



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

159082

CONCLUSÃO - 20-12-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivão de Direito Sandra Cristina Poitout)

=CLS=

DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO.

I.1.1. Por decisão de 22 de Setembro de 2016 (cfr. fls. 38 a 43), proferida no processo de contra-ordenação PRC/2015/09, a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) solicitou às visadas **Banco Santander Totta, S.A. (doravante BST)** e **Banco Santander Consumer Portugal, S.A. (doravante BSC)**, em síntese, a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar em 28 de Janeiro de 2016.

1.2. Nos presentes autos, a visada, aqui recorrente, **BST**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa (cfr. fls. 44 a 112) da decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência – AdC**, de 22 de Setembro de 2016, notificada a 23 de Setembro de 2016.

Alegou, para o efeito e em síntese, os seguintes fundamentos vertidos nas conclusões do requerimento de recurso:

1) O presente recurso visa a anulação da decisão da AdC no âmbito do processo de contraordenação n.º PRC/2015/9 - notificada ao Recorrente em 23 de Setembro de 2016 - através da qual esta autoridade solicitou ao BST a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida pela autoridade no âmbito deste;

2) A Decisão impugnada insere-se no âmbito do processo contraordenacional PRC/2015/09, no âmbito do qual, em 28 de Janeiro de 2016, tiveram lugar, nas instalações do Recorrente, diligências de busca e apreensão que resultaram na apreensão dos documentos objeto da Decisão recorrida;

3) Após as referidas diligências, em 14 de Junho de 2016, o Recorrente foi notificado pela AdC para, em relação à totalidade dos documentos apreendidos, *(i)* identificar, de forma fundamentada, a informação confidencial; *(ii)* preparar resumos da informação/documentação confidencial; e quando aplicável *(iii)* preparar versões não confidenciais dos documentos;

4) O Recorrente apresentou, em 7 de Setembro de 2016, à AdC a sua resposta aos pedidos incluídos na Decisão de 14 de Junho, com excepção do pedido de preparação de resumos, tendo em conta o recurso de anulação deste pedido apresentado pelo Recorrente que deu origem ao processo 195/16.1YUSTR, que aguarda a sentença do TCRS;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

5) A AdC, através da Decisão ora recorrida, e invocando como base legal o Artigo 30.º da Lei da Concorrência, solicitou a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida apresentada pelo Recorrente em 7 de Setembro de 2016, de forma a incluir, por um lado, à fundamentação do pedido de confidencialidade em relação a cada um dos documentos confidenciais apreendidos e, por outro, uma descrição do teor de cada documento confidencial que permita a terceiros a compreensão do conteúdo destes;

6) A Decisão refere ainda que, caso o Recorrente não proceda à revisão da fundamentação de confidencialidade nos termos solicitados, a informação em causa será considerada não confidencial pela AdC, podendo, por isso, vir a ser acessível a terceiros;

7) Consequentemente, esta Decisão é, por um lado, excessivamente onerosa para o Recorrente em face do carácter monstruoso do processo, bem como desconforme à prática decisória anterior da AdC que aceitou a fundamentação de confidencialidade por referência a categorias de tipos de confidencialidade;

8) Por outro lado, a AdC exige, na Decisão impugnada, uma revisão da fundamentação que extravasa claramente o âmbito do ónus que resulta do Artigo 30.º da Lei da Concorrência para as empresas alvo de diligências de busca e apreensão em processos de práticas restritivas;

9) Na verdade, a preparação de descrições da informação identificada como confidencial que permita a compreensão do conteúdo desta por parte de terceiros corresponde, tal como já foi entendido pelo TCRS, a um dever acessório que impende sobre a própria AdC, e não sobre as empresas, nos termos do artigo 30.º n.º 1 da Lei da Concorrência;

10) Ademais, este pedido corresponde, na prática, a um novo pedido de preparação de resumos da informação confidencial apreendida, tendo em conta que a AdC, na Decisão de 14 de junho, objeto de recurso no âmbito do processo 195/16.1YUSTR, também solicitava ao Recorrente, sob a designação “resumo”, uma descrição resumida da informação identificada como confidencial que permitisse a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida, um pedido formulado em termos idênticos ao pedido de descrições do conteúdo da informação confidencial dirigido ao Recorrente através da Decisão ora impugnada.;

11) Nesse sentido, a Decisão recorrida, viola o disposto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, bem como o princípio da proporcionalidade, podendo também pôr em causa o princípio da confiança legítima e o direito à não autoincriminação, pelo que o objeto do presente recurso é a ilegalidade da Decisão e este destina-se a obter a anulação da mesma.

12) Tendo em conta que o Recorrente discorda com a Decisão impugnada, uma vez que esta solicita a revisão da fundamentação de confidencialidade da documentação apreendida, incluindo, por um lado, a motivação individualizada dos pedidos de confidencialidade e, por outro, uma descrição do conteúdo dos documentos confidenciais apreendido, i.e., de um resumo individualizado destes, em contradição com a prática decisória anterior da AdC e sem que exista qualquer fundamento legal para o efeito, pelo que é manifesto que o Recorrente tem interesse em agir e, por isso, legitimidade para interpor o presente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

recurso, ao abrigo do disposto no artigo 401.º do CPP, aplicáveis ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência e n.º 1 do artigo 41.º do RGCO.

13) Tendo em conta que a Decisão recorrida se sobrepõe, pelo menos parcialmente, à Decisão de 14 de Junho, no que diz respeito ao pedido de preparação de descriptivos do teor da informação apreendida, resulta manifesto que a decisão no presente recurso está dependente da sentença a proferir no âmbito do processo 195/16.1YUSTR no que respeita à delimitação do âmbito de aplicação do Artigo 30.º da Lei da Concorrência, pelo que deve aplicar-se neste contexto o n.º 1 do artigo 272.º do CPC, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP que dispõe que pode ser ordenada a suspensão da instância “*quando a decisão da causa estiver dependente do julgamento de outra já proposta ou quando ocorrer outro motivo justificado*”.

14) Consequentemente, **requer-se, ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 272.º do CPC, aplicável ex vi artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP, a suspensão por prejudicialidade da presente instância recursória enquanto o TCRS não tiver proferido decisão no âmbito do processo 195/16.1YUSTR, no qual se impugna a Decisão de 14 de junho de 2014, no mesmo processo de práticas restritivas (PRC/2015/9).**

15) Considerando que a legalidade (em sentido amplo) do pedido de elaboração de uma fundamentação individualizada dos documentos e, em particular, de descrições do teor de toda a informação / documentação confidencial apreendida nas instalações do BST está dependente da decisão a proferir no presente Recurso, é evidente que este último deve ter **subida imediata** e **efeito suspensivo**, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis *ex vi*, artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

16) Em **primeiro lugar**, o presente recurso deve ter subida imediata, na medida em que a sua retenção (para decisão apenas a final) torná-lo-ia absolutamente inútil, visto que, na sua pendência, o Recorrente seria onerado com a elaboração de uma fundamentação de confidencialidade, documento a documento e, principalmente, com a descrição individualizada da informação confidencial apreendida suscetível de permitir a terceiros a compreensão do conteúdo desta (*i.e.*, de resumos da documentação confidencial), e caso tal não sucedesse, essa documentação seria considerada como não confidencial pela AdC, sendo disponibilizada, nessa qualidade, no processo (podendo tornar-se, assim, acessível a terceiros informação confidencial do Recorrente com prejuízo claro para esta instituição de crédito);

17) Por outro lado, não há menor dúvida de que o processo contra-ordenacional em causa nos presentes autos constitui um “processo monstruoso”, pelo que não há a menor dúvida de que o mesmo deve ter subida imediata, sob pena de um hipotético risco de anulação do processado acarretar danos para o princípio da economia processual e prestígio das instituições;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

18) Em segundo lugar, e considerando que tem subida imediata, é evidente que o presente recurso deve ter efeito suspensivo, na medida em que a validade ou eficácia dos actos subsequentes depende da apreciação deste mesmo recurso, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 408.º do CPP;

19) De facto, e considerando que o presente Recurso incide sobre a manifesta ilegalidade da exigência pela AdC da realização pelo Recorrente de resumos da documentação confidencial apreendida, assim como sobre a manifesta ilegalidade da cominação da AdC segundo a qual, caso o Recorrente não prepare esses resumos, a documentação apreendida se presume como não confidencial -, resulta manifesto que toda a tramitação subsequente neste processo se encontra dependente da sentença a proferir no presente recurso;

20) Ademais, não obstante não existir qualquer fundamento para a investigação da AdC neste processo, tendo em conta que não Recorrente não incorreu em qualquer infração de direito da concorrência, importa notar, por mero dever patrocínio, e sem conceder, que a atribuição de efeito suspensivo é essencial neste processo, sob pena de grave violação do princípio da proibição da auto-incriminação, tendo em conta que, na ausência de efeito suspensivo, o Recorrente teria, em tese, na pendência do recurso, de fornecer à AdC uma descrição de documentos susceptíveis de serem utilizados como prova para imputar ao BST uma contraordenação relativa à infração das normas da concorrência.

21) De resto, este douto Tribunal já fixou subida imediata e efeito suspensivo de recursos com um objeto que se pode considerar paralelo ao que o que se encontra aqui em causa nos autos, tendo em conta que estava em causa o desentranhamento de documentos e o modelo de acesso a informação confidencial no âmbito de processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, caso dos recursos apresentados nos processos n.º 1/16.7YUSTR, 20/16.3YUSTR, 90/16.4YUSTR e .º 194/16.3YUSTR;

22) Assim sendo, deve o presente recurso ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

23) A Decisão recorrida viola o disposto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, bem como o princípio da proporcionalidade, podendo também pôr em causa o princípio da confiança legítima e o direito à não autoincriminação, sendo a interpretação que a AdC pretende fazer da Lei da Concorrência na Decisão, é manifestamente inconstitucional;

24) Em primeiro lugar, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência não permite sustentar a existência de um dever de um interveniente num processo contra-ordenacional elaborar quaisquer descrições, sumários ou resumos de informação / documentação confidencial apreendida;

25) Na verdade, o artigo 30.º da Lei da Concorrência estabelece que compete à AdC acautelar o interesse legítimo das empresas intervenientes em processos de práticas restritivas na proteção dos seus segredos de negócio;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

26) Para efeitos de protecção dos segredos de negócio, o artigo 30.º da Lei da Concorrência prevê o dever jurídico de a AdC conceder um prazo aos visados para a identificação da confidencialidade da documentação apreendida, sendo que essa fundamentação deverá realizar-se de forma fundamentada;

27) Caso os visados não exerçam esta faculdade jurídica, i.e., na hipótese de a entidade em causa não identificar, de forma fundamentada, as informações que considere confidenciais ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos confidenciais – mas só nestes casos -, a documentação presume-se não confidencial, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

28) Deste modo, resulta evidente que o artigo 30.º da Lei da Concorrência em lado algum refere a obrigação (ou o ónus) de o interessado elaborar descrições que permitam a terceiros compreender o teor dos documentos apreendidos, i.e., resumos da informação confidencial e muito menos estatui que esta se terá por não confidencial na hipótese de o interessado não elaborar esses mesmos resumos:

29) De resto, a interpretação do artigo 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que seria admissível considerar informação confidencial como não confidencial caso o visado não entregasse resumos da informação é, em qualquer caso, manifestamente constitucional, por violação do disposto nos artigos 61.º e 62.º da CRP, tendo em conta que os segredos de negócio de uma empresa estão incluídos no direito fundamental de propriedade (art. 62.º, da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, da CRP);

