e nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012, sendo este também o entendimento do Tribunal a quo.

EE. Por outro lado, não se pode aceitar a alegação da Visada CCAM de que a Decisão da AdC comprime o seu direito de defesa, porquanto o que se verifica no caso em apreço é exatamente o oposto: as limitações que o nº 4 do artigo 33º e o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 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.

FF. Na realidade, a interpretação levada a cabo pela AdC daqueles preceitos legais e que fundamentou a sua decisão de indeferimento de disponibilização de cópia integral dos elementos confidenciais do processo, traduz o entendimento segundo o qual o direito de defesa, quando prevalece, não pode anular em absoluto a proteção devida aos segredos de negócio, antes se exigindo um exercício de harmonização prática dos dois direitos.

GG. A proteção dos segredos de negócio é manifestamente distinta no caso de consulta dos documentos confidenciais nas instalações da AdC, quando comparado com a solução pretendida pela Visada CCAM 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.

HH. 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

II. E no que respeita aos direitos de defesa das Visadas, cumpre referir que sendo a Nota de Ilicitude datada de 29 de maio, o prazo de pronúncia foi sendo consecutivamente prorrogado até à presente data de modo a permitir a consulta do processo, em permanência, pelo tempo necessário à preparação da defesa.

JJ. A referência por parte da Visada CCAM às normas constantes do Código de Processo Penal relativas ao acesso ao processo, designadamente à obtenção de extratos, cópias ou certidões (cf. artigo 89º do CPP), como forma de estabelecer um paralelo entre o ali disposto e a decisão da AdC, para concluir por uma alegada “absoluta falta de fundamento da Decisão da AdC” não pode colher: desde logo porque o CPP não é diretamente aplicável ao presente processo.

KK. Com efeito, ainda que em situações pontuais, e sempre residuais, se pudesse, em abstrato, relativamente a algumas situações não previstas especificamente na Lei nº 19/2012, equacionar uma aplicação supletiva das normas do CPP, a verdade é que o nº 4 do artigo 33º e o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012 já regulam de modo direto, expresso e inequívoco a questão relativa à (im)possibilidade de disponibilização de cópias relativas a elementos confidenciais do processo.

LL. Ainda que não aplicável à situação em apreço, refira-se que o próprio regime previsto do artigo 89º do CPP não é absoluto. Tratando-se de casos em que o processo se encontre em segredo de justiça, o Ministério Público pode opor-se a que sejam disponibilizados extratos, cópias ou certidões, caso tal disponibilização se revele apta a prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais ou das vítimas.

MM. Ou seja, também no processo penal o direito de defesa não pode ser absoluto ao ponto de comprimir ou até anular os direitos de outros participantes processuais.

NN. Por outro lado, também não pode proceder a alegação da Visada CCAM 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 nº 10 do artigo 32º da CRP.

OO. Conforme analisado, 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.

PP. A interpretação levada a cabo pela AdC do nº 4 do artigo 33º e do nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012 não é violadora do direito de defesa das Visadas, tal como consagrado constitucionalmente.

QQ. 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 também diversos documentos orientadores da instrução de processos relativos a práticas restritivas da concorrência, adotados pela Comissão Europeia, conforme enunciado nas presentes alegações.

RR. Torna-se, deste modo, claro, que a norma do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 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 RELAÇÃO DE LISBOA

SS. Os direitos de defesa das Visadas não são, pois, coartados, apenas condicionados em razão da necessidade de proteger outros interesses legalmente protegidos.

TT. Permitir às Visadas a consulta de todos os documentos classificados como confidenciais por segredo de negócio e utilizados pela AdC como meios de prova para a demonstração da infração às normas da concorrência, mas não disponibilizar cópia dos mesmos não viola os direitos de defesa da Recorrente.

UU. Trata-se de uma decisão que tentou harmonizar todos os direitos em causa, sem, contudo comprimir o direito de defesa das visadas, em estrita observância das disposições legais aplicáveis e em conformidade com o preceito constitucional invocado pela Recorrente.

VV. Não merece, pois, a Sentença a quo qualquer reparo.

Do indeferimento do pedido relativo ao acesso a documentos relevantes para a defesa ainda que não utilizados como meio de prova pela AdC

WW. Conforme mencionado supra, no que que respeita ao conteúdo do capítulo 6 das alegações da Visada CCAM entende-se que, na sequência da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015, as questões ali alegadas encontram-se ultrapassadas em razão de ter sido deferido o acesso a todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais mesmo que não usados como meio de prova para efeitos da imputação da infração, mas que as Visadas entendem poder conter valor exculpatório.

XX. Deste modo, remete-se para todo o conteúdo da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015, invocando-se, consequentemente, a inutilidade superveniente da lide quanto a esta parte específica do recurso.

II) Quanto ao recurso apresentado pelo Banco Espírito Santo, SA:

Do objeto do recurso

A. Na sequência da notificação da Nota de Ilicitude, a Visada BES, por requerimento de 12 de junho de 2015, veio requerer:

(iv) Que lhe fosse disponibilizada cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelas Visadas;

(v) Ou, caso tal não fosse admitido, que fosse autorizada a consulta dos referidos documentos;

(vi) Que lhe fosse autorizada a consulta integral dos documentos correspondentes aos pedidos de dispensa ou redução da coima, dos requerimentos complementares e dos documentos e informações apresentados para o efeito.

B. A decisão da AdC de 17 de junho de 2015 relativamente a estes pedidos, e que foi objeto de apreciação por parte do Tribunal a quo, foi, em síntese, que quanto à (i) disponibilização de cópia de todos os elementos confidenciais do processo, a AdC indeferiu tal pedido por tais documentos "conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais". Com efeito, foi entendimento da AdC que "a redação do nº 4 do artigo 33º da Lei da Concorrência e a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sua integração sistemática não são compatíveis com a entrega de qualquer cópia de documentos confidenciais, por conterem segredos de negócio, aos assessores externos das Visadas", sendo, todavia, permitida a consulta de tais documentos confidenciais nas instalações da AdC, para efeitos de exercício do direito de defesa da ora Recorrente.

C. No que respeita à (ii) consulta de todos os elementos confidenciais do processo, resulta, desde logo, da Nota Metodológica anexa à Nota de Ilícitude que, de acordo com as disposições legais aplicáveis, as Visadas podem consultar nas instalações da AdC os documentos classificados como confidenciais, desde que utilizados como meios de prova da infração, isto porque se entendeu que existe uma necessidade de se ponderar entre o direito à não divulgação dos segredos de negócio (cfr. nº 1 do artigo 30º da lei nº 19/2012) e o direito de defesa das Visadas.