30) Em segundo lugar, é também manifesto que a suposta preparação dos resumos da informação confidencial não se inclui nos deveres de colaboração decorrentes da Lei da Concorrência;

31) Com efeito, o artigo 18.º da Lei da Concorrência confere à AdC, no âmbito de um processo sancionatório, poderes para solicitar documentos e outros elementos de informação preexistentes às empresas, bem como recolher e aprender prova nas instalações destas empresas;

32) Todavia, é patente que esses poderes não incluem a exigência da preparação de descrições que permitam aprender o teor dos documentos apreendidos, i.e., de resumos de informação/documentação confidencial ou de qualquer outra informação suscetível de ser integrada em processos de práticas restritivas:

33) Tal como relembra o Advogado Geral Wahl no caso C 247/14 P - *HeidelbergCement AG*, as obrigações de colaboração correspondem à apresentação de informações e não ao desempenho de funções da entidade administrativa, entendimento que é também sufragado pela jurisprudência nacional;

34) Em terceiro lugar, para além de desprovida de base legal, a Decisão viola também o dever acessório da AdC de tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º da Lei da Concorrência;

35) Com efeito, no Processo 1/16.7YUSTR, o TCRS foi claro ao considerar que cabe à AdC e não aos buscados, potenciais visados ou visados proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada dos documentos do processo, que é precisamente o que a AdC solicita ao Recorrente na Decisão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

impugnada, configurando esta obrigação como um dever processual acessório do dever de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do disposto no artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

36) Ademais, nas Linhas de Orientação da AdC, relativas à instrução de processos de práticas restritivas, a própria AdC reconhece o dever acessório de tratamento de gestão dos documentos, ao comprometer-se a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que as visadas possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais, que é precisamente o que a AdC solicita ao Recorrente na Decisão, e, nessa medida, possam, ulteriormente, se tal se revelar pertinente, fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos;

37) Além disso, a jurisprudência no plano União Europeia fornece apoio à conclusão de que compete às autoridades administrativas que conduzem os processos contra-ordenacionais sumariar e descrever a informação confidencial, não aos particulares, conforme resulta, por exemplo do acórdão Solvay (T-30/91);

38) **É, por isso, que a Decisão é manifestamente ilegal na parte em que pretende efetuar um verdadeiro outsourcing de um dever jurídico que a Lei atribui à própria AdC, razão pela qual a solicitação da revisão da fundamentação de confidencialidade no sentido de incluir uma descrição desta informação que permita a apreensão do conteúdo desta constitui um incumprimento por parte da AdC deste dever acessório de tratamento da informação / documentação, em violação do Artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;**

39) **Em quarto lugar**, e em qualquer caso, a Decisão impugnada ao determinar a fundamentação da confidencialidade documento a documento num processo tão volumoso, e especialmente a elaboração individualizada de resumos de informação / documentação confidencial viola ainda o princípio constitucional da proporcionalidade, ao qual se encontra adstrita a actuação das autoridades administrativas, incluindo no âmbito de processos de contraordenação nos termos do Artigo 18.º e 266.º da CRP;

40) O princípio da proibição do excesso também é tutelado no plano da UE, como o TJUE já salientou, em várias ocasiões, devendo as pessoas coletivas ou singulares ser protegidas contra intervenções, salvo o devido respeito, arbitrárias e desproporcionadas do poder público na sua esfera privada, mesmo quando se trata de fazer cumprir as regras da concorrência, o que constitui um princípio geral de direito da UE (conforme resulta, por exemplo, dos acórdãos C 46/87 e 227/88 - *Hoechst/Comissão* e C-94/00 - *Roquette Frères*);

41) No caso concreto, é manifesto que a Decisão, ao determinar a revisão da fundamentação da confidencialidade de forma a incluir uma fundamentação individualizada e, especialmente, descrições do teor dos documentos confidenciais gera uma significativa perturbação da atividade da empresa, que é chamada a identificar e explicar um conjunto significativo de informação confidencial (afinal as diligências de busca e apreensão tiveram lugar numa instituição bancária), com os custos inerentes a alocação de colaboradores para estas tarefas, e inclusivamente, prolongada assessoria jurídica quanto a esta matéria;

42) Esta perturbação é particularmente injustificada, pelo que esta parte da Decisão infringe o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso em todos os seus subprincípios;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

43) Por um lado, é manifesto que a exigência de preparação de uma motivação individualizada, bem como resumos de informação/documentação confidencial não é apropriada para atingir qualquer fim de interesse público no sentido da promoção da concorrência, mas somente intutos de conveniência por parte da AdC, que pretende que o Recorrente se lhe substitua no tratamento da informação no processo de modo a que possa ser disponibilizada a terceiros, que não justificam a imposição deste pesado ónus à Recorrente;

44) Por outro, ainda que se admita, por mero dever de patrocínio, e sem conceder, apenas para efeitos deste raciocínio, que as medidas tinham o objectivo abstracto da promoção da concorrência, tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo, a imposição à Recorrente de uma motivação de confidencialidade documento a documento, bem como a preparação de descrições da informação/documentação confidencial não é necessária e muito menos corresponde à forma menos onerosa de prosseguir este objectivo;

45) Por fim, uma vez mais, ainda que descortinássemos um objectivo de interesse público atendível, *quod non*, é claríssimo que a exigência de que a fundamentação de confidencialidade seja feita de forma individualizada e inclua sumários dos documentos apreendidos, para além da motivação da confidencialidade já realizada pelo Recorrente na sua resposta de 7 de Setembro, nos termos da Lei e da prática anterior, excede o limite da “justa medida”;

46) O tratamento da informação exigido à Recorrente em virtude da Decisão é de tal modo extenso, complexo e exigente em termos de tempo que, na prática, a Recorrente, enquanto empresa alvo das buscas parece ter sido “subcontratada” para organizar os processos da AdC, o que não é compatível com o princípio da proporcionalidade, como resulta Conclusões do Advogado Wahl no processo C 267/14 - *Buzzi Unicem SpA*;

47) Deste modo, é manifesto que a Decisão, na parte em que impõe ao Recorrente a motivação individualizada da confidencialidade e, em particular, a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida de forma a incluir um resumos da informação/documentação confidencial permitindo a terceiros compreender o teor dos documentos constitui um ónus excessivo, desnecessário e injustificado em violação do princípio da proporcionalidade;

48) De resto, interpretar o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência e no artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de que a exigência por parte da AdC da preparação descritivos / resumos da informação / documentação confidencial seria admissível é manifestamente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 18.º e 266, n.º 2 da CRP;

49) Em quinto lugar, a Decisão recorrida afasta-se da prática da AdC em procedimentos contra-ordenacionais anteriores, em particular em procedimentos em que o Recorrente foi alvo de diligências de busca e apreensão (caso do processo contra-ordenacional n.º PRC 9/2012), contrariando ainda flagrantemente a abordagem da autoridade na Decisão de 14 de Junho, o que constitui, em qualquer caso, uma violação do princípio da confiança legítima.

50) Com efeito, não é prática da AdC, em processos de práticas restritivas, em especial processos desta magnitude, solicitar a motivação individualizada da informação confidencial, e, em qualquer caso, solicitar aos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Recorrentes a preparação de resumos da informação confidencial apreendida, de forma directa, ou indirectamente, através da inclusão de descritivos da informação na revisão da fundamentação de confidencialidade, correspondendo a fundamentação da confidencialidade, nos termos da mesma prática, à indicação das razões em virtude das quais a informação em causa se deverá considerar confidencial.

51) Ademais, no que respeita à preparação de descrições do teor dos documentos, as exigências formuladas pela AdC na Decisão recorrida estão em flagrante com a sua Decisão de 14 de Junho, uma vez que a autoridade solicita ao Recorrente que inclua na revisão da fundamentação de confidencialidade precisamente o que na referida decisão tinha definido como correspondendo ao resumo da informação confidencial, *i.e.*, a descrição da informação identificada como confidencial que permita a compreensão da informação suprimida, deixando de fazer referência à fundamentação de confidencial como a indicação das razões para o pedido de confidencialidade.

52) Tendo em conta este contexto, o Recorrente entende que estão preenchidos os pressupostos da tutela da confiança, tendo em conta que o Recorrente actuou no âmbito deste processo, nas suas interacções com AdC com boa-fé, no cumprimento estrito das normas aplicáveis, da prática anterior e das indicações da própria autoridade, tendo em conta à existência de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível que a abordagem anterior da AdC, incluída no processo 9/2012 e na Decisão de 14 de Junho se manteria.

53) Ademais, cumpre notar que o Recorrente desenvolveu toda uma actuação baseada na confiança gerada, actuação essa cuja revisão resultará em prejuízos inadmissíveis, na medida em que o Recorrente alocou, durante cerca de três meses, recursos, e incorreu em custos, de forma a proceder à identificação e fundamentação de confidencialidade nos termos da prática anterior da AdC e é agora confrontado pela autoridade com a necessidade alterar significativamente o trabalho realizado, sendo imputável à AdC formação da confiança em causa.

54) Nessa medida, a Decisão recorrida viola o princípio da boa-fé, na vertente da tutela da confiança, pelo que a Decisão deve, nessa parte, ser anulada;

55) Além disso, interpretar o Artigo 30.º ou o Artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de permitir a exigência por parte da AdC de uma descrição da informação confidencial suprimida, que seja susceptível de permitir a compreensão do conteúdo desta, em contradição com a prática anterior desta atividade, é inconstitucional por violação do princípio da boa fé, na sua vertente da tutela da confiança, tal como incluído no Artigo 266, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa;

56) Em sexto lugar, e em qualquer caso, sem conceder quanto aos argumentos anteriormente expostos, em particular quanto à questão relativa à constituição de visado, tendo em conta que a autoridade expressou o seu entendimento no sentido de qualificar o Recorrente como visado, a possibilidade de a AdC exigir que um visado prepare uma descrição da informação confidencial suprimida, que seja susceptível de permitir a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

compreensão do conteúdo desta, *i.e.*, resumos da documentação confidencial apreendida seria, em qualquer caso, lesiva do princípio da proibição da auto-incriminação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”).

57) De facto, tendo em conta o princípio da proibição da auto-incriminação no âmbito de processos contra-ordenacionais, é manifesto que uma entidade visada tem o direito de recusar tal colaboração quando a mesma lhe for solicitado pela AdC;

58) Caso a AdC solicite colaboração para a instrução de um processo contraordenacional sem prestar a informação de que o visado pode recusar colaborar, tal poderá constituir um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos e para os efeitos no artigo 126.º do CPP, como entendeu, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 15.02.2011 no Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5;

59) Com efeito, o “visado” de um processo contra-ordenacional não poderá ser forçado a «escavar a sua própria cova» - elaborando resumos da documentação apreendida pela AdC - a troco de garantir a confidencialidade da documentação relativa a segredos de negócio;

60) De resto, e mesmo na linha da jurisprudência da UE que considera que, no âmbito de processos de contraordenação, as autoridades administrativas poderão requerer a colaboração de visados - que têm a obrigação de colaborar - para entrega de elementos puramente factuais ou documentos pré-existentes, a verdade é que a obrigação de elaborar resumos de documentação pelos visados nem sequer se encontra incluída nesta corrente jurisprudencial;

61) Assim sendo, é manifesto que a exigência pela AdC da obrigação de a Recorrente elaborar descrições individualizadas do teor da informação confidencial apreendida é absolutamente ilegal.