D. Por fim, no que concerne à (iii) consulta integral dos documentos correspondentes aos pedidos de dispensa ou redução da coima, dos requerimentos complementares e dos documentos e informações apresentados para o efeito, e à semelhança do critério estabelecido para a situação descrita supra, a AdC apenas deferiu "o acesso às versões não confidenciais dos pedidos de dispensa ou redução da coima, bem como dos documentos e informações apresentados para o efeito, preparadas pelas requerentes de clemência, nas instalações da AdC", bem como o acesso às versões confidenciais de tais pedidos, documentos e informações "que foram utilizados como meios de prova da infração."

E. Não tendo a Visada BES apresentado qualquer requerimento a identificar com maior detalhe os documentos classificados como confidenciais que, não tendo sido usados pela AdC como meio de prova da infração, entendia serem relevantes para a sua defesa para, desse modo, a AdC decidir sobre a oportunidade de acesso aos mesmos, a Visada BES interpôs recurso da referida Decisão interlocutória proferida pela AdC para o Tribunal a quoque, em suma, constitui o objeto do presente recurso.

F. Foi precisamente sobre a decisão da AdC acima identificada que o Tribunal a quo se pronunciou, validando todo o seu conteúdo e confirmado a sua legalidade, sendo sobre a validação por parte do Tribunal a quo destas três matérias que incide o recurso interposto pela Visada BES, encontrando-se, desde modo, delimitado o objeto do mesmo.

Da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015 e da inutilidade parcial do presente recurso

G. O Tribunal a quo validou na íntegra a atuação da AdC no que respeita às decisões de acesso ao processo, julgando o recurso interlocutório totalmente improcedente e mantendo as decisões de indeferimento dos pedidos genéricos formulados por diversas Visadas para acesso a todos os documentos classificados como confidenciais constantes do PRC/2012/09, incluindo os não utilizados pela AdC como meio de prova de infração.

H. Sem prejuízo de tal validação, o Tribunal a quo alertou para a eventualidade de as Visadas não terem acesso a todos os elementos necessários que lhes permitam fundamentar o acesso a documentos confidenciais não utilizados na imputação da infração, designadamente, suscitou a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dúvida sobre se o índice elaborado pela AdC continha uma descrição suficientemente "pormenorizada e detalhada" de forma a possibilitar a identificação concreta dos elementos com potencial interesse para a defesa.

I. Ora, face ao entendimento ora transrito, a AdC entendeu ser imperativo reequacionar os termos em que se deveria proceder à compatibilização da proteção dos segredos de negócio com o exercício dos direitos de defesa.

J. Nesse sentido, o conselho da AdC, por Deliberação de 17 de novembro de 2015, tomou a decisão de deferir o acesso a todos os mandatários das Visadas aos documentos classificados confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, mais concedendo uma prorrogação de prazo por 45 (quarenta e cinco) dias úteis para efeitos de resposta à Nota de Ilicitude, conforme documento nº 1 junto.

K. Deste modo, e face ao teor da Deliberação em causa, é imperativo concluir que parte do objeto do presente recurso se tornou supervenientemente inútil, designadamente, o capítulo 6 das alegações de recurso a que se responde que é, na realidade, a parte substantiva mais relevante do presente recurso.

Das alegadas nulidades da Sentença a quo

(i) *Da alegada omissão de pronúncia*

L. Alega a Visada BES que o Tribunal a quo não se pronunciou verdadeiramente sobre o recurso interposto pelo BES, porquanto não considerou as alegações por si apresentadas, optando por reproduzir apenas as alegações de um outro Recorrente, identificando no parágrafo 51º das suas alegações as matérias que entende que não foram apreciadas pelo Tribunal a quo.

M. Entende, no entanto, a AdC que todas as questões colocadas pelas três Recorrentes foram integralmente analisadas e apreciadas, inexistindo qualquer omissão de pronúncia.

N. Em primeiro lugar, a Visada BES não pode negar a quase total coincidência das alegações de recurso apresentadas por si, pela CCAM e pela Visada DB, sendo, aliás, as três Visadas patrocinadas pela mesma Sociedade de Advogados.

O. Em segundo lugar, de acordo com o disposto no nº 3 do artigo 85º da Lei nº 19/2012, "formam um único processo judicial os recursos de decisões interlocutórias da Autoridade da Concorrência proferidas no mesmo processo na fase organicamente administrativa", determinando, portanto, a lei que o Tribunal decida conjuntamente tais recursos, proferindo uma única decisão.

P. Por último, não é verdade que o Tribunal a quo não se tenha pronunciado sobre as matérias elencadas no artigo 51º das alegações da Visada BES. No que respeita à alegada omissão de pronúncia quanto ao facto de no processo serem qualificados "como totalmente confidenciais dezenas de milhares de ficheiros e documentos sobre os quais manifestamente não houve qualquer escrutínio, nem por parte dos interessados na tutela dos segredos de negócio, nem por parte da AdC", ficou claro na Sentença a quo que tal escrutínio deve ser realizado na fase de instrução do processo, a qual é da exclusiva competência da AdC.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Q. Mais: a questão da apreciação por parte da AdC da classificação de confidencialidades levadas a cabo pela AdC nem sequer era objeto do presente recurso porquanto tal matéria não constava da decisão da AdC de 17 de junho de 2015 que foi a decisão impugnada pela Visada BES.

R. Relativamente à alegada omissão de pronúncia quanto ao facto de "a interpretação do artigo 33º, nº 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 [...]" também não é verdade que o Tribunal a quo se tenha pronunciado sobre a validade da interpretação levada a cabo pela AdC do preceito legal em questão.

S. O que não se pode conceder é que a Visada BES tenha a pretensão que o Tribunal a quo deva pronunciar-se especificamente e de forma absoluta sobre todas as frases constantes das alegações de recurso em causa.

T. E o Tribunal a quo, pronunciando-se expressamente sobre a não disponibilização de cópia, foi claro em condicionar o regime do nº 3 do artigo 33º da Lei nº 19/2012 ao nº 4 daquele mesmo preceito legal, esclarecendo na Sentença que proferiu que, no que respeita ao indeferimento por parte da AdC ao pedido de disponibilização de cópias "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 e soluções menos acertadas."

(ii) Da alegada contradição insanável entre a fundamentação e a decisão

U. A Visada BES entende que existe uma contradição insanável na Sentença em razão de o Tribunal a quo, por um lado, validar a interpretação e procedimentos levados a cabo pela AdC no que respeita ao acesso ao processo por parte das Visadas e, por outro afirmar que "podem subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se realizam uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efetivo exercício dos direitos de defesa. [...]", concluindo que "a comummente invocada "jurisprudência das cautelas" poderá determinar uma mais funda reflexão sobre a suficiência da descrição dos documentos em causa, de modo a obviar a debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa, com as decerto indesejadas consequências daí resultantes".

V. Não é verdade que assim seja. O que acontece é que o Tribunal valida, em absoluto, a interpretação e condicionalismos impostos no acesso ao processo levados a cabo pela AdC, mas alerta para o que poderá, no futuro, constituir alguma debilidade que comprometa o efetivo exercício do direito de defesa das Visadas: a insuficiência da descrição dos documentos classificados como confidenciais mas não utilizados pela AdC para efeitos de imputação da infração.

W. E, na presente fase processual, ou seja, da instrução (e em sede interlocatória), a responsabilidade pela descrição de tais documentos recai exclusivamente sobre as Visadas e a AdC. Uma vez concluída a instrução, e proferida a decisão final por parte da AdC, então passará a recair



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sobre a competência do Tribunal a apreciação relativamente ao impacto da eventual insuficiência na descrição de tais elementos nos direitos de defesa das Visadas.

X. Em suma, inexiste qualquer contradição da Sentença a quo, existindo, sim, um respeito e observação pelas competências legalmente atribuídas à AdC no decurso das fases administrativas dos processos contraordenacionais, devendo, assim, improceder a invocação desta pretensa nulidade processual.

Do indeferimento da disponibilização de cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelas Visadas

Y. Resulta das alegações do BES que o mesmo subscreve inteiramente o entendimento da AdC quanto à necessidade de concordância prática entre o direito à proteção dos segredos de negócio e o exercício do direito de defesa tal como apresentado na Decisão de 17 de junho.

Z. No entanto, a Visada BES não se conforma do entendimento levado a cabo pelo Tribunal a quo relativamente ao conteúdo e interpretação do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 19/2012.

AA. Ora, a apreciação da questão relativa à disponibilização de cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais impõe uma análise conjugada do nº 3 do artigo 31º e do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 19/2012.

BB. Defende, no entanto, a Visada BES o direito de defesa dos Visados fica restringido caso lhes seja apenas possibilitada a mera consulta dos elementos confidenciais, sem possibilidade de obter cópias dos mesmos, uma vez que, dessa forma, tais elementos não poderão ser analisados com a ponderação que se exige para o exercício cabal do direito de defesa.

CC. Sucedeu que, no que respeita a esta matéria, 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 nº 4 do artigo 33º, conjugado com o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012).

DD. A AdC estaria, sim, a incorrer numa ilegalidade caso disponibilizasse à Visada BES cópia integral de todos os elementos confidenciais do processo, por direta e manifesta violação do nº 4 do artigo 33º e nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012, sendo este também o entendimento do Tribunal a quo.

EE. Por outro lado, não se pode aceitar a alegação da Visada BES de que a Decisão da AdC comprime o seu direito de defesa, porquanto o que se verifica no caso em apreço é exatamente o oposto: as limitações que o nº 4 do artigo 33º e o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 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.

FF. Na realidade, a interpretação levada a cabo pela AdC daqueles preceitos legais e que fundamentou a sua decisão de indeferimento de disponibilização de cópia integral dos elementos confidenciais do processo, traduz o entendimento segundo o qual o direito de defesa, quando



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prevalece, não pode anular em absoluto a proteção devida aos segredos de negócio, antes se exigindo um exercício de harmonização prática dos dois direitos.

GG. A proteção dos segredos de negócio é manifestamente distinta no caso de consulta dos documentos confidenciais nas instalações da AdC, quando comparado com a solução pretendida pela Visada BES 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.

HH. 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.

II. E no que respeita aos direitos de defesa das Visadas, cumpre referir que sendo a Nota de Ilicitude datada de 29 de maio, o prazo de pronúncia foi sendo consecutivamente prorrogado até à presente data de modo a permitir a consulta do processo, em permanência, pelo tempo necessário à preparação da defesa.

JJ. A referência por parte da Visada BES às normas constantes do Código de Processo Penal relativas ao acesso ao processo, designadamente à obtenção de extratos, cópias ou certidões (cf. artigo 89º do CPP), como forma de estabelecer um paralelo entre o ali desposto e a decisão da AdC, para concluir por uma alegada "absoluta falta de fundamento da Decisão da AdC" não pode colher: desde logo porque o CPP não é diretamente aplicável ao presente processo.

KK. Com efeito, ainda que em situações pontuais, e sempre residuais, se pudesse, em abstrato, relativamente a algumas situações não previstas especificamente na Lei nº 19/2012, equacionar uma aplicação supletiva das normas do CPP, a verdade é que o nº 4 do artigo 33º e o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012 já regulam de modo direto, expresso e inequívoco a questão relativa à (im)possibilidade de disponibilização de cópias relativas a elementos confidenciais do processo.

LL. Ainda que não aplicável à situação em apreço, refira-se que o próprio regime previsto do artigo 89º do CPP não é absoluto. Tratando-se de casos em que o processo se encontre em segredo de justiça, o Ministério Público pode opor-se a que sejam disponibilizados extratos, cópias ou certidões, caso tal disponibilização se revele apta a prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais ou das vítimas.

MM. Ou seja, também no processo penal o direito de defesa não pode ser absoluto ao ponto de comprimir ou até anular os direitos de outros participantes processuais.

NN. Por outro lado, também não pode proceder a alegação da Visada BES 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

OO. Conforme analisado, 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.

PP. A interpretação levada a cabo pela AdC do nº 4 do artigo 33º e do nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012 não é violadora do direito de defesa das Visadas, tal como consagrado constitucionalmente.

QQ. 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 também diversos documentos orientadores da instrução de processos relativos a práticas restritivas da concorrência, adotados pela Comissão Europeia, conforme enunciado nas presentes alegações.

RR. Torna-se, deste modo, claro, que a norma do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 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.

SS. Os direitos de defesa das Visadas não são, pois, coartados, apenas condicionados em razão da necessidade de proteger outros interesses legalmente protegidos.

TT. Permitir às Visadas a consulta de todos os documentos classificados como confidenciais por segredo de negócio e utilizados pela AdC como meios de prova para a demonstração da infração às normas da concorrência, mas não disponibilizar cópia dos mesmos não viola os direitos de defesa da Recorrente.

UU. Trata-se de uma decisão que tentou harmonizar todos os direitos em causa, sem, contudo comprimir o direito de defesa das visadas, em estrita observância das disposições legais aplicáveis e em conformidade com o preceito constitucional invocado pela Recorrente.