62) De resto, é evidente que a interpretação dos artigos 15.º, 18.º e 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que a AdC poderia exigir dos visados a preparação de resumos da informação confidencial sempre seria inconstitucional por violação do princípio constitucional da proibição da autoincriminação implícito nos artigos 1.º e 32.º da CRP.

Terminou, requerendo a admissão do recurso - **com subida imediata e efeito suspensivo** - e, em consequência, a anulação da Decisão da AdC na medida em que exige ao Recorrente a preparação de fundamentação individualizada da confidencialidade da informação, bem como a revisão da fundamentação de confidencialidade de modo a incluir a descrição de informação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016, requerendo-se, ademais, ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 272.º do CPC, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP, a suspensão por prejudicialidade da presente instância recursória enquanto o TCRS não tiver proferido decisão no âmbito do processo **195/16.1YUSTR**.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Juntou 11 documentos, nomeadamente ofício de notificação da AdC de 22-09-2016 (fls. 114 a 116 com anexo de fls. 117 e 118), cópia de mandado de busca e apreensão, despacho de autorização, credenciais e auto (fls. 120 a 137), decisão da AdC de 08-06-2016 e anexo (fls. 138 a 143); resposta da visada ao pedido (fls. 145 a 154); processado do PRC/2012/9 (fls. 155 a 266); ofício de notificação e deliberação da AdC de 22-09-2016 (fls. 262 a 269); cópia de despacho de recebimento proferido no processo 1/16.7YUSTR (fls. 272 a 275), cópia de despachos de recebimento proferidos nos processos 20/16.3YUSTR, 90/16.4YUSTR, 194/16.3YUSTR, 228/16.1STR E 194/16.9YUSTR (fls. 276 a 302); cópia de sentença proferida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, 2º Juízo (fls. 303 a 378); cópia de decisão por simples despacho proferida no processo 1/16.7YUSTR (fls. 379 a 413) e ofício de notificação de decisão da AdC de 07-07-2016 (fls. 416 a 418).

1.3. Nos presentes autos, a visada, aqui recorrente, **BSC**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa (cfr. fls. 421 a 488) da decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência – AdC**, de 22 de Setembro de 2016, notificada a 23 de Setembro de 2016.

Alegou, para o efeito e em síntese, os seguintes fundamentos vertidos nas conclusões do requerimento de recurso:

1) O presente recurso visa a anulação da decisão da AdC no âmbito do processo de contraordenação n.º PRC/2015/9 - notificada ao Recorrente em 23 de Setembro de 2016 - através da qual esta autoridade solicitou ao BSC a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida pela autoridade no âmbito deste;

2) A Decisão impugnada insere-se no âmbito do processo contraordenacional PRC n.º 2015/9, no âmbito do qual, em 28 de Janeiro de 2016, tiveram lugar, nas instalações do Recorrente, diligências de busca e apreensão que resultaram na apreensão dos documentos objeto da Decisão recorrida;

3) Após as referidas diligências, em 14 de Junho de 2016, o Recorrente foi notificado pela AdC para, em relação à totalidade dos documentos apreendidos, *(i)* identificar, de forma fundamentada, a informação confidencial; *(ii)* preparar resumos da informação/documentação confidencial; e quando aplicável *(iii)* preparar versões não confidenciais dos documentos;

4) O Recorrente apresentou, em 7 de Setembro de 2016, à AdC a sua resposta aos pedidos incluídos na Decisão de 14 de Junho, com excepção do pedido de preparação de resumos, tendo em conta o recurso de anulação deste pedido apresentado pelo Recorrente que deu origem ao processo 195/16.1YUSTR, que aguarda a sentença do TCRS;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

5) A AdC, através da Decisão ora recorrida, e invocando como base legal o Artigo 30.º da Lei da Concorrência, solicitou a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida apresentada pelo Recorrente em 7 de Setembro de 2016, de forma a incluir, por um lado, à fundamentação do pedido de confidencialidade em relação a cada um dos documentos confidenciais apreendidos e, por outro, uma descrição do teor de cada documento confidencial que permita a terceiros a compreensão do conteúdo destes;

6) A Decisão refere ainda que, caso o Recorrente não proceda à revisão da fundamentação de confidencialidade nos termos solicitados, a informação em causa será considerada não confidencial pela AdC, podendo, por isso, vir a ser acessível a terceiros;

7) Consequentemente, esta Decisão é, por um lado, excessivamente onerosa para o Recorrente em face do carácter monstruoso do processo, bem como desconforme à prática decisória anterior da AdC que aceitou a fundamentação de confidencialidade por referência a categorias de tipos de confidencialidade;

8) Por outro lado, a AdC exige, na Decisão impugnada, uma revisão da fundamentação que extravasa claramente o âmbito do ónus que resulta do Artigo 30.º da Lei da Concorrência para as empresas alvo de diligências de busca e apreensão em processos de práticas restritivas;

9) Na verdade, a preparação de descrições da informação identificada como confidencial que permita a compreensão do conteúdo desta por parte de terceiros corresponde, tal como já foi entendido pelo TCRS, a um dever acessório que impende sobre a própria AdC, e não sobre as empresas, nos termos do artigo 30.º n.º 1 da Lei da Concorrência;

10) Ademais, este pedido corresponde, na prática, a um novo pedido de preparação de resumos da informação confidencial apreendida, tendo em conta que a AdC, na Decisão de 14 de junho, objeto de recurso no âmbito do processo 195/16.1YUSTR, também solicitava ao Recorrente, sob a designação “resumo”, uma descrição resumida da informação identificada como confidencial que permitisse a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida, um pedido formulado em termos idênticos ao pedido de descrições do conteúdo da informação confidencial dirigido ao Recorrente através da Decisão ora impugnada.;

11) Nesse sentido, a Decisão recorrida, viola o disposto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, bem como o princípio da proporcionalidade, podendo também pôr em causa o princípio da confiança legítima e o direito à não autoincriminação, pelo que o objeto do presente recurso é a ilegalidade da Decisão e este destina-se a obter a anulação da mesma.

12) Tendo em conta que o Recorrente discorda com a Decisão impugnada, uma vez que esta solicita a revisão da fundamentação de confidencialidade da documentação apreendida, incluindo, por um lado, a motivação individualizada dos pedidos de confidencialidade e, por outro, uma descrição do conteúdo dos documentos confidenciais apreendido, i.e., de um resumo individualizado destes, em contradição com a prática decisória anterior da AdC e sem que exista qualquer fundamento legal para o efeito, pelo que é manifesto que o Recorrente tem interesse em agir e, por isso, legitimidade para interpor o presente recurso, ao abrigo do disposto no artigo 401.º do CPP, aplicáveis ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

n.º 1 do artigo 41.º do RGCO.

13) Tendo em conta que a Decisão recorrida se sobrepõe, pelo menos parcialmente, à Decisão de 14 de Junho, no que diz respeito ao pedido de preparação de descritivos do teor da informação apreendida, resulta manifesto que a decisão no presente recurso está dependente da sentença a proferir no âmbito do processo 195/16.1YUSTR no que respeita à delimitação do âmbito de aplicação do Artigo 30.º da Lei da Concorrência, pelo que deve aplicar-se neste contexto o n.º 1 do artigo 272.º do CPC, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP que dispõe que pode ser ordenada a suspensão da instância “*quando a decisão da causa estiver dependente do julgamento de outra já proposta ou quando ocorrer outro motivo justificado*”.

14) Consequentemente, requer-se, ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 272.º do CPC, aplicável ex vi artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP, a suspensão por prejudicialidade da presente instância recursória enquanto o TCRS não tiver proferido decisão no âmbito do processo 195/16.1YUSTR, no qual se impugna a Decisão de 14 de junho de 2014, no mesmo processo de práticas restritivas (PRC/2015/9).

15) Considerando que a legalidade (em sentido amplo) do pedido de elaboração de uma fundamentação individualizada dos documentos e, em particular, de descrições do teor de toda a informação / documentação confidencial apreendida nas instalações do BSC está dependente da decisão a proferir no presente Recurso, é evidente que este último deve ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis *ex vi*, artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

16) Em primeiro lugar, o presente recurso deve ter subida imediata, na medida em que a sua retenção (para decisão apenas a final) torná-lo-ia absolutamente inútil, visto que, na sua pendência, o Recorrente seria onerado com a elaboração de uma fundamentação de confidencialidade, documento a documento e, principalmente, com a descrição individualizada da informação confidencial apreendida suscetível de permitir a terceiros a compreensão do conteúdo desta (*i.e.*, de resumos da documentação confidencial), e caso tal não sucedesse, essa documentação seria considerada como não confidencial pela AdC, sendo disponibilizada, nessa qualidade, no processo (podendo tornar-se, assim, acessível a terceiros informação confidencial do Recorrente com prejuízo claro para esta instituição de crédito);

17) Por outro lado, não há menor dúvida de que o processo contra-ordenacional em causa nos presentes autos constitui um “processo monstruoso”, pelo que não há a menor dúvida de que o mesmo deve ter subida imediata, sob pena de um hipotético risco de anulação do processado acarretar danos para o princípio da economia processual e prestígio das instituições;

18) Em segundo lugar, e considerando que tem subida imediata, é evidente que o presente recurso deve ter efeito suspensivo, na medida em que a validade ou eficácia dos actos subsequentes depende da apreciação deste mesmo recurso, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 408.º do CPP;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

19) De facto, e considerando que o presente Recurso incide sobre a manifesta ilegalidade da exigência pela AdC da realização pelo Recorrente de resumos da documentação confidencial apreendida, assim como sobre a manifesta ilegalidade da cominação da AdC segundo a qual, caso o Recorrente não prepare esses resumos, a documentação apreendida se presume como não confidencial -, resulta manifesto que toda a tramitação subsequente neste processo se encontra dependente da sentença a proferir no presente recurso;

20) Ademais, não obstante não existir qualquer fundamento para a investigação da AdC neste processo, tendo em conta que não Recorrente não incorreu em qualquer infração de direito da concorrência, importa notar, por mero dever patrocínio, e sem conceder, que a atribuição de efeito suspensivo é essencial neste processo, sob pena de grave violação do princípio da proibição da auto-incriminação, tendo em conta que, na ausência de efeito suspensivo, o Recorrente teria, em tese, na pendência do recurso, de fornecer à AdC uma descrição de documentos susceptíveis de serem utilizados como prova para imputar ao BSC uma contraordenação relativa à infração das normas da concorrência.