VV. Não merece, pois, a Sentença a quo qualquer reparo.

Do indeferimento do pedido relativo ao acesso a documentos relevantes para a defesa ainda que não utilizados como meio de prova pela AdC

WW. Conforme mencionado supra, no que que respeita ao conteúdo do capítulo 6 das alegações da Visada BES entende-se que, na sequência da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015, as questões ali alegadas encontram-se ultrapassadas em razão de ter sido deferido o acesso a todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais mesmo que não usados como meio de prova para efeitos da imputação da infração, mas que as Visadas entendem poder conter valor exculpatório.

XX. Deste modo, remete-se para todo o conteúdo da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015, invocando-se, consequentemente, a inutilidade superveniente da lide quanto a esta parte específica do recurso.

III) Quanto ao recurso apresentado pelo Deutsche Bank Aktiengesellschaft – Sucursal em Portugal:

Do objeto do recurso



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A. Na sequência da notificação da Nota de Ilicitude, a Visada DB, por requerimento de 8 de junho de 2015, veio requerer:

(iv) Que lhe fosse disponibilizada cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelas Visadas;

(v) Ou, caso tal não fosse admitido, que fosse autorizada a consulta dos referidos documentos;

(vi) Que lhe fosse autorizada a consulta integral dos documentos correspondentes aos pedidos de dispensa ou redução da coima, dos requerimentos complementares e dos documentos e informações apresentados para o efeito.

B. A decisão da AdC de 16 de junho de 2015 relativamente a estes pedidos, e que foi objeto de apreciação por parte do Tribunal a quo, foi, em síntese, que quanto à (i) disponibilização de cópia de todos os elementos confidenciais do processo, a AdC indeferiu tal pedido por tais documentos "conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais". Com efeito, foi entendimento da AdC que "a redação do nº 4 do artigo 33º da Lei da Concorrência e a sua integração sistemática não são compatíveis com a entrega de qualquer cópia de documentos confidenciais, por conterem segredos de negócio, aos assessores externos das Visadas", sendo, todavia, permitida a consulta de tais documentos confidenciais nas instalações da AdC, para efeitos de exercício do direito de defesa da ora Recorrente.

C. No que respeita à (ii) consulta de todos os elementos confidenciais do processo, resulta, desde logo, da Nota Metodológica anexa à Nota de Ilicitude que, de acordo com as disposições legais aplicáveis, as Visadas podem consultar nas instalações da AdC os documentos classificados como confidenciais, desde que utilizados como meios de prova da Infração, isto porque se entendeu que existe uma necessidade de se ponderar entre o direito à não divulgação dos segredos de negócio (cfr. nº 1 do artigo 30º da lei nº 19/2012) e o direito de defesa das Visadas.

D. Por fim, no que concerne à (iii) consulta integral dos documentos correspondentes aos pedidos de dispensa ou redução da coima, dos requerimentos complementares e dos documentos e informações apresentados para o efeito, e à semelhança do critério estabelecido para a situação descrita supra, a AdC apenas deferiu "o acesso às versões não confidenciais dos pedidos de dispensa ou redução da coima, bem como dos documentos e informações apresentados para o efeito, preparadas pelas requerentes de clemência, nas instalações da AdC", bem como o acesso às versões confidenciais de tais pedidos, documentos e informações "que foram utilizados como meios de prova da infração."

E. Não tendo a Visada DB apresentado qualquer requerimento a identificar com maior detalhe os documentos classificados como confidenciais que, não tendo sido usados pela AdC como meio de prova da infração, entendia serem relevantes para a sua defesa para, desse modo, a AdC decidir sobre a oportunidade de acesso aos mesmos, a Visada DB interpôs recurso da referida Decisão interlocutória proferida pela AdC para o Tribunal a quo que, em suma, constitui o objeto do presente recurso.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

F. Foi precisamente sobre a decisão da AdC acima identificada que o Tribunal a quo se pronunciou, validando todo o seu conteúdo e confirmado a sua legalidade, sendo sobre a validação por parte do Tribunal a quo destas três matérias que incide o recurso interposto pela Visada DB, encontrando-se, desde modo, delimitado o objeto do mesmo.

Da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015 e da inutilidade parcial do presente recurso

G. O Tribunal a quo validou na íntegra a atuação da AdC no que respeita às decisões de acesso ao processo, julgando o recurso interlocutório totalmente improcedente e mantendo as decisões de indeferimento dos pedidos genéricos formulados por diversas Visadas para acesso a todos os documentos classificados como confidenciais constantes do PRC/2012/09, incluindo os não utilizados pela AdC como meio de prova de infração.

H. Sem prejuízo de tal validação, o Tribunal a quo alertou para a eventualidade de as Visadas não terem acesso a todos os elementos necessários que lhes permitam fundamentar o acesso a documentos confidenciais não utilizados na imputação da infração, designadamente, suscitou a dúvida sobre se o índice elaborado pela AdC continha uma descrição suficientemente "pormenorizada e detalhada" de forma a possibilitar a identificação concreta dos elementos com potencial interesse para a defesa.

I. Ora, face ao entendimento ora transrito, a AdC entendeu ser imperativo reequacionar os termos em que se deveria proceder à compatibilização da proteção dos segredos de negócio com o exercício dos direitos de defesa.

J. Nesse sentido, o conselho da AdC, por Deliberação de 17 de novembro de 2015, tomou a decisão de deferir o acesso a todos os mandatários das Visadas aos documentos classificados confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, mais concedendo uma prorrogação de prazo por 45 (quarenta e cinco) dias úteis para efeitos de resposta à Nota de Ilicitude, conforme documento nº 1 junto.

K. Deste modo, e face ao teor da Deliberação em causa, é imperativo concluir que parte do objeto do presente recurso se tornou supervenientemente inútil, designadamente, o capítulo 6 das alegações de recurso a que se responde que é, na realidade, a parte substantiva mais relevante do presente recurso.

Do alegado vício da Sentença

Da alegada contradição insanável entre a fundamentação e a decisão

L. A Visada DB entende que existe uma contradição insanável na Sentença em razão de o Tribunal a quo, por um lado, validar a interpretação e procedimentos levados a cabo pela AdC no que respeita ao acesso ao processo por parte das Visadas e, por outro afirmar que "podem subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se realizam uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efetivo exercício dos direitos de defesa. [...]", concluindo que "a comummente invocada "jurisprudência das cautelas" poderá determinar uma mais funda reflexão sobre



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a suficiência da descrição dos documentos em causa, de modo a obviar a debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa, com as decerto indesejadas consequências daí resultantes".

M. Não é verdade que assim seja. O que acontece é que o Tribunal a quo valida, em absoluto, a interpretação e condicionalismos impostos no acesso ao processo levados a cabo pela AdC, mas alerta para o que poderá, no futuro, constituir alguma debilidade que comprometa o e efetivo exercício do direito de defesa das Visadas: a insuficiência da descrição dos documentos classificados como confidenciais mas não utilizados pela AdC para efeitos de imputação da infração.