21) De resto, este doto Tribunal já fixou subida imediata e efeito suspensivo de recursos com um objeto que se pode considerar paralelo ao que o que se encontra aqui em causa nos autos, tendo em conta que estava em causa o desentranhamento de documentos e o modelo de acesso a informação confidencial no âmbito de processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, caso dos recursos apresentados nos processos n.º 1/16.7YUSTR, 20/16.3YUSTR, 90/16.4YUSTR e .º 194/16.3YUSTR;

22) Assim sendo, deve o presente recurso ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

23) A Decisão recorrida viola o disposto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, bem como o princípio da proporcionalidade, podendo também pôr em causa o princípio da confiança legítima e o direito à não autoincriminação, sendo a interpretação que a AdC pretende fazer da Lei da Concorrência na Decisão, é manifestamente constitucional;

24) Em primeiro lugar, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência não permite sustentar a existência de um dever de um interveniente num processo contra-ordenacional elaborar quaisquer descrições, sumários ou resumos de informação / documentação confidencial apreendida;

25) Na verdade, o artigo 30.º da Lei da Concorrência estabelece que compete à AdC acautelar o interesse legítimo das empresas intervenientes em processos de práticas restritivas na proteção dos seus segredos de negócio;

26) Para efeitos de proteção dos segredos de negócio, o artigo 30.º da Lei da Concorrência prevê o dever jurídico de a AdC conceder um prazo aos visados para a identificação da confidencialidade da documentação apreendida, sendo que essa fundamentação deverá realizar-se de forma fundamentada;

27) Caso os visados não exerçam esta faculdade jurídica, i.e., na hipótese de a entidade em causa não identificar, de forma fundamentada, as informações que considere confidenciais ou não fornecer cópia não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

confidencial dos documentos confidenciais – mas só nestes casos –, a documentação presume-se não confidencial, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

28) Deste modo, resulta evidente que o artigo 30.º da Lei da Concorrência em lado algum refere a obrigação (ou o ónus) de o interessado elaborar descrições que permitam a terceiros compreender o teor dos documentos apreendidos, i.e., resumos da informação confidencial e muito menos estatui que esta se terá por não confidencial na hipótese de o interessado não elaborar esses mesmos resumos;

29) De resto, a interpretação do artigo 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que seria admissível considerar informação confidencial como não confidencial caso o visado não entregasse resumos da informação é, em qualquer caso, manifestamente constitucional, por violação do disposto nos artigos 61.º e 62.º da CRP, tendo em conta que os segredos de negócio de uma empresa estão incluídos no direito fundamental de propriedade (art. 62.º, da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, da CRP);

30) Em segundo lugar, é também manifesto que a suposta preparação dos resumos da informação confidencial não se inclui nos deveres de colaboração decorrentes da Lei da Concorrência;

31) Com efeito, o artigo 18.º da Lei da Concorrência confere à AdC, no âmbito de um processo sancionatório, poderes para solicitar documentos e outros elementos de informação preexistentes às empresas, bem como recolher e aprender prova nas instalações destas empresas;

32) Todavia, é patente que esses poderes não incluem a exigência da preparação de descrições que permitam aprender o teor dos documentos apreendidos, i.e., de resumos de informação/documentação confidencial ou de qualquer outra informação susceptível de ser integrada em processos de práticas restritivas;

33) Tal como relembra o Advogado Geral Wahl no caso C 247/14 P - *HeidelbergCement AG*, as obrigações de colaboração correspondem à apresentação de informações e não ao desempenho de funções da entidade administrativa, entendimento que é também sufragado pela jurisprudência nacional;

34) Em terceiro lugar, para além de desprovida de base legal, a Decisão viola também o dever acessório da AdC de tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º da Lei da Concorrência;

35) Com efeito, no Processo 1/16.7YUSTR, o TCRS foi claro ao considerar que cabe à AdC e não aos buscados, potenciais visados ou visados proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada dos documentos do processo, que é precisamente o que a AdC solicita ao Recorrente na Decisão impugnada, configurando esta obrigação como um dever processual acessório do dever de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do disposto no artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

36) Ademais, nas Linhas de Orientação da AdC, relativas à instrução de processos de práticas restritivas, a própria AdC reconhece o dever acessório de tratamento de gestão dos documentos, ao



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

comprometer-se a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que as visadas possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais, que é precisamente o que a AdC solicita ao Recorrente na Decisão, e, nessa medida, possam, ulteriormente, se tal se revelar pertinente, fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos;

37) Além disso, a jurisprudência no plano União Europeia fornece apoio à conclusão de que compete às autoridades administrativas que conduzem os processos contra-ordenacionais sumariar e descrever a informação confidencial, não aos particulares, conforme resulta, por exemplo do acórdão Solvay (T-30/91);

38) É, por isso, que a Decisão é manifestamente ilegal na parte em que pretende efectuar um verdadeiro outsourcing de um dever jurídico que a Lei atribui à própria AdC, razão pela qual a solicitação da revisão da fundamentação de confidencialidade no sentido de incluir uma descrição desta informação que permita a apreensão do conteúdo desta constitui um incumprimento por parte da AdC deste dever acessório de tratamento da informação / documentação, em violação do Artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

39) Em quarto lugar, e em qualquer caso, a Decisão impugnada ao determinar a fundamentação da confidencialidade documento a documento num processo tão volumoso, e especialmente a elaboração individualizada de resumos de informação / documentação confidencial viola ainda o princípio constitucional da proporcionalidade, ao qual se encontra adstrita a actuação das autoridades administrativas, incluindo no âmbito de processos de contraordenação nos termos do Artigo 18.º e 266.º da CRP;

40) O princípio da proibição do excesso também é tutelado no plano da UE, como o TJUE já salientou, em várias ocasiões, devendo as pessoas coletivas ou singulares ser protegidas contra intervenções, salvo o devido respeito, arbitrárias e desproporcionadas do poder público na sua esfera privada, mesmo quando se trata de fazer cumprir as regras da concorrência, o que constitui um princípio geral de direito da UE (conforme resulta, por exemplo, dos acórdãos C 46/87 e 227/88 - *Hoechst/Comissão* e C-94/00 - *Roquette Frères*);

41) No caso concreto, é manifesto que a Decisão, ao determinar a revisão da fundamentação da confidencialidade de forma a incluir uma fundamentação individualizada e, especialmente, descrições do teor dos documentos confidenciais gera uma significativa perturbação da atividade da empresa, que é chamada a identificar e explicar um conjunto significativo de informação confidencial (afinal as diligências de busca e apreensão tiveram lugar numa instituição bancária), com os custos inerentes a alocação de colaboradores para estas tarefas, e inclusivamente, prolongada assessoria jurídica quanto a esta matéria;

42) Esta perturbação é particularmente injustificada, pelo que esta parte da Decisão infringe o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso em todos os seus subprincípios;

43) Por um lado, é manifesto que a exigência de preparação de uma motivação individualizada, bem como resumos de informação/documentação confidencial não é apropriada para atingir qualquer fim de interesse público no sentido da promoção da concorrência, mas somente intutos de conveniência por parte da AdC, que pretende que o Recorrente se lhe substitua no tratamento da informação no processo de modo a que possa ser



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

disponibilizada a terceiros, que não justificam a imposição deste pesado ónus à Recorrente;

44) Por outro, ainda que se admita, por mero dever de patrocínio, e sem conceder, apenas para efeitos deste raciocínio, que as medidas tinham o objectivo abstracto da promoção da concorrência, tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo, a imposição à Recorrente de uma motivação de confidencialidade documento a documento, bem como a preparação de descrições da informação/documentação confidencial não é necessária e muito menos corresponde à forma menos onerosa de prosseguir este objectivo;

45) Por fim, uma vez mais, ainda que descortinássemos um objectivo de interesse público atendível, *quod non*, é claríssimo que a exigência de que a fundamentação de confidencialidade seja feita de forma individualizada e inclua sumários dos documentos apreendidos, para além da motivação da confidencialidade já realizada pelo Recorrente na sua resposta de 7 de Setembro, nos termos da Lei e da prática anterior, excede o limite da “justa medida”;

46) O tratamento da informação exigido à Recorrente em virtude da Decisão é de tal modo extenso, complexo e exigente em termos de tempo que, na prática, a Recorrente, enquanto empresa alvo das buscas parece ter sido “subcontratada” para organizar os processos da AdC, o que não é compatível com o princípio da proporcionalidade, como resulta Conclusões do Advogado Wahl no processo C 267/14 - *Buzzi Unicem SpA*;

47) Deste modo, é manifesto que a Decisão, na parte em que impõe ao Recorrente a motivação individualizada da confidencialidade e, em particular, a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida de forma a incluir um resumos da informação/documentação confidencial permitindo a terceiros compreender o teor dos documentos constitui um ónus excessivo, desnecessário e injustificado em violação do princípio da proporcionalidade;

48) De resto, interpretar o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência e no artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de que a exigência por parte da AdC da preparação descritivos / resumos da informação / documentação confidencial seria admissível é manifestamente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 18.º e 266, n.º 2 da CRP;

49) Em quinto lugar, a Decisão recorrida afasta-se da prática da AdC em procedimentos contra-ordenacionais anteriores, contrariando ainda flagrantemente a abordagem da autoridade na Decisão de 14 de Junho, o que constitui, em qualquer caso, uma violação do princípio da confiança legítima.

50) Com efeito, não é prática da AdC, em processos de práticas restritivas, em especial processos desta magnitude, solicitar a motivação individualizada da informação confidencial, e, em qualquer caso, solicitar aos Recorrentes a preparação de resumos da informação confidencial apreendida, de forma directa, ou indirectamente, através da inclusão de descritivos da informação na revisão da fundamentação de confidencialidade, correspondendo a fundamentação da confidencialidade, nos termos da mesma prática, à indicação das razões em virtude das quais a informação em causa se deverá considerar confidencial.

51) Ademais, no que respeita à preparação de descrições do teor dos documentos, as exigências formuladas pela AdC na Decisão recorrida estão em flagrante com a sua Decisão de 14 de Junho, uma vez que a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

autoridade solicita ao Recorrente que inclua na revisão da fundamentação de confidencialidade precisamente o que na referida decisão tinha definido como correspondendo ao resumo da informação confidencial, *i.e.*, a descrição da informação identificada como confidencial que permita a compreensão da informação suprimida, deixando de fazer referência à fundamentação de confidencial como a indicação das razões para o pedido de confidencialidade.

52) Tendo em conta este contexto, o Recorrente entende que estão preenchidos os pressupostos da tutela da confiança, tendo em conta que o Recorrente actuou no âmbito deste processo, nas suas interacções com AdC com boa-fé, no cumprimento estrito das normas aplicáveis, da prática anterior e das indicações da própria autoridade, tendo em conta à existência de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível que a abordagem anterior da AdC, incluída em processos precedente, bem como na Decisão de 14 de Junho, se manteria.

53) Ademais, cumpre notar que o Recorrente desenvolveu toda uma actuação baseada na confiança gerada, actuação essa cuja revisão resultará em prejuízos inadmissíveis, na medida em que o Recorrente alocou, durante cerca de três meses, recursos, e incorreu em custos, de forma a proceder à identificação e fundamentação de confidencialidade nos termos da prática anterior da AdC e é agora confrontado pela autoridade com a necessidade alterar significativamente o trabalho realizado, sendo imputável à AdC formação da confiança em causa.

54) Nessa medida, **a Decisão recorrida viola o princípio da boa-fé, na vertente da tutela da confiança, pelo que a Decisão deve, nessa parte, ser anulada;**

55) Além disso, **interpretar o Artigo 30.º ou o Artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de permitir a exigência por parte da AdC de uma descrição da informação confidencial suprimida, que seja susceptível de permitir a compreensão do conteúdo desta, em contradição com a prática anterior desta atividade, é constitucional por violação do princípio da boa fé, na sua vertente da tutela da confiança, tal como incluído no Artigo 266, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa;**

56) **Em sexto lugar**, e em qualquer caso, sem conceder quanto aos argumentos anteriormente expostos, em particular quanto à questão relativa à constituição de visado, tendo em conta que a autoridade expressou o seu entendimento no sentido de qualificar o Recorrente como visado, a possibilidade de a AdC exigir que um visado prepare uma descrição da informação confidencial suprimida, que seja susceptível de permitir a compreensão do conteúdo desta, *i.e.*, resumos da documentação confidencial apreendida seria, em qualquer caso, lesiva do princípio da proibição da auto-incriminação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”).

57) De facto, tendo em conta o princípio da proibição da auto-incriminação no âmbito de processos contra-ordenacionais, é manifesto que uma entidade visada tem o direito de recusar tal colaboração quando a mesma lhe for solicitado pela AdC;

58) Caso a AdC solicite colaboração para a instrução de um processo contraordenacional sem prestar a informação de que o visado pode recusar colaborar, tal poderá constituir um meio enganoso de obtenção de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

prova, nos termos e para os efeitos no artigo 126.º do CPP, como entendeu, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 15.02.2011 no Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5;

59) Com efeito, o “visado” de um processo contra-ordenacional não poderá ser forçado a «escavar a sua própria cova» - elaborando resumos da documentação apreendida pela AdC - a troco de garantir a confidencialidade da documentação relativa a segredos de negócio;

60) De resto, e mesmo na linha da jurisprudência da UE que considera que, no âmbito de processos de contraordenação, as autoridades administrativas poderão requerer a colaboração de visados - que têm a obrigação de colaborar - para entrega de elementos puramente factuais ou documentos pré-existentes, a verdade é que a obrigação de elaborar resumos de documentação pelos visados nem sequer se encontra incluída nesta corrente jurisprudencial;

61) Assim sendo, é manifesto que a exigência pela AdC da obrigação de a Recorrente elaborar descrições individualizadas do teor da informação confidencial apreendida é absolutamente ilegal.

62) De resto, é evidente que a interpretação dos artigos 15.º, 18.º e 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que a AdC poderia exigir dos visados a preparação de resumos da informação confidencial sempre seria inconstitucional por violação do princípio constitucional da proibição da autoincriminação implícito nos artigos 1.º e 32.º da CRP.

Terminou, requerendo a admissão do recurso - **com subida imediata e efeito suspensivo** - e, em consequência, a anulação da Decisão da AdC na medida em que exige ao Recorrente a preparação de fundamentação individualizada da confidencialidade da informação, bem como a revisão da fundamentação de confidencialidade de modo a incluir a descrição de informação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016, requerendo-se, ademais, ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 272.º do CPC, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP, a suspensão por prejudicialidade da presente instância recursória enquanto o TCRS não tiver proferido decisão no âmbito do processo **195/16.1YUSTR**.

Juntou 9 documentos, nomeadamente ofício de notificação da AdC de 22-09-2016 (fls. 490 a 492 com anexo de fls. 493 e 494), cópia de mandado de busca e apreensão, despacho de autorização e credencial (fls. 496 a 505), ofício de notificação de decisão da AdC de 08-06-2016 e anexo (fls. 506 a 511); resposta da visada ao pedido (fls. 515 a 522); ofício de notificação e deliberação da AdC de 22-09-2016 (fls. 523 a 525); cópia de processado do proc. n.º 194/16.9YUSTR (fls. 527 a 537); cópia de sentença proferida pelo Tribunal de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Comércio de Lisboa, 2º Juízo (fls. 538 a 613); cópia de decisão por simples despacho proferida no processo 1/16.7YUSTR (fls. 614 a 648) e ofício de notificação de decisão da AdC de 07-07-2016 (fls. 651 a 653).

1.4. A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos do artigo 85.º, n.º 1 e 2 do NRJC (cfr. fls. 656 e 657 e fls. 690 a 720).

1.5. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos do artigo 62.º, nº 1 do R.G.CO. (cfr. fls. 728).

1.6. Considerando que pelas visadas e recorrentes foi arguida a suspensão da presente instância por prejudicialidade com a decisão a proferir quanto aos recursos interpostos da decisão da AdC de 14 de Junho de 2016, objecto dos autos principais; considerando que já havia sido proferida decisão final quanto àqueles recursos interlocutórios interpostos daquela decisão e naqueles autos principais no passado dia 25 de Outubro de 2016, considerando que não havia qualquer razão ou fundamento para proceder a questão prévia, foi proferido despacho a indeferir, liminarmente, a requerida suspensão por prejudicialidade.

1.7. Por terem sido tempestivamente interpostos, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, foi proferido despacho a **admitir os presentes recursos de medidas de autoridade administrativa, proferidas no processo contra-ordenacional n.º PRC/2015/09**, por referência à notificação da decisão de 22-09-2016, interpostos pelos recorrentes **BST** e **BSC**, em harmonia com o disposto no art.º 85.º do novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

1.8. Considerando que o *novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO* (MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, LEI DA CONCORRÊNCIA, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822); considerando que as decisões administrativas em causa não configuram actos decisórios de que dependam a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

PRC/2015/09¹, tratando-se de decisões que visam conformar o acesso à prova através do cumprimento do art.º 30.º do NRJC; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, **foi proferido despacho a fixar efeito meramente devolutivo ao presente recurso.**

1.9. Compulsando os termos da motivação do recurso e atendendo ao objecto das decisões administrativas em causa, relevando a posição manifestada pelo Ministério Público, afigurando-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, notificou-se as visadas/recorrentes e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tivesse por manifestada a respectiva concordância.

1.10. Regularmente notificados, os sujeitos processuais nada vieram opor à decisão por simples despacho, tendo as visadas/recorrentes procedido ao pagamento da taxa de justiça respectiva (cfr. fls. 744 a 749).

* * *

*

II. *O juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*” (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável “*ex vi*” arts.º 4.º, do Código de Processo Penal; 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO. e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

Impõe o presente recurso que se aprecie a seguinte questão:

- A decisão da ADC de 23 de Setembro de 2016 é legal e conforme ao regime de protecção de segredos de negócio previsto no art.º 30.º do novo Regime da Concorrência?

¹ Ao contrário do juízo que se fez das decisões impugnadas nos processos n.º 1/16.7YUSTR; n.º 20/16.3YUSTR e n.º 90/16.4YUSTR, e com a salvaguarda de que a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa proferida no âmbito do primeiro processo versou sobre a competência do Tribunal, com declaração da nulidade da decisão por simples despacho e não do despacho prévio que fixou o efeito do recurso.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

* * *

*

III. Para resposta às questões enunciada, cabe explanação do *iter processual* e do contexto das medidas da AdC aqui impugnadas, seguindo-se a exposição das peças processuais que não se mostra posta em crise e merece inofismável convicção em razão do acervo documental constante dos autos principais e apenso A:

- Em 28 de Janeiro de 2016, as instalações das visadas/recorrentes BST e do BSC foram objecto de diligências de busca e apreensão, realizadas no âmbito do processo contra-ordenacional da AdC PRC n.º 9/2015, relativo a alegados indícios de infração do artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, por parte das associações em causa e/ou de diversas instituições de crédito com atividade em Portugal;

- Estas diligências resultaram na apreensão de vários milhares de ficheiros informáticos;

- Em 14 de Junho de 2016, o BST foi notificado pela AdC para, no prazo de 40 dias úteis, em relação à totalidade dos documentos apreendidos nas suas instalações no decurso das mencionadas diligências realizadas em 28 de Janeiro de 2016: (i) identificar a informação confidencial; (ii) preparar resumos da informação/documentação confidencial; e (iii) preparar versões não confidenciais dos documentos, quanto aplicável;

- Em 14 de Junho de 2016, o BSC foi notificado pela AdC para, no prazo de 40 dias úteis, em relação à totalidade dos documentos apreendidos nas suas instalações no decurso das mencionadas diligências realizadas em 28 de Janeiro de 2016: (i) identificar a informação confidencial; (ii) preparar resumos da informação/documentação confidencial; e (iii) preparar versões não confidenciais dos documentos, quanto aplicável;

- Nas referidas notificações, a AdC estatui que toda a documentação, identificada pela empresa como confidencial, cujos resumos não sejam fornecidos pelas visadas/recorrentes nos termos estabelecidos pela AdC, seria considerada como não confidencial.

- Em 7 de Setembro de 2016, as visadas/recorrentes apresentaram as suas respostas aos Pedidos de Elementos incluídos na Decisão de 14 de Junho, com excepção do pedido de preparação de resumos (cfr. fls. 145 a 154 e fls. 515 a 522);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

- Em 22 de Setembro de 2016, em face de uma análise das respostas das Recorrentes BST e BSC, foram as mesmas consideradas como insuficientes, do ponto de vista da identificação, classificação e fundamentação de confidencialidades apresentada, tendo a AdC solicitado a revisão da classificação e fundamentação de confidencialidades, o que motivou o envio dos Pedidos de Elementos de Revisão da Fundamentação de Confidencialidades às visadas BST e BSC.

* * *

*

IV. Feita a primeira pergunta que radica o dissídio da causa e exposto o *iter* processual respectivo, cumpre carrear os argumentos relevantes para a decisão final, assinalando, frontalmente, que esta decisão deverá seguir, imediatamente, a decisão proferida nos autos principais e que julgou totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas visadas/recorrentes quanto ao pedido de anulação da decisão proferida em 14 de Junho de 2016 no âmbito do PRC/2015/09.

O problema dos presentes autos é, por inteiro, correspondente ao objecto daquela impugnação, sendo certo que houve conformação processual com a sentença proferida nos autos principais, devendo este Tribunal obediência ao princípio plasmado no art.º 8.º, n.º 3 do Código Civil - *nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito*, consubstanciando o art.º 85.º, n.º 3 do NRJC um seu corolário adjetivo.

Sem intenção dolosa de lesar a paciência dos destinatários deste processo, teremos, por dever de função, de trazer para esta instância os mesmos argumentos daquela nossa decisão, numa repetição exaustiva da nossa pronúncia e posição dogmática sobre o tema explanada noutras processos, mas que, por um lado, não será novidade para os visados, e, por outro, não causará demora ao processo.

Façamos, então, esse exercício, tentando adequar a presente decisão ao escopo do ofício de notificação de 22 de Setembro de 2016 e no âmbito do PRC/2015/09.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

No âmbito dos seus poderes de investigação e dos poderes acessórios de inquirição, busca e apreensão previstos no art.º 18.º, **o art.º 30.º, n.º 1 do NRJC acomete à AdC uma função garantística de protecção do segredo de negócio: na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio.**

Para tal, realizadas buscas e apreensões de documentos e outro material escrito, a AdC deve promover, com a colaboração do visado, pela identificação dos documentos que possam integrar o conceito de segredo de negócio e de modo a proteger o seu acesso: *a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas - art.º 30.º, n.º 2 do NRJC.*

Este momento instrutório é de primacial importância porque vai interferir directamente com a definição do regime de acesso à prova.

Por outro lado, *sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações susceptíveis 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- art.º 30.º, n.º 3 do NRJC.*

A falta de colaboração ou motivação do visado faz presumir a não confidencialidade das informações - art.º 30.º, n.º 4 do NRJC, podendo a AdC discordar da classificação e do pedido de confidencialidade -- art.º 30.º, n.º 5 do NRJC.

*

O problema em análise e sindicância tange, em nosso entender, com este ponto maiêutico: **quando a AdC solicita, novamente e após a decisão de 14 de Junho de 2016, a preparação de resumos de informação confidencial está a dar cumprimento ao art.º 30.º, n.º 3 no segmento identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio?**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

No seguimento do enquadramento deste regime enunciado na nossa decisão proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR², que correu termos neste Tribunal, **temos de avançar com uma inequívoca resposta que o ofício de notificação³ de 22-09-2016 (como já antes a de 14-06-16 o havia feito) representa uma conformação legal, proporcionada e equilibrada do regime de definição de acesso a informação confidencial.**

Vejamos.

Em primeiro lugar, o ofício de notificação na sequência das respostas das visadas corresponde, novamente, a um exercício de concordância prática entre **o interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os deveres de custódia impostos à AdC pela tutela de documentos apreendidos e que lhe incumbe enquanto titular dos poderes de investigação e direcção do processo sancionatório**.