N. E, na presente fase processual, ou seja, da instrução (e em sede interlocatória), a responsabilidade pela descrição de tais documentos recai exclusivamente sobre as Visadas e a AdC. Uma vez concluída a instrução, e proferida a decisão final por parte da AdC, então passará a recarregar sobre a competência do Tribunal a quo a apreciação relativamente ao impacto da eventual insuficiência na descrição de tais elementos nos direitos de defesa das Visadas.

O. Em suma, inexiste qualquer contradição da Sentença a quo, existindo, sim, um respeito e observação pelas competências legalmente atribuídas à AdC no decurso das fases administrativas dos processos contraordenacionais, devendo, assim, improceder a invocação desta pretensa nulidade processual.

Do alegado erro de julgamento no que respeita ao pedido de entrega de cópias e acesso a documentos através dos mandatários

P. Entende a Visada DB que o Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento porquanto analisa os dois pedidos do DB relativos à disponibilização aos seus mandatários de cópia dos documentos confidenciais e, subsidiariamente, para que fosse concedido o acesso a todos os documentos confidenciais independentemente de terem sido usados ou não na Nota de Ilicitude na perspetiva da disponibilização às Visadas e não aos seus mandatários tal como solicitado pela Visada DB.

Q. Não é verdade que assim seja, porquanto a apreciação das matérias em discussão por parte do Tribunal a quo não ignorou o regime específico previsto no artigo 33º da Lei nº 19/2012.

R. Atente-se às diversas transcrições das sentenças supra que demonstram a análise e ponderação por parte do Tribunal a quo relativamente ao regime legal da consulta de documentos confidenciais por advogado ou assessor económico, inexistindo, pois, qualquer erro de julgamento que possa afetar a validade da Sentença a quo.

Do indeferimento da disponibilização de cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais pelas Visadas

S. Resulta das alegações do DB que a mesma subscreve inteiramente o entendimento da AdC quanto à necessidade de concordância prática entre o direito à proteção dos segredos de negócio e o exercício do direito de defesa tal como apresentado na Decisão de 17 de junho.

T. No entanto, a Visada DB não se conforma do entendimento levado a cabo pelo Tribunal a quo relativamente ao conteúdo e interpretação do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 19/2012.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

U. Ora, a apreciação da questão relativa à disponibilização de cópia integral de todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais impõe uma análise conjugada do nº 3 do artigo 31º e do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 19/2012.

V. Defende, no entanto, a Visada DB o direito de defesa dos Visados fica restringido caso lhes seja apenas possibilitada a mera consulta dos elementos confidenciais, sem possibilidade de obter cópias dos mesmos, uma vez que, dessa forma, tais elementos não poderão ser analisados com a ponderação que se exige para o exercício cabal do direito de defesa.

W. Sucedе que, no que respeita a esta matéria, 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 nº 4 do artigo 33º, conjugado com o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012).

X. A AdC estaria, sim, a incorrer numa ilegalidade caso disponibilizasse à Visada DB cópia integral de todos os elementos confidenciais do processo, por direta e manifesta violação do nº 4 do artigo 33º e nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012, sendo este também o entendimento do Tribunal a quo.

Y. Por outro lado, não se pode aceitar a alegação da Visada DB de que a Decisão da AdC comprime o seu direito de defesa, porquanto o que se verifica no caso em apreço é exatamente o oposto: as limitações que o nº 4 do artigo 33º e o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 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.

Z. Na realidade, a interpretação levada a cabo pela AdC daqueles preceitos legais e que fundamentou a sua decisão de indeferimento de disponibilização de cópia integral dos elementos confidenciais do processo, traduz o entendimento segundo o qual o direito de defesa, quando prevalece, não pode anular em absoluto a proteção devida aos segredos de negócio, antes se exigindo um exercício de harmonização prática dos dois direitos.

AA. A proteção dos segredos de negócio é manifestamente distinta no caso de consulta dos documentos confidenciais nas instalações da AdC, quando comparado com a solução pretendida pela Visada DB 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.

BB. 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

CC. E no que respeita aos direitos de defesa das Visadas, cumpre referir que sendo a Nota de Ilicitude datada de 29 de maio, o prazo de pronúncia foi sendo consecutivamente prorrogado até à presente data de modo a permitir a consulta do processo, em permanência, pelo tempo necessário à preparação da defesa.

DD. A referência por parte da Visada DB às normas constantes do Código de Processo Penal relativas ao acesso ao processo, designadamente à obtenção de extratos, cópias ou certidões (cf. artigo 89º do CPP), como forma de estabelecer um paralelo entre o ali desposto e a decisão da AdC, para concluir por uma alegada “absoluta falta de fundamento da Decisão da AdC” não pode colher: desde logo porque o CPP não é diretamente aplicável ao presente processo.

EE. Com efeito, ainda que em situações pontuais, e sempre residuais, se pudesse, em abstrato, relativamente a algumas situações não previstas especificamente na Lei nº 19/2012, equacionar uma aplicação supletiva das normas do CPP, a verdade é que o nº 4 do artigo 33º e o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012 já regulam de modo direto, expresso e inequívoco a questão relativa à (im)possibilidade de disponibilização de cópias relativas a elementos confidenciais do processo.

FF. Ainda que não aplicável à situação em apreço, refira-se que o próprio regime previsto do artigo 89º do CPP não é absoluto. Tratando-se de casos em que o processo se encontre em segredo de justiça, o Ministério Público pode opor-se a que sejam disponibilizados extratos, cópias ou certidões, caso tal disponibilização se revele apta a prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais ou das vítimas.

GG. Ou seja, também no processo penal o direito de defesa não pode ser absoluto ao ponto de comprimir ou até anular os direitos de outros participantes processuais.

HH. Por outro lado, também não pode proceder a alegação da Visada DB 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 nº 10 do artigo 32º da CRP.

II. Conforme analisado, 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.

JJ. A interpretação levada a cabo pela AdC do nº 4 do artigo 33º e do nº 3 do artigo 31º da Lei nº 19/2012 não é violadora do direito de defesa das Visadas, tal como consagrado constitucionalmente.

KK. 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 também diversos documentos orientadores da instrução de processos relativos a práticas restritivas da concorrência, adotados pela Comissão Europeia, conforme enunciado nas presentes alegações.

LL. Torna-se, deste modo, claro, que a norma do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 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 RELAÇÃO DE LISBOA

MM. Os direitos de defesa das Visadas não são, pois, coartados, apenas condicionados em razão da necessidade de proteger outros interesses legalmente protegidos.