O exercício de concordância prática não pode ignorar a circunstância do problema de acesso decorrer, *prima facie*, da precedente sujeição das visadas aos poderes de apreensão e recolha de prova da competência da AdC, enquanto entidade de regulação e supervisão do regime jurídico da concorrência.

Neste conspecto, não pode ser despicienda para a questão ou liminarmente dispensada a apontada função garantística do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, pela maior razão de que os documentos cujo acesso se quer compreender foram apreendidos para instrução de processo sancionatório e, depois, desconsiderados e inutilizados para efeitos de imputação.

Parece-nos elementar a asserção de que, sendo a AdC responsável pelo tratamento dos documentos apreendidos, a função de protecção do segredo de negócio só pode ser feita com a colaboração das visadas.

² Cumpre assinalar que a nossa decisão foi anulada pelo Tribunal da Relação por falta de competência e depois novamente seguida pela decisão sequente do J1 deste Tribunal, estando ainda em recurso. O que vale para nós é a nossa visão e interpretação do regime, a qual já mereceu oportunidade de pronúncia e que, aparte a natural sindicância, não justifica revisão da sua fundamentação.

³ Será utilizado aqui o termo *ofício de notificação* por referência a decisão ou medida administrativa recorrível. Relevando a argumentação da AdC quanto à irrecorribilidade do ofício de notificação, importa consignar que a omissão de resposta ao convite novamente efectuado acarreta um efeito cominatório sobre o regime de acesso probatório, contrário à posição das visadas, o qual, não obstante constar de previsão legal, foi objecto de sindicância quanto à sua ilegalidade e inconstitucionalidade. Sem prejuízo da procedência/improcedência dos respectivos argumentos, este interesse processual deve colher para efeitos de resolução da dúvida sobre a recorribilidade do despacho da AdC, promovendo-se a oportunidade de uma pronúncia judicial de mérito e definitiva sobre a questão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Como já dissemos numa outra instância, as especiais circunstâncias deste tipo de casos - *processos que envolvem várias co-visadas com um grande e complexo volume de documentação apreendida* – demandam da AdC medidas cautelares e casuísticas no processo.

Essas exigências casuísticas não podem implicar a derrogação, *tout court*, dos deveres de protecção de segredo de negócio, especialmente quando, do ponto de vista prático, existem soluções de conformação menos lesivas daquele interesse.

Deste modo, a actuação da AdC vai ao encontro, novamente e com grande espírito de colaboração, da conformação entre a tutela dos documentos apreendidos e a colaboração das visadas na definição do segredo de negócio, ainda dentro dos poderes discricionários que o art.º 30.º do NRJC permite.

Por assim dizer, **as circunstâncias especiais deste processo devem respeitar, antes de mais, princípios de actuação administrativos de subsidiariedade, de intervenção mínima e de proibição do excesso perante valores transversais como seja a protecção de informações confidenciais não utilizadas como prova e com potencial valor exculpatório.**

Independentemente do juízo de legalidade a efectuar, a repetida solução adoptada pela AdC é, novamente, uma solução de *primeira ratio* ou de intensidade diminuta na lesão dos interesses das visadas na preservação das informações confidenciais.

Em segundo lugar, este repetido convite da AdC vem dar sequência ao factor de decisão e à advertência do TCRS exposta na decisão do proc. n.º 225/15.4YUSTR (transitada em julgado) e referente ao processo sancionatório PRC/2012/09, conexionado com o presente PRC9/2015, ponderando-se que, não obstante se ter indeferido o acesso indiscriminado à informação não confidencial e não utilizada como meio de prova, a informação disponibilizada pela AdC sobre os documentos apreendidos é insuficiente para que as visadas pudessem identificar a utilidade para a defesa e que o cumprimento do ónus do art.º 30, n.º 2 do NRJC se tenha revelado demasiado oneroso.

Por conseguinte, **parece razoável admitir que um determinado PRC tenha de, através da direcção do processo pela AdC, assegurar condições para que, em tempo útil e sem comprometer a investigação e a descoberta da verdade, se produza um descriptivo**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

detalhado e pormenorizado de cada informação suprimida que classificaram como confidencial.

E esse desiderato só pode ser logrado com a colaboração dos visados, sob pena de apertar a actuação da AdC num espartilho de impedimentos processuais sobre obrigações de tratamento da informação confidencial que redundará numa obstaculização da acção sancionatória.

Aliás, o caminho de síntese processual entre a colaboração das visadas e a assunção dos deveres de tutela processual dos documentos pela AdC parece-nos ser garantisticamente adequado ao regime de acesso a informação confidencial e à efectividade da acção sancionatória.

A motivação do ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a de 14-06-16) não suscita qualquer desacordo e parece guindar o processo à perspectiva mais eficiente, nomeadamente a da garantia de descrição suficiente, pormenorizada e detalhada de cada documento de forma a possibilitar um efectivo exercício do direito de defesa e um escrutínio na eventual definição do acesso pelas demais visadas.

Em terceiro lugar, aqui *alumiados* pelo princípio de concordância prática, a decisão da AdC segue, novamente, um importante factor de conformação da decisão: **o dever de diligenciar pela eficiência, economicidade e celeridade da investigação e de modo a assegurar o tempo razoável do processo sancionatório.**

Na prossecução desse dever, a AdC terá de, ulteriormente, definir um regime em que todas as visadas tenham acesso às informações reputadas como confidenciais pelas demais, com vista à avaliação da sua utilidade para a defesa.

Para tanto a AdC terá de criar um regime de acesso a toda a documentação pelos advogados e assessores económicos externos das visadas.

Salvo o devido respeito e desmerecendo qualquer veleidade de interpretação autêntica, o escopo da sentença proferida no proc. n.º 225/15.4YUSTR foi precisamente o de obstar a um acesso indiscriminado e indiferenciado pelas visadas, instando a AdC a uma melhor descrição dos documentos referenciados nas respectivas notas de ilicitude.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Ora, afigura-se-nos preclaro e de evidente razoabilidade que só se consegue evitar a consequência de um acesso indiscriminado ou menos protectivo do segredo de negócio se a AdC dispuser de um documento descritivo proficiente que permita uma decisão mais assertiva sobre o deferimento do acesso. E essa descrição não pode subestimar, ignorar ou prescindir da colaboração das visadas sob pena de entorpecimento do processo sancionatório do NRJC.

Deixando incólume a legitimidade técnica e discricionária da decisão, subsiste manifesta concordância entre a posição deste Tribunal em situações próximas ou análogas e a execução dessa posição pela AdC nos respectivos processos sancionatórios.

Em quarto lugar, cabe identificar, clara e frontalmente, os interesses que se inscrevem na sempre difícil regulação administrativa do acesso ao processo.

“A questão da protecção dos segredos de negócio num processo sancionatório suscita a necessidade de conciliar, sobretudo, três ordens de interesses: (i) o da transparência e da publicidade do processo⁴; (ii) o do pleno exercício do direito de defesa que pressupõe o conhecimento de toda a informação reunida pela AdC; (iii) o da protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro” (NUNO RUIZ, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 324).

Nesta orientação a publicidade do processo é um valor originário e de cúpula (cfr. art.º 32.º do NRJC) da organização do processo a par da celeridade como realização do processo equitativo, e, enquanto o direito de defesa⁵ pode ser compreendido como um corolário do valor da publicidade do processo, o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC funciona como uma excepção ou circunscrição desse livre acesso.

Neste esquema, o acesso ao processo pela visada(s) representa a contribuição delimitativa de cada um dos seguintes valores: **(i) Publicidade e Celeridade do Processo; (ii) Exercício Direito de Defesa e (iii) Protecção da confidencialidade das informações.**

⁴ Estendendo este valor à necessidade de diligenciar por uma tramitação eficiente e célere que permita o exercício da actividade administrativa em tempo útil.

⁵ As garantias normativas deste direito de defesa em sede de processo sancionatório encontram *reduto pretoriano* nos artigos 32., n.º 10 da Constituição da República Portuguesa e no art.º 50.º do Regime Geral das ContrOrdenações.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Claro que a polarização destes três interesses não equivale a uma igualdade de efeitos na conformação da concordância prática.

“Os dois primeiros valores comprimem o terceiro ao ponto de o poderem circunscrever ao essencial, não sendo conveniente, nem justo, nem lícito que o aniquilem. Por outro lado, a inadequada harmonização da protecção dos segredos de negócio e do direito de defesa pode, em certos casos, comprometer a missão da AdC” (NUNO RUIZ, ob. cit., pág. 324).

Esta regra de harmonização surge-nos como crucial, no sentido em que o acesso ao processo nunca pode resultar no absoluto esvaziamento do dever de protecção da confidencialidade das informações, o que vale por dizer que, em tese, a elasticidade deste factor não pode levar ao ponto de o tornar irrelevante na conformação do regime de acesso.

Cada um dos interesses ou factores referidos deve também ser objecto de conformação parcelar em face do objecto ou conteúdo do acesso que se pretende regular no caso particular, isto é, o valor da prevalência ou contributo de cada um dos factores para o resultado final deve corresponder à importância do documento/informação para a realização dos poderes sancionatórios da AdC.

A AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual, não pode abdicar da protecção dos seus segredos de negócio, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente.

Mas vale também o raciocínio inverso ou, por assim dizer, complementar: enquanto visadas no processo sancionatório e principais interessadas na protecção do segredo de negócio, as entidades devem colaborar com a definição da regulação do acesso à informação confidencial, **pelo que aqui se consigna o entendimento de que a colaboração prevista no art.º 30.º, n.º 2 e 3 do NRJC deve configurar um ónus processual da defesa, no sentido em que o seu regular cumprimento visa salvaguardar a prevalência do próprio direito ao exercício de defesa.**

Assim, o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) representa uma equilibrada síntese daqueles três vectores, e cuja motivação é



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

precisamente a protecção da confidencialidade das informações no interesse das próprias visadas.

Em quinto lugar, a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual não pode tratar as informações confidenciais com valor exculpatório da mesma forma que trata as informações confidenciais com valor inculpatório, sob pena de subverter o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 e de afectar, desproporcionalmente, a protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro.

Para melhor concretização dos seus limites no juízo de conformação do regime de acesso e de concordância prática no preenchimento da lacuna, **o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC encerra ou consagra materialmente princípios de actuação da AdC diametralmente opostos ao dever de sujeição pelas visadas às diligências de busca e apreensão de informações e documentos.**

Os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos na alínea c) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC traduzem-se numa *das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos*, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte (LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, ob. cit., pág. 209).

Ainda que se subordine tais diligências a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária com protecção qualificada de espaços domiciliários (cfr. artigos 19.º a 21.º do NRJC) em linha com os poderes de investigação criminal, não pode deixar de se notar que a AdC, enquanto entidade administrativa reguladora e de supervisão, na qual se concentram ao mesmo tempo poderes de investigação e de sancionamento, dispõe de mecanismos de ingerência nas entidades reguladas manifestamente invasivos e tributários de fundada suspeita da prática de infracções concorrências.

Por conseguinte, **a acima anunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC adquire a devida concretização pela atribuição à AdC de uma responsabilidade de cariz fiduciário ou de custódia na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Aqui, levamos mais longe o entendimento expresso *ad latere* na sentença do proc. n.º 225/15.4YUSTR quanto aos avisos da jurisprudência comunitária e das melhores cautelas tempo (das quais o 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>, é o guia de referência), **ao ponto de afirmarmos que a responsabilidade da AdC de proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada nos anexos juntos com as notas de ilicitude configura um dever processual acessório do dever do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e que realiza, em primazia da sua materialidade subjacente, o interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas.**

Há, para nós, uma efectiva vinculação normativa no cumprimento desse dever acessório de prestação das informações descritivas e classificativas dos documentos, que enforma o interesse da protecção da confidencialidade das informações e, por via dele, o direito ao legítimo exercício de defesa por parte das visadas na regulação do acesso processual.

A responsabilidade processual de cariz fiduciário ou de custódia pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos e imputável à AdC advém, pois, do grau de ingerência e sujeição decorrente da maior agressividade em termos de meios coactivos que se reconhece nos poderes de investigação e de apreensão de documentos, independentemente do seu valor inculpatório ou exculpatório.

Se já havíamos depositado esta opinião jurisprudencial na decisão do processo n.º 1/16.7YUSTR (também óbvia e profusamente repetida nesta decisão), o ofício de notificação aqui impugnado permite colher uma perspectiva dinâmica de como aqueles deveres de cariz fiduciário ou de custódia podem ser cumpridos sem obrigar o processo a uma paralisação ou contemporização de *calendas gregas*.

Ou seja, se o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) não demite a AdC do seu dever de tutela sobre os documentos apreendidos através da obrigação de elaboração de descritivo, também não imputa às visadas um dever de colaboração disfuncional, arbitrário ou desproporcionado, pois que a protecção dos segredos de negócio nos processos sancionatórios da concorrência corresponde uma garantia



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

processual de protecção dos seus interesses sobre os demais valores enunciados de celeridade e eficácia processual. É assaz ingente que se possa imputar à AdC falta de diligência informativa na elaboração do índice geral específico e a sequente diminuição do exercício de defesa das visadas por aquele índice, e, ao mesmo tempo, recusar a conformação discricionária do dever de colaboração previsto no art.º 30.º, n.º 2 e 3 do NRJC.

Se a actuação processual da AdC estiver permanentemente circundada pela proibição de um regime de acesso indiscriminado a documentos com possível informação sigilosa e, por outro, pelo impedimento de conformar o dever de colaboração 30.º, n.º 2 e 3 do NRJC, então o que surge no horizonte pode ser a própria ablação da celeridade do processo.

As decisões dos Tribunais devem, portanto, ser coerentes entre si e perspectivadas de forma dinâmica. Daí que o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) nos pareça em linha com as pronúncias deste Tribunal nos processos 1/16.7YUSTR e 225/15.4YUSTR⁶, assim como com a decisão dos autos principais.

Em sexto lugar, entendemos que o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) cumpre e integra poderes discricionários da AdC na conformação do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC, concretamente no segmento *identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas*.

O critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência serve, à luz do art.º 7.º, n.º 1, como princípio orientador do desempenho das atribuições e missão da AdC, previstas no art.º 1.º, n.º 3⁷ dos Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, o qual não deixa de configurar um conceito indeterminado a concretizar ao nível infra legal.

Há então uma limitação da discricionariedade administrativa da AdC, ou por outras palavras, subsiste um espaço de vinculação no cometimento geral das suas atribuições

⁶ Cuja apensação se encontrava a aguardar a descida do processo principal.

⁷ A AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos sectores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

atinente à obediência do critério geral de prossecução do interesse público de promoção e defesa da concorrência.

Sendo doutrinaria e jurisprudencialmente certo que o “*princípio da divisão ou da separação de poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração e que tal princípio implica tão-só uma proibição funcional do juiz afectar a essência do sistema de administração executiva, ou seja, não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o núcleo essencial da sua discricionariedade], enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração, deve-se sempre assinalar que os poderes dos tribunais administrativos abarcam apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, ficando de fora da sua esfera de sindicabilidade o ajuizar sobre a conveniência e oportunidade da actuação da Administração, mormente o controlo actuação ao abrigo de regras técnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse público, salvo ofensa dos princípios jurídicos enunciados no art. 266.º, n.º 2 da CRP*”., cabendo aos Tribunais, no exercício da sua função, apreciar “*da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.”* – Ac. TCAN de 01-10-2010, proc. n.º 00514/08.4BEPNF, Relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt., nosso destacado.

A génesis desta dinâmica relacional entre poder administrativo e judicial encontra-se no espaço de livre valoração e conformação do interesse público pelas entidades administrativas e, especialmente, no preenchimento de conceitos indeterminados.

“*O domínio da sindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade, na medida em que só existem a discricionariedade e a margem de livre*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

apreciação de conceitos jurídicos indeterminados que a lei especificamente conceder. No juízo de valoração por recurso a conceitos jurídicos indeterminados nos primeiros têm lugar as regras próprias da interpretação jurídica em via de aplicação puramente subsuntiva passível de controlo judicial. No juízo de valoração de conceitos técnicos regem os conhecimentos e regras próprias da ciência ou da técnica que estejam em causa, não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciência ou a boa técnica empregues pela entidade administrativa, por manifesta falta de competência nas matérias extrajurídicas para tanto necessária” – Ac. do TCAN de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06, Relator CRISTINA DOS SANTOS, disponível em dgsi.pt.

Tal vale por dizer que, em respeito pela discricionariedade técnica da administração, por princípio, não compete ao juiz actuar como um decisor administrativo, com repetição da decisão discricionária, mas somente como instância de controlo e fiscalização da juridicidade da decisão, nos pontos axiais da apreciação da violação de direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e de legalidade ínsitos à actuação administrativa.

Ultrapassada qualquer pretensão de caracterização do poder discricionário como possibilidade de arbitrariedade, valendo antes *como um poder de resolver, de decidir pelo discernimento sem vínculos estreitos*, qualquer acto administrativo está subordinado à lei, nos termos do princípio da legalidade, sendo que *umas vezes a regulamentação legal é precisa (vinculação) e noutras é imprecisa (discricionariedade)*.

A variação da amplitude da discricionariedade depende, pois, do conteúdo da habilitação legal para a administração decidir de entre várias soluções possíveis em adequação ao interesse público, sendo certo que *não existem poderes totalmente vinculados ou poderes totalmente discricionários já que os actos administrativos são quase sempre uma mistura ou combinação, em doses variadas, entre exercício de poderes vinculados e o exercício de poderes discricionários*, pelo que a “*discricionariedade na Administração está ou pode ser limitada de duas formas*.

- *Uma primeira por intermédio de limites legais, nos quais se incluem: a) a adequabilidade subjectiva do comportamento escolhido à realização do fim legal (o interesse*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

público como meta padrão da escolha discricionária) (cfr. art. 266.º, n.º 1 da CRP); b) o princípio da justiça que se traduz no dever da Administração harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afectados (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP); c) o princípio da imparcialidade (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP).

Mais depurada nos parece ser a distinção entre *discricionariedade na autonomia administrativa de conformação do sentido da decisão* e *discricionariedade na autonomia administrativa de valoração e prognose* ou *discricionariedade de margem de apreciação* pela qual é conferida à Administração um poder jurídico de avaliação subjectiva sobre *propriedades não jurídicas* *de certo componente da decisão a regular*, de modo a que o resultado corresponda a uma adequada prossecução dos interesses públicos tutelados pela norma (neste sentido, cfr. JOÃO CAUPERS, Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo judicial, Cadernos da Justiça Administrativa n.º 70, 2008, pág. 42-45).

A determinação do sentido e alcance de conceitos eminentemente valorativos (discricionariedade de previsão) não equivale, apodictamente, a escolha discricionária (discricionariedade de estatuição).

À luz deste entendimento, a conformação do novo pedido de colaboração do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC está igualmente próxima de uma discricionariedade *de conformação do sentido da decisão, incidente o conteúdo do acto administrativo em sindicância – identificação, de maneira fundamentada, das informações recolhidas –, e de uma discricionariedade de valoração e prognose, incidente sobre os elementos da decisão, no sentido em que oferece ampla margem de conformação no seu resultado através da integração de conceitos indeterminados.*

O princípio de legalidade previsto no art.º 3.º do Código de Procedimento Administrativo, enquanto exigência de compatibilidade ou conformidade com a lei⁸, deve valer na exacta medida em que enformam os critérios de decisão previstos no art.º 7.º, n.º 1 e 2 e no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC.

⁸ Cfr. para melhor desenvolvimento do debate doutrinário, ESTEVES DE OLIVEIRA, PACHECO AMORIM, COSTA GONÇALVES, Código de Procedimento Administrativo, 2.ª Edição, Almedina.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Concluída a margem de livre apreciação dos critérios de decisão no regime de acesso a documentos que contenham segredos de negócio, a decisão da AdC de conformação da enunciada colaboração reveste uma grande discricionariedade pela previsão normativa do conteúdo do acto.

Ou seja, a *identificação fundamentada das informações* serve, comprehende e alcança o conteúdo da decisão de *preparação de resumos da informação/documentação confidencial*, submetendo a omissão dessa colaboração à consequência processual da parte final do art.^º 30.^º, n.^º 2 do NRJC.

Atente-se que o Tribunal não quer cair numa argumentação de natureza semântica, de hermenêutica valorativa ou de teoria do declaratório da metalinguagem jurídica do NRJC.

Parece-nos que a nossa perspectiva segue um trilho menos pedregoso e pode ser traduzido em raciocínio silogístico (apesar da preterição da cadência de 2 premissas):

(i) se a AdC tem o dever de diligenciar pela protecção do segredo de negócio como realização de finalidade de actuação de prossecução do interesse público e defesa da concorrência; (ii) se a protecção do segredo de negócio é um interesse fundamental no cumprimento dos seus deveres de custódia e tutela dos documentos no processo sancionatório; (iii) se, paralelamente, a AdC deve diligenciar pela publicidade e celeridade do processo em respeito pelo direito de defesa das visadas; (iv) se a elaboração de descriptivo da documentação realiza e efectiva, em melhor concordância prática, o regime de acesso a documentação confidencial apreendida; (v) se a protecção do segredo de negócio aproveita aos interesses das visadas, protegendo informações confidenciais do acesso de potenciais concorrentes visadas; (vi) se as visadas dispõem do domínio da confidencialidade desses documentos, **ergo, a conformação discricionária do que seja a colaboração de identificação fundamentada deve privilegiar actos administrativos que lhe atribuam um conteúdo útil, necessário, proporcional e pertinente para a realização do desiderato assinalado, nomeadamente através da elaboração de resumos detalhados da informação.**

Estes critérios de conformação da solicitação prevista no art.^º 30.^º, n.^º 2 do NRJC envolvem, neste dispositivo, ampla discricionariedade administrativa, em que a dimensão da valoração e prognose implicam uma maior autonomia administrativa do sentido da decisão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

De contrário, julgamos que não se pode defender que a *identificação fundamentada* reflecte um conceito de reduzida discricionariedade administrativa, em que a natureza eminentemente técnica dos critérios permite, por sua vez, um controlo judicial de natureza jurídica correspondente ao controlo judicial do recurso de impugnação de decisão condenatória.

Em sétimo lugar, no seguimento do acima dito, as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22 de Março de 2013, adoptadas pela AdC ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, vêm dar respaldo a esta perspectiva.