NN. Permitir às Visadas a consulta de todos os documentos classificados como confidenciais por segredo de negócio e utilizados pela AdC como meios de prova para a demonstração da infração às normas da concorrência, mas não disponibilizar cópia dos mesmos não viola os direitos de defesa da Recorrente.

OO. Trata-se de uma decisão que tentou harmonizar todos os direitos em causa, sem, contudo comprimir o direito de defesa das visadas, em estrita observância das disposições legais aplicáveis e em conformidade com o preceito constitucional invocado pela Recorrente.

PP. Não merece, pois, a Sentença a quo qualquer reparo.

Do indeferimento do pedido relativo ao acesso a documentos relevantes para a defesa ainda que não utilizados como meio de prova pela AdC

QQ. Conforme mencionado supra, no que respeita ao conteúdo do capítulo 6 das alegações da Visada DB entende-se que, na sequência da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015, as questões ali alegadas encontram-se ultrapassadas em razão de ter sido deferido o acesso a todos os documentos considerados ou classificados como confidenciais mesmo que não usados como meio de prova para efeitos da imputação da infração, mas que as Visadas entendem poder conter valor exculpatório.

RR. Deste modo, remete-se para todo o conteúdo da Deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015, invocando-se, consequentemente, a inutilidade superveniente da lide quanto a esta parte específica do recurso.

*

Nesta Relação, a Digna Procuradora-geral Adjunta apôs o competente "visto".

Efectuado o exame preliminar e colhidos os vistos legais, foram os autos à conferência, cumprindo agora apreciar e decidir.

* * *

Fundamentação

A decisão sob recurso é a seguinte:

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 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 33º nº 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 32º nº 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 81º e 82º do Tratado CE, artigos 53º, 54º e 57º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) nº139/2004 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.

- A interpretação do artigo 33º nº 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- A norma contida no artigo 33º nº 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 32º nº 10 da CRP, fora dos casos previstos no artigo 18º nº 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 33º nºs 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 86º nº 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 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 31º nº 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 33º nº 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 18º nº 2 da CRP, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32º nº 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 20º nº 4 da CRP, porquanto



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 30º, 31º e 33º 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 constitucional, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32º nº 10 da CRP e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20º nº 4 da CRP e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

- 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 Ilícitude, 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 Ilícitude.

- 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 Ilícitude, 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 RELAÇÃO DE LISBOA

- 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 nº 3 do artigo 31º e do nº 4 do artigo 33º da Lei nº 19/2012.

- De acordo com o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 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 nº 1 e do nº 3 do artigo 15º e dos nºs 2 e 3 do artigo anterior."

- No entanto, o nº 4 do artigo 33º 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 nº 3 do artigo 31º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do nº 1 do artigo 25º 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 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 nº 4 do artigo 33º, conjugado com o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

o artigo 30º da Lei nº 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 30º da Lei nº 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.

- Desté 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 nº 4 do artigo 33º e nº 3 do artigo 31º da Lei nº 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.

- As limitações que o nº 4 do artigo 33º e o nº 3 do artigo 31º da Lei nº 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 nº 10 do artigo 32º 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 nº 4 do artigo 33º da Lei nº 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.

- 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 Ilicitude, 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)

- Sucedeu 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 (nº 1 do artigo 30º da Lei nº 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.

- 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 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 expendida 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 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 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. nº 4 do artigo 20º da CRP e artigo 6º da CEDH), bem como uma violação do direito de defesa tal como consagrado no nº 10 do artigo 32º 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 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 Ilicitude. (cfr ponto 35 da Nota Metodológica anexa à Nota de Ilicitude).

- 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 nº 10 do artigo 32º da CRP, pelas razões já sobejamente elencadas nas presentes Alegações.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 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 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 50º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e o seu correspondente no Regime Jurídico da Concorrência (conferir artigo 25º, nº 1) exigem, em obediência ao comando constitucional (conferir artigo 32º, nº 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 inherente ao Estado de Direito Democrático.

Dispõe o artigo 32º, nº 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 nº 203/2009 – afirmam: “O nº 10 garante ao arguido em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e de defesa. 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

defesa e a decisão final do processo; e outra assente no equilíbrio sistemático externo, como corolário do artigo 32º, nº 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 nº 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 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*, 16º vol., 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 emanação do princípio da igualdade, plasmado no artigo 13º, da Constituição da República Portuguesa, tendo lídima explicitação no artigo 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa e artigo 6º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, recebida diretamente na ordem jurídica nacional por via do disposto no artigo 16º, nº 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 nº 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 génesis procedural administrativa, sejam antes de génesis 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, nº 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 nº 10, do artigo 32º, 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 6º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagre “um conceito amplo 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 6º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – no sentido de nele abranger 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 32º, nº 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 32º, nº 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 RELAÇÃO DE LISBOA

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 81º, 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 18º, 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 30º, 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 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 Patricia Lopes, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, Nº 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 18º, nº 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

arguidos. A questão está pois em saber a extensão que deve ser concedida à reserva inherente à documentação classificada como confidencial.

Com interesse para o objeto do recurso, o Regime Jurídico da Concorrência (*aprovado pela Lei nº 19/2012, de 8 de maio*) dispõe expressamente sobre a matéria, designadamente nos seus artigos 15º, nº 1, alínea c), 30º, nº 2 e 3, 31º, nº 3, 33º, nº 3 e 4 e 81º.

Vejamos.

Dispõe o artigo 33º, nº 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 nº 3 do artigo 31º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do nº 1 do artigo 25º 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 31º, nº 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 nº 1 e do nº 3 do artigo 15º e dos nºs 2 e 3 do artigo anterior.”.

E o artigo 15º, nº 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 30º, nº 2 e 3 o seguinte:

"(...)

2 – Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do nº 1 do artigo 18º, 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 81º, 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 nº 1 do artigo 25º, 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 33º, nº 4, do Regime Jurídico da Concorrência prevê precisamente que: (i) no caso de um processo em que a 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 33º, nº 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 inherente dimensão constitucional de tutela da vida privada e livre iniciativa e o direito de audição e defesa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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.

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 9º, nº 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 81º, nº 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 à proteção do requerente de clemência), a mesma que funda a solução prevista no artigo 33º, nº 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 15º, do Regulamento (CE) Nº 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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 douta 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 inciso 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 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 81º, nº 2, do Regime Jurídico da Concorrência.

Ora, mais uma vez, não se obriga que a norma em apreço incorra em qualquer vício de inconstitucionalidade 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 abstrato, havendo que ser aferido o



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 adquirá 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 – 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 Nº 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 p/ij 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 e 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,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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/>.

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 119º, alínea c), do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 41º, nº 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, a fundamentação da decisão administrativa com base em elementos confidenciais não comunicados à arguida.

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 33º, nº 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

abrangido pela previsão constante do artigo 33º, nº 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 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 inócuia.

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.

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

* * *

Apreciando...



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

De acordo com a jurisprudência fixada pelo Acórdão do Plenário das Secções do STJ de 19.10.1995 (*in* D.R., série I-A, de 28.12.1995), o âmbito do recurso define-se pelas conclusões que o recorrente extrai da respectiva motivação, sem prejuízo, contudo, das questões de conhecimento oficioso, designadamente a verificação da existência dos vícios indicados no nº 2 do art. 410º do Cód. Proc. Penal.

Ainda, nos termos do art. 75º do D.L. 433/82 de 27.10, na redacção introduzida pelo D.L. 244/95 de 14.09 (RGCO), o Tribunal da Relação apenas conhece da matéria de direito, podendo alterar a decisão do tribunal recorrido sem qualquer vinculação aos termos e ao sentido da decisão recorrida e podendo anulá-la e devolver o processo ao tribunal recorrido.

Assim,

A recorrente Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL, invoca:

- nulidade da sentença por omissão de pronúncia;
- nulidade da sentença por contradição insanável entre a fundamentação e a decisão;
- erro na interpretação do nº 4 do art. 33º do RJC, com consequente violação de preceitos constitucionais (art. 32º 10, 18º 2) e erro na interpretação dos arts. 30º, 31º e 33º do RJC, com consequente violação de preceitos constitucionais (art. 32º 10, 18º 2 e 20º 4) e do art. 6º da CEDH.

O recorrente Banco Espírito Santo, S.A., invoca:

- nulidade da sentença por omissão de pronúncia;
- nulidade da sentença por contradição insanável entre a fundamentação e a decisão;
- erro na interpretação do nº 4 do art. 33º do RJC, com consequente violação de preceitos constitucionais (art. 32º 10, 18º 2) e erro na interpretação dos arts. 30º, 31º e 33º do RJC, com consequente violação de preceitos constitucionais (art. 32º 10, 18º 2 e 20º 4), do art. 6º da CEDH e do art. 41º 2 a) e b) da CDFUE.

O recorrente Deutsche Bank Aktiengesellschaft – Sucursal em Portugal, invoca:

- nulidade da sentença por contradição insanável entre a fundamentação e a decisão;
- erro na interpretação do nº 4 do art. 33º do RJC, com consequente violação de preceitos constitucionais (art. 32º 10, 18º 2) e erro na interpretação dos arts. 30º, 31º e 33º do RJC, com consequente violação de preceitos constitucionais (art. 32º 10, 18º 2 e 20º 4) e do art. 6º da CEDH.

*

Da nulidade da sentença por omissão de pronúncia...



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Alegam os recorrentes Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL (CCAM) e Banco Espírito Santo, S.A. (BES) que a sentença recorrida é nula por omissão de pronúncia pois que não se debruçou sobre os seguintes aspectos levantados por ambos na sua impugnação: “*no processo surgem qualificados como totalmente confidenciais dezenas de milhares de ficheiros e documentos sobre os quais manifestamente não houve qualquer escrutínio, nem por parte dos interessados na tutela dos segredos de negócio, nem por parte da AdC*”; e “*a interpretação do artigo 33º nº 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 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*”.

E apenas pelo BES: “*não há também nenhuma razão para que esse acesso esteja limitado à consulta do processo na AdC e não possa ser assegurado em muito melhores condições através de um data room de acesso remoto ou através de um confidentiality ring em que os advogados com acesso a cópias do processo ficam sujeitos a obrigações semelhantes às que lhes são exigíveis para a consulta na AdC*”.

Nos termos da alínea c) do nº 1 do art. 379º do Cód. Proc. Penal, aplicável por força do nº 1 do art. 41º do RGCO, “é nula a sentença... quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento”.

Estas questões que o tribunal tem que apreciar são as questões concretas e relevantes colocadas pelas partes e sobre as quais tem que recair uma decisão.

Ora a afirmação de que “*no processo surgem qualificados como totalmente confidenciais dezenas de milhares de ficheiros e documentos sobre os quais manifestamente não houve qualquer escrutínio, nem por parte dos interessados na tutela dos segredos de negócio, nem por parte da AdC*”, não é uma questão que careça da decisão do Tribunal, já que relativamente a ela não recaiu qualquer pedido. Trata-se apenas de uma afirmação, de uma constatação. Contudo, e ainda assim, o Tribunal recorrido não foi indiferente a esta afirmação, uma vez que disse “*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 pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efetivo exercício do direito de defesa*” e alertou para a necessidade da AdC proceder a uma melhor identificação dos documentos, mas quanto à sua classificação como totalmente confidenciais, tal pertence às visadas, nos termos do nº 2 do art. 30º do RJC.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E a afirmação de que “*a interpretação do artigo 33º nº 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 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*”, também não é uma questão que careça da decisão do Tribunal. A invocação de critérios economicistas na interpretação de uma norma não é critério legal (cfr. o art. 9º do Cód. Civil), pelo que tal afirmação só pode ser considerada como um “desabafo”. Por outro lado, a eventual utilização de uma cópia manuscrita não é idêntica à utilização do documento digitalizado, sendo a evidência tal que dispensa pronúncia.

Quanto à afirmação de que “*não há também nenhuma razão para que esse acesso esteja limitado à consulta do processo na AdC e não possa ser assegurado em muito melhores condições através de um data room de acesso remoto ou através de um confidentiality ring em que os advogados com acesso a cópias do processo ficam sujeitos a obrigações semelhantes às que lhes são exigíveis para a consulta na AdC*”, o Tribunal recorrido afirmou claramente que a consulta dos documentos devia ter lugar na AdC por ser essa a interpretação que melhor se coaduna com o disposto no art. 81º 2 do RJC (que não permite a reprodução dos documentos). De resto, se as partes pretendiam aceder de uma qualquer forma informática especial, teriam que ter colocado primeiro a questão à AdC, saber se a AdC tinha possibilidade de aceder a um tal programa e só após indeferimento da pretensão, sem justificação aceite por parte da requerente, poderia a questão ser alvo de impugnação judicial.

Pelo que podemos concluir que a sentença não enferma do vício de omissão de pronúncia.

Do vício a que alude a alínea b) do nº 2 do art. 410º do Cód. Proc. Penal...

Alegam os recorrentes a existência de vício de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão porque o Tribunal recorrido, depois de ter concluído que o direito constitucional de defesa dos recorrentes não sairia afectado pela exigência imposta pela AdC de os mesmos identificarem com rigor os documentos que considerassem poder vir a ser relevantes para a sua defesa, bem como de fundamentarem quanto ao potencial exculpatório desses documentos, veio o Tribunal a quo reconhecer que era inviável para os recorrentes fazê-lo tendo em conta que a descrição feita pela AdC dos documentos nos anexos juntos com a Nota de Ilicitude era escassa e susceptível de comprometer o direito de defesa dos recorrentes.

O vício de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão, a que alude a alínea b) do nº 2 do art. 410º do Cód. Proc. Penal, ocorrerá quando, segundo um raciocínio lógico, é de concluir que a fundamentação justifica precisamente a decisão contrária, ou



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

quando, segundo o mesmo raciocínio, se conclui que a decisão não fica suficientemente esclarecida, dada a colisão entre os fundamentos invocados.

No caso em análise o Tribunal recorrido decidiu (e fundamentou a sua posição) que o direito constitucional de defesa dos recorrentes não sairia afectado pela exigência imposta pela AdC de os mesmos identificarem os documentos que considerassem poder vir a ser relevantes para a sua defesa e fundamentarem quanto ao potencial exculpatório desses documentos. Mas alertou para a possibilidade de, em fase posterior, outro Julgador poder vir a entender que podem subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se a descrição dos documentos é suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efectivo exercício do direito de defesa e, por isso, avisou que uma “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 efectivo exercício do direito de defesa (e o certo é que a AdC atendeu a este aviso e alterou a sua posição).

Assim, e como se vê, não existe o invocado vício.

Do erro de direito...

Pretendem os recorrentes que lhes seja disponibilizada cópia integral dos documentos juntos aos autos, utilizados pela AdC como meio de prova da infracção (referenciados na Nota de Ilicitude) e classificados como confidenciais por conterem segredos de negócio, e ainda que lhes seja disponibilizada cópia integral dos documentos juntos aos autos e não referenciados na Nota de Ilicitude, sem necessidade de identificação concreta e apresentação de fundamentação do potencial valor exculpatório desses documentos.

No que se refere à reprodução da documentação confidencial que serviu como meio de prova para a elaboração da Nota de Ilicitude há que ter em conta o disposto no nº 4 do art. 33º do RJC.

E é precisamente a interpretação do disposto desse normativo feita pelo Tribunal recorrido que os recorrentes põem em causa.

Dispõe tal normativo que “o acesso aos documentos referidos no nº 3 do artigo 31º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do nº 1 do artigo 25º 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”, sendo que os documentos referidos no nº 3 do art. 31º se referem “a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio” – com efeito, o citado nº 3 do art. 31º prevê que “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 infracção às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de negócio, ao abrigo da alínea c) do nº 1 e do nº 3 do artigo 15º e dos nºs 2 e 3 do artigo anterior".

Pretendem os recorrentes que os documentos que contêm efectivamente segredos de negócio devem ser inteiramente acessíveis aos seus advogados ou ao assessor económico externo e não ser-lhes permitido o acesso apenas mediante consulta.

Referem que, além de ter que estar pressuposto que os segredos de negócio estejam correctamente identificados, tal não protege a confidencialidade, traz custos elevados e não é consentâneo com o cabal direito de defesa consagrado no nº 10 do art. 32º da Constituição da República Portuguesa e com o princípio da proporcionalidade a que alude o nº 2 do art. 18º do mesmo Diploma.

Ora salvo o devido respeito por opinião contrária, entendemos que a análise feita pelo Tribunal recorrido se afigura correcta e ponderada, sendo a interpretação do nº 4 do art. 33º do RJC ali feita a mais legal e adequada. Lembramos agora o que a tal respeito disse o Tribunal recorrido e que aqui reproduzimos por o secundarmos:

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

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 9º, nº 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 81º, nº 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 à proteção do requerente de clemência), a mesma que funda a solução prevista no artigo 33º, nº 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 15º, do Regulamento (CE) Nº 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 douta 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 inciso 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 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 81º, nº 2, do Regime Jurídico da Concorrência.

Ora, mais uma vez, não se obriga que a norma em apreço incorra em qualquer vício de inconstitucionalidade 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.»

Ora concedendo que é pressuposto que os segredos de negócio estejam correctamente identificados, teremos que concordar que a solução proposta pelo Tribunal recorrido, secundando a posição da AdC é a que melhor traduz o equilíbrio entre o interesse das Partes Terceiras em manter confidencial o segredo de negócio e o direito de defesa das Visadas. É óbvio que tal solução não protege totalmente a confidencialidade, mas a garantia de não reprodução dos documentos confidenciais é melhor conseguida se estes apenas puderem ser consultados nas instalações da AdC.

Quanto ao alegado critério economicista, é óbvio que na interpretação da norma não pode atender-se aos custos que o procedimento, de acordo com a lei, acarreta.

Tal entendimento não viola o direito de defesa das recorrentes (novamente se dando por reproduzido o que a tal respeito disse o Tribunal recorrido) nem o princípio da proporcionalidade a que alude o nº 2 do art. 18º da Constituição da República Portuguesa. Dispõe tal normativo que "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos", mas o certo é que o direito de defesa não pode ser visto como um direito absoluto e o direito ao segredo de negócio é também um direito das outras partes.

Pelo que podemos concluir que o entendimento perfilhado não viola qualquer preceito constitucional.

Mas alegam ainda os recorrentes que a exigência de fundamentação do potencial valor exculpatório dos documentos confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC na Nota de Ilicitude para permissão aos Visados do acesso a esses documentos, não tem apoio na letra da lei, não estando a mesma prevista no artigo 33º nº 1 do RJC. Referem, assim, ter



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

havido erro na interpretação dos arts. 30º, 31º e 33º do RJC, com consequente violação do disposto nos arts. 32º 10, 18º 2 e 20º 4 da Constituição da República Portuguesa, no art. 6º da CEDH e no art. 41º 2 a) e b) da CDFUE.

Caberá aqui referir que a AdC inverteu a exigência de fundamentação por Deliberação de 17 de Novembro de 2015 (cfr. fls. 841 ss), pelo que o recurso perdeu, nesta parte, utilidade, o que se declara, não conhecendo da questão.

* * *

Decisão

Pelo exposto, acordam em não conhecer dos recursos na parte referente à exigência de fundamentação do potencial valor excludatório dos documentos confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC na Nota de Ilicitude, dada a inutilidade da decisão em consequência da Deliberação da Autoridade da Concorrência de 17 de Novembro de 2015.

No mais, negam provimento aos recursos e confirmam a decisão recorrida.

Custas pelos recorrentes, fixando-se a taxa de justiça em quatro (4) UCs.

Lisboa, 5.04.2016

(processado e revisto pela relatora)

Aldo Tomé Casimiro

(Alda Tomé Casimiro)

Cid Geraldo

(Cid Geraldo)