Nos termos do §187: *os documentos que contenham elementos de informação considerados confidenciais por motivos de segredo de negócio, bem como a correspondência respeitante aos mesmos entre a Autoridade da Concorrência e as entidades titulares dessa informação, e que a Autoridade não entenda serem necessários para prova da infração, serão juntos aos autos em apenso não acessível aos visados pelo processo ou a terceiros, devidamente identificado como contendo informação confidencial. Dos autos do processo, e acessível a todos os visados ou terceiros, constará ainda uma listagem, elaborada pela equipa de instrução, na qual se identificam os documentos considerados confidenciais e se apresentam, sumariamente, os motivos dessa qualificação, os quais poderão resultar directamente do tipo de informação em causa.*

Também em rebate das contra-alegações, torna-se evidente que a solução adoptada pela AdC vem dar total e integral procedência aos procedimentos das Linhas de Orientação. Ora, sendo uma regra geral, a excepção da sua aplicação não pode ser arbitrária ou desproporcional como parece ser o caso. Com certeza que aquelas orientações *não criam direitos ou obrigações que decorram de quaisquer outros dispositivos legais aplicáveis a cada caso concreto*, mas não deixam, todavia, de vincular os procedimentos administrativos e de criar expectativas de concretização prática dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, as quais, por sua vez, reflectem o *estado da arte* e o padrão de actuação administrativa na afectação dos interesses de protecção de segredo de negócio.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Como tal, consubstanciam regras operacionais e de conformação prática e que não podem ser afastadas por submissão automática ao princípio de interpretação *literalizante* do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC.

Outrossim, partindo-se da legalidade das diligências de apreensão dos documentos e da noção do dever e responsabilidade *de cariz fiduciário ou de custódia* pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos, é possível alcançar outra *regra* para efeitos do juízo de concordância prática exigido pela questão decidenda.

A AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual, deve, previamente, diligenciar pela suficiente descrição dos documentos apreendidos, de forma a possibilitar que a decisão do seu acesso pelas visadas se faça de modo informado e esclarecido, permitindo a compreensão do seu teor para efeitos da sua utilização exculpatória.

A decisão de 22-09-2016 (como já antes a de 14-06-16) vem, precisamente, servir de veículo àquele dever de diligência, cabendo a colaboração requerida no exercício do direito de defesa quando entendido na perspectiva da defesa dos próprios interesses das visadas, sem que o seu cumprimento onere excessivamente a sua posição processual.

Em oitavo lugar, adequando a nossa pronúncia aos fundamentos do recurso, o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) procede a um juízo de concordância prática dentro da discricionariedade conferida pelo art.º 30.º, n.º 2 do NRCJ, sem dar qualquer prevalência do interesse na tramitação célere do processo sobre o direito de protecção e informações confidenciais.

Assim, assinalando que está em causa o regime de acesso dos documentos classificados como confidenciais e que podem não ser utilizados pela AdC como meios de prova da infração, o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) não transfere para as visadas o ónus de análise individual dos elementos considerados confidenciais e o ónus de aferição do prejuízo concreto que possa comprovadamente resultar da divulgação de informação confidencial em causa, porquanto essa análise e aferição dependem não só do resultado da colaboração da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

visada, mas também do eventual pedido de acesso por parte de outas visadas e até da classificação desses documentos como inculpatório, seguindo o regime de acesso previsto nos arts.º 31.º, n.º 3 e 33.º, n.º 4 do NRJC.

A posição das visadas sobre a afectação do regime do segredo de negócio e do seu direito de defesa é prematura e desgarrada de atendibilidade prática.

Recusamos a expressão de que o cumprimento do ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a de 14-06-16) corresponde ao desempenho de funções da entidade administrativa pelas destinatárias.

O cumprimento do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC tem claramente ínsito a necessidade de sobrestrar o andamento do processo em função da protecção de informações que possam conter segredo de negócio.

No entanto, se a principal interessada na confidencialidade das informações, sabendo das implicações da omissão de resposta, recusa legitimamente a colaboração, prescinde de aduzir ao processo fundamentos que permitam à AdC o cabal exercício da função garantística prevista no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, comprometendo o próprio dever de tutela e de custódia desses documentos. Todavia, tal não se pode confundir com a actuação da AdC na definição do regime de acesso a documentos confidenciais, consequente daquela resposta.

Tratam-se de momentos autónomos do regime de acesso a segredos de negócio. O art.º 30.º, n.º 2 do NRJC representa um compasso de colaboração entre intervenientes processuais na defesa de interesses adjacentes e diferentes do que seja o interesse na investigação e condenação pela prática factos violadores do Direito da Concorrência.

Em nono lugar, como vimos, o ónus de elaborar resumos da informação/documentação confidencial apreendida inscreve-se no escopo da actuação garantística da AdC na protecção do segredo de negócio.

Se o artigo 30.º, n.º 2 do NRJC não permite sustentar a existência de um dever ou sujeição de um interveniente num processo contra-ordenacional de elaborar resumos de informação/documentação confidencial apreendida, permite, no entanto, sublinhar a existência de um ónus de colaboração com o regime de acesso a informação confidencial que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

aproveita à defesa dos próprios interesses da visada, a par e passo, com dos demais interesses a proteger na tramitação dos processos sancionatórios.

Em décimo lugar, em face do que vai exposto e expendido, não se vislumbra qualquer tangência com os direitos fundamentais de propriedade e de livre iniciativa económica previstos nos artigos 61.º e 62 da Constituição da República Portuguesa, atenta a actuação da AdC ao abrigo do princípio da legalidade conferido pelos artigos 7.º, n.º 1 e 30.º do NRJC.

A colaboração do visado na construção de um regime de protecção de informação confidencial, enquanto ónus, não é desrazoável, arbitrária ou excessiva perante a valência do interesse de garantia a efectividade da acção sancionatória na área da concorrência.

Em acerto com os nossos argumentos, não há qualquer preterição do princípio de proporcionalidade previsto no art.º 18.º da Constituição ou dos princípios fundamentais de actuação da administração pública previstos no art.º 266.º da mesma Constituição.

Em décimo primeiro lugar, o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) não viola o dever acessório no tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º do NRJC.

A nossa decisão do proc. n.º 1/16.7YUSTR e a decisão do proc. n.º 225/15.4YUSTR, se reconhecem à AdC o compromisso na elaboração de descritivos adequados que permitam a efectividade dos pedidos de consulta, recusando formas de consulta indiscriminada, ainda que sujeitos a deveres de confidencialidade, nem por isso podem ser invocadas como limitação imanente ao espaço de conformação previsto no art.º 30.º, n.º 2 do NRJC, precisamente porque não incidem sobre o mesmo e principalmente porque reconhecem que a casuística envolvida naquele PRC, extensível a este, demanda que se cotejem, dentro da legalidade administrativa, soluções que reflectam princípios de concordância prática entre os interesses em causa.

Em décimo segundo lugar, a sujeição de uma empresa a um processo sancionatório implicará sempre a compressão da sua actividade normal e a alocação de meios na medida da gestão dos seus interesses processuais e substantivos.

Não vemos como poderia o Tribunal assinalar a ilegalidade de uma decisão administrativa em função da hipotética oneração logística que possa envolver para a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

destinatária, quando o cumprimento dessa colaboração visa proteger, unicamente, os próprios interesses empresariais da visada e correspectivamente ao interesse público de prossecução de actividades indiciariamente ilícitas.

Em décimo terceiro lugar, se vimos que a preparação de resumos de informação/documentação confidencial é adequada para atingir a *ratio garantística* do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, não está em causa no presente processo qualquer consequência sobre o incumprimento ou cumprimento deficiente do dever de colaboração para efeitos do disposto no art.º 30.º, n.º 4 e 5 do NRJC.

As visadas requerem que o Tribunal sinalize que qualquer pedido para elaboração de resumos, independentemente da resposta, seja considerado uma actuação ilegal. Esta pretensão afigura-se-nos excessiva e até contraproducente pois que, à partida, assinalámos a conformação desse pedido com a previsão legal da identificação fundamentada.

Este Tribunal não pode antecipar os termos em que determinada resposta pode ser desmerecida pela AdC com o fundamento de que não cumpriu cabalmente a solicitação. Este não é o objecto deste recurso. Apenas nessa situação e perante esse concreto enquadramento de *resposta vs classificação*, nos poderemos pronunciar sobre um excesso de oneração ou desproporcionalidade da consequência prevista no art.º 30.º, n.º 4 do NRJC.

Por fim, o ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a decisão de 14-06-16) não suscita, *per se*, qualquer preterição do princípio da proibição da auto-incriminação ou de *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Creemos que o enquadramento dado ao princípio surge *fora de mão* ou desencontrado no que interessa à apreciação da legalidade do ofício de notificação de 22-09-2016 (como já antes a de 14-06-16).

A sindicância desse princípio serve para resolver a questão de saber até que ponto uma arguida ou visada pode ser sancionada pela falta de prestação de informações no âmbito de um processo contra-ordenacional, em suma, em que termos a omissão de resposta à autoridade administrativa encontra respaldo no direito à não auto-incriminação.

Ora, não é de sancionamento que trata o 30.º, n.º 4 do NRJC, e muito menos de afectação da posição substantiva da visada.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

O art.º 30.º, n.º 2 do NRJC não importa tanto para a actividade instrutória como importa para a salvaguarda do segredo de negócio em processos sancionatórios. É essa a sua finalidade e o escopo do art.º 30.º, n.º 4 do NRJC.

*“O direito à não auto-incriminação (com as expressões latinas *nemo tenetur se ipsum accusare*, *nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum prodere*) significa, em termos simples, que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo, ou a fornecer coactivamente qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar, directa ou indirectamente, sem que dessa ausência de colaboração possa resultar para si qualquer prejuízo jurídico ou presunção de culpabilidade, sendo a principal manifestação deste princípio o direito ao silêncio”* – Estudo de JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, Mestrado Forense 2012/2013, de Março de 2013 O Direito à Não Autoincriminação e os Deveres de Colaboração com a Administração Tributária⁹.

Este princípio¹⁰ (procuremos não intervir na discussão sobre a natureza do *nemo tenetur* enquanto princípio, garantia, prerrogativa, privilégio, faculdade ou direito) credita e investe na noção de que o visado num processo sancionatório tem o direito de, livremente e sem punição ou oneração, recusar colaborar com a acção sancionatória, seja através do mero silêncio ou, mais concretamente, através da recusa na apresentação de meios de prova.

No presente processo, a prova documental já foi apreendida no âmbito dos poderes de investigação e dos poderes acessórios de inquirição, busca e apreensão da AdC, previstos no art.º 18.º do NRJC.

O cumprimento do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC não visa, portanto, que a arguida contribua activamente para a instrução do processo, logo para a sua incriminação, pretendo, antes de mais, que a disponibilidade e acesso dos documentos na pendência do processo não implique divulgação de segredos de negócio.

* *

⁹ Acessível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16443/1/Tese%20Joana%20Bernardo%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>.

¹⁰ Sobre a evolução e contexto histórico do princípio, cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Supervisão, Direito ao Silêncio, e Legalidade da Prova, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR-B

Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da anulação da decisão proferida pela AdC em 22 de Setembro de 2016 que exige às visadas/destinatárias a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar em 28 de Janeiro de 2016, em acordo com os objectos dos recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas recorrentes BST e BSC.

* * *

*

V. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas visadas/recorrentes Banco Santander Totta, S.A. e Banco Santander Consumer Portugal, S.A., absolvendo a AdC do pedido de anulação da decisão proferida em 22 de Setembro de 2016 no âmbito do PRC n.º 9/2015;

*

Condenação em custas pelas visadas, em função do decaimento e complexidade das questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 3UC, na proporção de 1/2 para a visada BST e 1/2 para a visada BSC, nos termos do art.º 93.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. e art.º 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais, por remissão sucessiva do art.º 83.º do NRJC.

Notifique e deposite.

Comunique a presente decisão à Autoridade da Concorrência, com envio de certidão judicial.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, ds

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista