



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 291/16.5YUSTR

158478

CONCLUSÃO - 14-12-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Manuela Augusta Rosa)

=CLS=

SENTENÇA

I.RELATÓRIO.

1.1. Por deliberação de 7 de Setembro de 2016, proferida no processo de contra-ordenação PRC/2015/4 (cfr. fls. 373 – vol. 2.º), a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) deferiu a consulta pelos mandatários/assessores económicos dos CTT, nas instalações da AdC, da cópia de versão confidencial da nota de ilicitude adoptada no PRC, bem como de todas as folhas do processo classificadas como confidenciais, na mesma, explicitamente, referidas, e indeferiu o pedido de disponibilização aos mandatários/assessores económicos dos CTT de cópia dos mesmos documentos, por o mesmo se encontrar em violação do disposto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.

1.2. Nos presentes autos, a visada, aqui recorrente, **CTT – CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.**, veio apresentar recurso (cfr. fls. 400 a 423) de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência – AdC**, de 07-09-2016, proferida no processo de contra-ordenação PRC/2015/4.

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

- O artigo 30.º do RJC não define o que é “segredo de negócio” mas dá indicações muito claras sobre vários aspectos da sua tutela;

- Em primeiro lugar diz-nos que, por norma, não há documentos confidenciais por conterem segredos de negócio. Há documentos que contêm informações que são segredos de negócio e, em tais casos, sem prejuízo do segredo de justiça externo, esses documentos são acessíveis a visados e a não visados uma vez expurgados dessas informações;

- Em segundo lugar confere à AdC a última palavra na classificação de uma informação como segredo de negócio (cf. artigo 30.º n.º 5);

- Do que a Visada pôde constatar, a AdC nenhum escrutínio exerceu sobre as informações contidas nos documentos ou passagens de documentos que foram qualificados como confidenciais por quem os forneceu aos autos, com vista a verificar criticamente se lhes é devida protecção como 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 291/16.5YUSTR

- A primeira consequência desta conduta é que, como se demonstrou, a Visada não teve acesso a informação a que deveria ter acesso sem necessidade de intermediação dos advogados, nos termos limitados do artigo 33º nº4 do RJC;

- Por outras palavras o seu acesso ao processo foi indevidamente condicionado por uma aplicação indevida do artigo 33º nº4 do RJC;

- Em seguida, numa investigação de concorrência o processo é composto por todos os documentos que foram obtidos, elaborados e/ou recolhidos durante a investigação e que, não tendo sido considerados irrelevantes para o processo em questão não foram devolvidos à empresa junto da qual foram obtidos deixando de fazer parte do processo;

- Não cabe pois à AdC escolher, nos documentos constantes do processo, aqueles que são ou não importantes para a defesa;

- O Visado tem de conhecer o processo para saber o que lá existe: o que mais o inculpa, o que menos o inculpa, o que o desculpa e o que pode contextualizar devidamente a sua conduta;

- Existem várias possibilidades de assegurar a ponderação adequada dos interesses do exercício da defesa e da protecção dos reais segredos de negócio, desde logo a de o acesso ser limitado aos advogados e consultores económicos de cada Visado como o artigo 33.º n.º 4 do nosso RJC prevê;

- Termos em que a AdC devia ter deferido o acesso da Visada – através dos seus mandatários e/ou assessores técnicos – a todo o processo e não apenas às folhas confidenciais expressamente referenciadas na NI;

- Não o tendo feito, comprimiu, sem apoio na lei e desproporcionadamente, o direito de defesa da Visada, sujeitando-o à qualificação errada de certas informações como segredos de negócios, o que para todos os efeitos, traduziria uma interpretação inconstitucional das normas contidas nos artigos 30.º, 31.º e 33.º do RJC, por violação quer do direito de defesa, quer do princípio da igualdade de armas;

- Os documentos mencionados no artigo 31.º n.º 3, do RJC – aqueles cujo acesso é disponibilizado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo estritamente para preparação da defesa – são os documentos que a AdC decidiu utilizar no processo, mantendo-os nos autos, o que apenas pode justificar-se pela sua relevância para os factos sob investigação, independentemente de estarem ou não referenciados na Nota de Ilicitude;

- Caso tais documentos confidenciais não fossem relevantes para o processo ou não tivessem conexão com o objeto dos autos, à AdC caberia, enquanto entidade com responsabilidade para instruir o processo de contra-ordenação, expurgar tais elementos dos autos, conforme impõe o disposto no artigo 86.º n.º 7 do CPP, para os elementos confidenciais que não sejam meios de prova;

- São os documentos que a AdC aceitou, ainda que implicitamente, como confidenciais, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º e dos n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º, ambos do RJC, e que são utilizados pela AdC no processo;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc.Nº 291/16.5YUSTR

- Mantendo-se os documentos nos autos, tais documentos constituem forçosamente meios de prova que foram escrutinados pela AdC ainda que não sejam mencionados especificamente na Nota de Ilicitude para fundamentar as infrações imputadas à Visada;

- Dos artigos 33.º e 31.º do RJC não resulta qualquer restrição ao acesso aos documentos confidenciais;

- O artigo 31.º n.º 3 do RJC, permite que a AdC utilize as informações sujeitas a segredo como meio de prova nos autos (isto é, não obriga a AdC a expurgar o processo dessas informações), mas fá-lo “*sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo*”;

- Esta ressalva, conjugada com a existência de uma norma específica que admite o acesso a tais documentos sujeitos a segredo de negócio pela Visada através do seu mandatário ou assessor económico externo e com finalidade exclusiva de exercício do direito de defesa (artigo 33.º n.º 3 do RJC), invalida o entendimento da AdC de que apenas deve ser concedido o acesso aos documentos considerados como confidenciais por segredo de negócio expressamente referenciados na Nota de Ilicitude;

- Semelhante **restrição não tem qualquer apoio na letra da Lei, constituindo uma restrição desproporcionada do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18.º n.º 2 da CRP**, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais – como é o direito de defesa ínsito no artigo 32.º n.º 10 da CRP – caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional;

- A referida restrição **viola também o princípio da igualdade de armas**, porquanto limita o acesso da visada a documentos considerados relevantes de que a AdC tem conhecimento, contrariamente ao direito a um processo equitativo, previsto no artigo 20.º n.º 4 da CRP;

- O entendimento da AdC (que embora não tenha sido expressamente assumido mas que parece resultar da Decisão de que se recorre) quanto às normas contidas nos artigos 30.º, 31.º e 33.º do RJC, no sentido de estar vedado aos mandatários das visadas e ao seu assessor económico externo o acesso a documentos classificados como confidenciais, por motivo de segredo de negócio, que se encontrem juntos aos autos, mas que não tenham sido referenciados na Nota de Ilicitude, **é inconstitucional, por violação do direito de defesa do arguido ínsito no artigo 32.º n.º 10 da CRP, e do princípio da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo, decorrentes do artigo 20.º n.º 4 da CRP e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**;

- **Por último**, do artigo 33.º, nº4 do RJC não resulta que o acesso ao processo tenha de efetuar-se nas instalações da AdC;

- O que se pretende é que os segredos de negócio não sejam divulgados a quem a eles não deva ter acesso e que o seu conteúdo não seja reproduzido para outros efeitos que os da defesa;

- Para tanto bastam as declarações dos advogados, que para todos os efeitos tomaram notas e estariam em condições de reproduzir os segredos em causa não fora o compromisso que assumiram;

- Os advogados e assessores económicos externos têm de poder receber cópias dos documentos confidenciais – ou a eles poderem aceder por outros meios técnicos - de forma a poderem estudá-los e analisá-los



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 291/16.5YUSTR

com ponderação as vezes que forem necessárias, independentemente da hora, na tranquilidade dos seus escritórios;

- Isso parece inquestionável face ao disposto no artigo 32.º n. 10 da CRP, e à forma como a jurisprudência entende o direito de defesa e o seu exercício;

- Os entorpecimentos de análise, causados pela recusa de disponibilização de cópia dos documentos, coloca definitivamente em causa a possibilidade de a Visada exercer cabalmente o seu direito de defesa, o que representa uma violação do artigo 32.º, n.º 10, da CRP;

- A norma contida no artigo 33.º n.º 4, do RJC, interpretada no sentido de que nela se proíbe a disponibilização aos advogados ou aos assessores económicos externos das visadas de extratos ou cópias dos documentos considerados confidenciais por conterem segredo de negócio é inconstitucional, por violação do direito de defesa e do princípio da restrição mínima de direito fundamental, consagrados, respectivamente, nos artigos 32.º n.º 10 e 18.º n.º 2 da CRP.

Terminou, requerendo **a revogação Decisão da AdC que recusou o acesso substituindo-a por outra que admita essa consulta e sem necessidade de apresentação de qualquer fundamentação de potencial valor exculpatório desses documentos.**

Juntou 2 documentos, cópias e cópia de procuração, nomeadamente termo de consulta de 13-09-2016 (cfr. fls. 424 a 427) e compromisso de confidencialidade (cfr. fls. 428 a 433).

1.3. 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 novo Regime Jurídico da Concorrência (cfr. fls. 2 e 3 e fls. 435 a 459).

1.4. 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. 759).

1.5. Por ter sido tempestivamente interposto, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, foi proferido despacho a **admitir o presente recurso de medidas de autoridade administrativa, proferida no processo contra-ordenacional n.º PRC/2015/4**, datada de 7 de Setembro de 2016, interposto pelo recorrente **CTT – CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.**, 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.

1.6. 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*



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 291/16.5YUSTR

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 a decisão administrativa em causa não configuram acto decisório de que dependa a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do PRC/2015/41, tratando-se de decisão que visa conformar o acesso à prova através do cumprimento do art.º 33.º, n.º 4 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 tem.

1.7. Compulsando os termos da motivação do recurso e atendendo ao objecto da decisão administrativa 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 a visada/recorrente e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância**

1.8. Regularmente notificada, a visada/recorrente veio opor-se à decisão por simples despacho (cfr. requerimento de 17-11-2016 - ref.ª 24442), tendo-se designado dia para a realização da audiência de julgamento e para alegações orais, o que decorreu com inteira observância do legal formalismo como decorre da respectiva acta.

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultaram provados, por admissão expressa da visada/recorrente e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos autos, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contra-ordenação, diligências processuais e consulta do processo:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc.Nº 291/16.5YUSTR

1. O presente contra-ordenação corre os seus termos na AdC sob o n.º PRC/2015/4, tendo a sua abertura sido ordenada em 13 de Fevereiro de 2015, por se verificarem sérios indícios de uma infração ao artigo 11.º da Lei da Concorrência, bem como do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

2. O processo teve origem numa denúncia, apresentada à AdC, em 21 de Novembro de 2014, pela Vasp – Premium Entrega Personalizada de Publicações, Lda. (Vasp), por alegada recusa de acesso por parte dos CTT à sua rede de distribuição postal.

3. Na fase de inquérito do presente processo foram realizadas as seguintes diligências probatórias: (i) pedidos de elementos dirigidos à Recorrente; (ii) pedidos de elementos dirigidos à Vasp – Premium, entrega Personalizada de Publicações, Lda. (Vasp); (iii) pedidos de elementos dirigidos à Iberomail Correio Internacional S.A. (Iberomail); (iv) pedido de elementos dirigido à CityPost S.A. (CityPost) e (v) visita às instalações da Recorrente.

4. No decurso das diligências de investigação, a AdC solicitou à Recorrente e às restantes empresas supra identificadas, nos termos do disposto nos artigos 15.º, n.º 2 do 17.º e da alínea b) do n.º 1 do 18.º da Lei da Concorrência, o envio de informações, documentos ou outros elementos, nos quais a AdC informou que *“os esclarecimentos e informações referidos nos parágrafos anteriores deverão ser enviados a esta Autoridade no prazo de 10 dias úteis, contados da receção do presente ofício, fazendo-se notar que a (...) deverá identificar fundamentadamente as informações e os documentos que considere confidenciais, por motivos de segredos de negócio, juntando nesse caso, uma cópia não confidencial dos mesmos, expurgada das confidencialidades identificadas”* (cfr. fls. 105 e 108, 128 a 132, e fls. 159 a 162 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas).

5. A Recorrente e a Vasp procederam ao envio dos elementos solicitados e das respectivas versões não confidenciais em conformidade com o solicitado pela AdC.

6. A empresa Iberomail veio informar que a documentação disponibilizada à AdC *“não tem qualquer carácter de confidencialidade tanto para as empresas envolvidas no processo assim como para empresas terceiras”*.

7. A empresa CityPost não apresentou qualquer versão não confidencial dos documentos disponibilizados em resposta à solicitação da AdC, tendo, na sequência dos



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 291/16.5YUSTR

pedidos de esclarecimento desta Autoridade, reiterado o carácter confidencial da totalidade dos mesmos (cfr. fls. 163 dos autos, que aqui se dá por reproduzida).

8. Em 19 de maio de 2015, 5 de Fevereiro de 2016 e 9 de Junho de 2016 a Recorrente pediu o acesso ao processo e cópias de diversos elementos integrantes do mesmo.

9. Na sequência dos diversos pedidos a AdC facultou cópias não confidenciais para a Recorrente dos documentos solicitados.

10. Terminada a investigação inicial, em 12 de Agosto de 2016 foi adotada pelo Conselho de Administração da AdC a decisão de encerramento da fase de inquérito e de passagem à fase de instrução, tendo sido notificada à Recorrente e aos seus Mandatários a respetiva Nota de Ilicitude (cfr. fls. 170 a 269, que aqui se dão por reproduzidas).

11. Com a notificação da Nota de Ilicitude a AdC remeteu cópia em formato digital da versão não confidencial para a Recorrente do processo contra-ordenacional em causa.

12. A Vasp e a CityPost requereram o acesso ao processo e a obtenção de cópias que foram objeto de deferimento pela AdC, tendo sido, também nestes casos, facultadas reproduções não confidenciais para terceiros dos documentos solicitados.

13. Na sequência da notificação da Nota de Ilicitude, a Recorrente, em 31 de Agosto de 2016, requereu à AdC que, nos termos do disposto nos artigos 33.º, n.º 1, e 31.º, n.º 3, do RJC, fosse disponibilizada aos respectivos mandatários, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da mesma Lei, nas condições e com as garantias neles previstas, cópia integral dos documentos considerados confidenciais ou contendo passagens classificadas como confidenciais que não lhe foram remetidos em suporte digital (cfr. fls. 372 e 372v dos autos, que aqui se dão por reproduzidas).

14. Em 07 de Setembro de 2016, a Recorrente foi notificada da Decisão da AdC (cfr. fls. 373 a 374v dos autos, que aqui se dão por reproduzidas) que:

- Deferiu a consulta pelos mandatários e/ou assessores económicos da Visada, nas instalações da Autoridade, de “*cópia da Versão não Confidencial da Nota de Ilicitude adoptada no processo, bem como de todas as folhas do processo classificadas como confidenciais na mesma expressamente referenciadas*”;



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 291/16.5YUSTR

- Indeferiu a entrega de cópia da Versão não Confidencial da Nota de Ilicitude adoptada no processo, bem como de todas as folhas do processo classificadas como confidenciais na mesma expressamente referenciadas, ao advogado ou ao assessor económico externo estritamente para efeitos do direito de defesa com expressa cominação de que não lhes era permitida a sua reprodução, total ou parcial, por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim;

- Indeferiu a entrega de cópia e a própria consulta nas instalações da AdC das demais folhas do processo classificadas como confidenciais, ao advogado ou ao assessor económico externo estritamente para efeitos do direito de defesa com expressa cominação de que não lhes era permitida a sua reprodução, total ou parcial, por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.

15. A Decisão contém ainda a advertência de que os mandatários “*não podem fazer-se acompanhar na sala de consulta, nem fazer uso nesse espaço, de quaisquer meios técnicos que permitam a reprodução de documentos confidenciais*”.

* * *

*

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

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 7 de Setembro de 2016 é legal e conforme ao regime de protecção de segredos de negócio previsto no art.º 33.º, n.º 4 do novo Regime da Concorrência?

* *



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 291/16.5YUSTR

Explanado o *iter* processual e o contexto das medidas da AdC aqui impugnadas, feita a pergunta que radica o dissídio da causa, cumpre carrear os argumentos relevantes para a decisão final.

No âmbito dos seus poderes de investigação e dos poderes acessórios de inquirição, busca e apreensão previstos no art.º 18.º do regime aplicável, **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.*

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.

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

Se constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a demonstração da existência ou inexistência da infração, a punibilidade ou não punibilidade



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 291/16.5YUSTR

do visado pelo processo, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima- art.º 31.º, n.º 1 e se, como princípio transversal do Direito sancionatório, são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei - art.º 31.º, n.º 2, a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio - art.º 31.º, n.º 3 do NRJC, sempre sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo.

Este passo é, também, essencial.

Ou seja, como parece ser de elementar mérito, **a confidencialidade da informação não subtrai valor probatório de inculpação aos respectivos documentos. No entanto, o dever de acautelar o interesse na conservação dos segredos de negócio em sede de processo sancionatório relativo a práticas restritivas também não desaparece perante o valor inculpatório dessas informações.**

Aqui, o legislador foi providente na conjugação destes interesses e estabeleceu uma regra especial de acesso ao processo: *o acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo 31.º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência na qual os referidos elementos tenham sido utilizados como meio de prova, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim - art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.*

Ora, como está bom de ver, o nosso problema é o de saber se a AdC deu cumprimento ao art.º 33.º, n.º 4 do NRJC ou se, subsidiariamente, tal normativo viola o direito de defesa da visada.

A resposta a ambos os segmentos é clarividente e não admite tergiversão: **a decisão impugnada de 07-09-2016 deu cabal e integral cumprimento ao art.º 33, n.º 4 do NRJC, expressando uma vinculação estrita e conforme ao princípio de legalidade previsto no art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), cumprido que foi o art.º 30.º, n.º 4 do NRJC, como decorrem das diligências de inquérito assinaladas nos pontos 39 e 4) da matéria de facto relevante.**



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 291/16.5YUSTR

Não se trata, como outros recentes casos pendentes neste Tribunal, de acesso de co-visadas a documentos potencialmente confidenciais e não utilizados como prova inculpatória.

O regime do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC contém uma estatuição **absolutamente mandatária** quanto ao acesso a documentos de valor inculpatório com conteúdo sigiloso e que foi assertivamente cumprido pela AdC na sequência da notificação da Nota de Ilicitude e ao pedido de acesso datado de 31-08-2016, supra referido.

Sem prejuízo de outros actos e tramitação superveniente do processo, **o pedido de acesso datado de 31-08-2016 apenas visou a obtenção de cópia integral de documentos considerados confidenciais e referenciados na nota de ilicitude**, como o comprova o requerimento de fls. 372v ao fazer referência à notificação da nota de ilicitude e ao art.º 31.º, n.º 3 do NRJC.

Como tal, o art.º 33.º, n.º 4 mais não é do que a conformação normativa de um juízo de concordância prática entre **o interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas perante documentos de valor inculpatório**.

A actuação da AdC enunciada na decisão de indeferimento de 07-09-2016 não merece o mínimo reparo porque dá expressão à obrigação legal de assumir uma posição de garante dos legítimos interesses das empresas, pela qual a AdC se acha incumbida enquanto titular dos poderes de investigação e direcção do processo sancionatório.

O que seria digno de sindicância judicial seria uma actuação materialmente violadora ou que subvertesse o conteúdo do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC, como por exemplo permitir o acesso a tais documentos de modo mais amplo, objectiva e subjectivamente, do que as condições definidas naquele artigo.

A própria visada nem sequer veio por em crise, de modo atendível, a classificação ou tão-pouco o valor inculpatório de tais documentos.

Neste conspecto, não pode ser despicienda para a questão a apontada função garantística do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, pela maior razão de que os documentos, cujo acesso se facilitou nos termos do art.º 33.º, n.º 4 daquele regime, foram juntos ao processo sancionatório e, depois, considerados e utilizados para efeitos de imputação.



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 291/16.5YUSTR

Não vislumbramos como as circunstâncias do presente caso possam demandar da AdC medidas cautelares do processo casuisticamente excepcionantes do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC, se bem que essas hipotéticas exigências casuísticas nunca poderiam implicar a derrogação, *tout court*, dos deveres de protecção de segredo de negócio, especialmente quando, do ponto de vista prático, o legislador já procedeu a uma determinada conformação prática entre acesso e direito de defesa.

Neste sentido e fixado o objecto do pedido e da decisão, a referência argumentativa quanto ao regime de protecção de segredos de negócio ou quanto à vinculação às linhas de orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação do NRJC surge deslocada perante a aplicabilidade jurídica do art.º 33.º, n.º 4 do mesmo regime.

Na verdade, tais elementos interpretativos são pouco ou nada pertinentes, dado que a subsunção do pedido e decisão ao art.º 33.º, n.º 4 do NRJC, isto é a sujeição do objecto processual à lei adjectiva do acesso a documentos inculpatórios, não corresponde a qualquer lacuna ou omissão legislativa passível de integração através dos normais processos de integração.

O art.º 33.º, n.º 4 do NRJC é juridicamente proficiente para acautelar a situação de facto, soçobrando, apenas, a sindicância da sua conformidade constitucional.

Neste conspecto, cremos que o art.º 33.º, n.º 4 do NRJC **respeita, antes de mais, os princípios de actuação administrativos de subsidiariedade, de intervenção mínima e de proibição do excesso perante valores transversais como seja a protecção de informações confidenciais utilizadas como prova e com potencial valor inculpatório.**

O art.º 33.º, n.º 4 do NRJC prevê precisamente que, em caso de acesso a meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, não é permitida a reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, limitando-se o âmbito subjectivo e o escopo dessa consulta (advogado ou ao assessor económico externo, para efeito de resposta à nota de ilicitude e da futura impugnação judicial).



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 291/16.5YUSTR

Independentemente do juízo de discordância *de jure constituendo* a efectuar, a decisão adoptada pela AdC é uma solução de legalidade, a coberto de qualquer crítica de aplicação *contra legem*.

*

Por outro lado, **ainda que o objecto do pedido de 31-08-2016 e da decisão impugnada não permitam perceber desse alcance**, o recurso de impugnação parece defender que o entendimento da AdC introduz uma diferenciação inadmissível entre prova com valor inculpatório e exculpatório, devendo ser considerados como prova todos os elementos reunidos no processo.

Indigitados os contornos do objecto deste processo, procuremos concretizar os parâmetros, factores e critérios que, no nosso entendimento, melhor se adequam ao conhecimento deste recurso.

Em primeiro 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 processo¹; (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 defesa² 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.

¹ Estendendo este valor à necessidade de diligenciar por uma tramitação eficiente e célere que permita o exercício da actividade administrativa em tempo útil.

² As garantias normativas deste direito de defesa em sede de processo sancionatório encontram *reducto pretoriano* nos artigos 32., n.º 10 da Constituição da República Portuguesa e no art.º 50.º do Regime Geral das Contra-ordenações.



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 291/16.5YUSTR

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.**

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.

Como primeira regra, **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 segredos de negócio constantes do processo, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente** (primeira regra).

Em segundo lugar, 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.

Se prontamente nos afastámos de soluções práticas em que o dever de protecção da confidencialidade das informações resulte aniquilado ou esvaziado, queremos agora deixar expresso que a restrição ou amplitude desse dever dependem, inexoravelmente, do seu valor probatório para a demonstração da existência ou inexistência da infração, a punibilidade ou



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 291/16.5YUSTR

não punibilidade do visado pelo processo, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima.

Não pode haver espaço de dúvida que a distinção entre a atribuição de valor inculpatório (entendido como suporte da existência da infracção, da punibilidade ou da medida da coima) ou o reconhecimento da inocuidade probatória vai influenciar a medida do acesso pelos visados às informações confidenciais.

Esta é a *ratio* do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.

Por outras palavras, quando o objecto da regulação são documentos ou informações confidenciais ou que integrem segredo de negócio com valor inculpatório então o *regime charneira* equivale a uma supressão quase máxima da interdição do acesso, com preponderância da realização das finalidades sancionatórias.

Assim, o 33.º, n.º 4 do NRJC é o resultado da soma dos pontos (i) e (ii), subtraídos ao factor (iii) quando estão em *causa meios de prova para a demonstração de uma infracção às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio*.

Se a pedra de toque da conformação parcelar do interesse na protecção de informações confidenciais, aquando do juízo de concordância prática, é, precisamente, o valor inculpatório ou exculpatório dessas informações, então a indiferenciação dos regimes de acesso a esses documentos carece de razoabilidade e admissibilidade.

A decisão da AdC assume, **legítima e legalmente**, essa diferenciação.

É de imediata percepção que o acesso pelas visadas dos documentos e informações confidenciais com valor inculpatório se faça do modo mais amplo possível para com a protecção do segredo de negócio, dando oportunidade que a defesa se efectue em campo tendencialmente aberto, cabalmente informado, suficientemente esclarecido e sem obscurantismo por parte da entidade sancionatória.

Estamos em condição de formular uma *segunda regra de cálculo* para a equação da concordância prática que aportamos ao art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.

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



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 291/16.5YUSTR

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 (segunda regra).

Em terceiro lugar, para melhor concretização dos seus limites no juízo de conformação do regime de acesso, 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, **pele que 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 na defesa** (terceira regra).

Todavia, tal não significa que a AdC derroge o art.º 33.º, n.º 4 do NRJC como defende a visada/recorrente, com o singelo e desapoiado fundamento de que o visado deve ter acesso a todo o processo ou com o argumento de que a visada deve participar na decisão de atribuição de segredo de negócio de documentos que não lhe digam respeito para efeitos do art.º 30.º, n.º 3 a 5 do NRJC.

Aplicadas as três regras acima enunciadas, temos que o acesso determinado pela AdC na decisão de indeferimento de 07-09-2016 serve, imediatamente, a teleologia do regime de acesso a documentos considerados relevantes para o apuramento da responsabilidade sancionatória, devendo a visada quanto aos demais documentos (sem valor inculpatório ou de potencial valor exculpatório) assumir o devido impulso de pedido de consulta e acesso, em acordo com a responsabilidade de *cariz fiduciário ou de custódia* imputável à AdC.

Recorda-se, uma vez mais, que o pedido de acesso datado de 31-08-2016 refere-se, expressamente, aos documentos considerados confidenciais ou contendo passagens



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 291/16.5YUSTR

classificadas como confidenciais que não foram remetidos à visada com a notificação da nota de ilicitude e utilizados para demonstração da infração.

Aliás, consta dos autos diferente pedido de acesso de 7 de Outubro de 2016 (cfr. fls. 376 dos autos) e que foi objecto da decisão da AdC de 12 de Outubro de 2016 (cfr. fls. 377 a 379 dos autos), ambos supervenientes à decisão e fora do objecto deste processo.

*

Ainda que assim não fora, e se entendesse o pedido de acesso de 31-08-2016, e que motivou a decisão aqui impugnada, como um **pedido genérico de acesso** a todos os documentos constantes dos autos, quer sejam ou não considerados para demonstração indiciária da infração imputada, este Tribunal já teve oportunidade de se pronunciar sobre este problema na decisão de 28 de Setembro de 2015 proferida no processo 225/15.4YUSTR, confirmada pelas instâncias superiores e transitada em julgado, entendimento que aqui seguimos pela clareza da sua exposição e pelo apontamento certo que fez sobre a actuação da AdC:

“(…)

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

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

E quanto à reprodução?

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



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 291/16.5YUSTR

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

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

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

Quartus, cumpre relevar a interpretação que melhor preserva a unidade do sistema jurídico e a sua coerência interna, o que inculca, olhando o disposto no artigo 81.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência, a ideia de não ser permitida a reprodução tout court dos documentos classificados como confidenciais, atendendo a que a ratio legis que preside à redação da aludida norma é, neste particular (sem prejuízo da especificidade respeitante à proteção do requerente de clemência), a mesma que funda a solução prevista no artigo 33.º, n.º 4, do mesmo Regime Jurídico da Concorrência.

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

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



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 291/16.5YUSTR

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

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

(...)

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

Ainda que, haja de considerar que “um meio de prova não é exclusivamente inculpatório ou exculpatório” – conferir a anotação da autoria de José Lobo Moutinho e Henrique Salinas, in Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, p. 338 – propendemos a aceitar que o âmago do problema reside nos casos de documentação que possa assumir uma vertente “exculpatória” em relação às infrações imputadas aos visados ou arguidos.

Como refere Nuno Ruiz – conferir “Comentário à sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa no proc. 766/06.4TYLSB «Nestlé»”, inserido na Sub Judice, Revista de Direito e



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 291/16.5YUSTR

Sociedade N.º 40, Almedina, pp. 125/33 – “no caso dos documentos inculpatórios, a presunção de inocência compensa suficientemente as limitações do contraditório”, adensando-se o problema no caso dos documentos exculpatórios, mas ainda assim, admite o autor, tratam-se de “situações absolutamente excepcionais e raríssimas”, só se admitindo uma preterição dos legítimos interesses de terceiros ao segredo de negócio nestas situações quando não haja possibilidade de “obter uma versão não confidencial do documento ou um resumo não confidencial do mesmo que permita ao advogado perceber suficientemente a relevância da prova que lhe foi omitida”.

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

Depois de perorar acerca da imperiosa necessidade de o processo ser conduzido de forma transparente (embora com uma conceção do princípio de igualdade de armas que não tem cabimento num processo contraordenacional de génese sancionatória pública como o nosso), afirma o aludido acórdão que a finalidade de uma lista com a catalogação da informação confidencial impõe que as indicações dela constantes deem aos visados informações suficientemente precisas e detalhadas para lhes permitir determinar, com



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 291/16.5YUSTR

conhecimento de causa, se os documentos descritos são suscetíveis de ser pertinentes para a sua defesa – conferir considerandos 83, 89, 93, 94 e 101, do acórdão.

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

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

(...)

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



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 291/16.5YUSTR

(...)

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

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

Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece.

Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente.

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

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

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

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

(...)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc.Nº 291/16.5YUSTR

Escudados naquela sentença e na proximidade tangente dos problemas em causa, entendemos que, na amplitude subsidiária que lhe demos, o pedido da visada de ter acesso “indiscriminado” a toda a documentação confidencial existente nos autos não deverá ser de proceder, seja por não estar abrangido pela previsão constante do artigo 33.º, n.º 4 do NRJC, seja por tal regime não configurar qualquer violação dos preceitos constitucionais atendíveis.

De qualquer forma, o regime definido no art.º 33.º, n.º 4 do NRJC não gera qualquer conflito, incompatibilidade ou restrição ao art.º 50.º do R.G.CO. e ao seu correspondente art.º 25.º, n.º 1 daquele NRJC, no sentido em que, no presente caso, os direitos do visado à audiência prévia e à defesa informada se mantêm incólumes na protecção pretoriana que lhes é conferida pelo art.º 32.º, da CRP, enquanto decorrência do princípio geral do contraditório inerente ao Estado de Direito Democrático.

Seja por consideração de que as garantias do direito de audição e direito de defesa em processo sancionatório não devem conduzir a uma elisão entre a imputação anterior à defesa e a decisão final do processo nem tão pouco implicar a importação, acrítica, do processo penal (cfr. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “*Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional*”, constante da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, N.º 1 (Janeiro/Março de 2013), Coimbra Editora, págs. 63-121), seja pela chamada da jurisprudência constitucional referente da menor ressonância ética do direito contra-ordenacional; **as alegações da visada quanto ao comprometimento dos princípios constitucionais vertidos nos artigos 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 10 da CRP perdem atendimento pela falta de substrato sindicável.**

A protecção do segredo de negócio não deixa de conformar, como vimos, um interesse inscrito nos direitos fundamentais de propriedade e de livre iniciativa económica previstos nos artigos 61.º e 62.º da CRP, vinculativo na actuação da AdC ao abrigo do princípio da legalidade conferido pelos artigos 7.º, n.º 1 e 30.º do NRJC.

A visada/recorrente prescinde, inclusivamente, de enunciar, em concreto, a tripla relação entre o objecto do processo definido pela nota de ilicitude, o contraditório e o acesso aos documentos tidos como inculpatórios e confidenciais, o que seria axial para a procedência das suas pretensões.



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 291/16.5YUSTR

Com a mesma crítica segue a invocação da desconformidade com o art.º 15.º, n.º 1 al. c) do NRJC (falta de escrutínio sobre as informações contidas nos documentos e passagens) ou a interpretação, em excesso de alegação, que da decisão impugnada decorre que o acesso de mandatários e assessores externos estaria igualmente vedado em relação a documentos não inculpatórios ou com potencial valor exculpatório.

Além do mais, tais alegações escapam ao alcance do objecto deste recurso, tendo a visada a devida oportunidade de se opor à classificação determinada pela AdC.

A decisão superveniente de 12 de Outubro de 2016 (cfr. fls. 377 a 379) arreda esta alegação de pertinência ou utilidade, atenta a sindicância que a visada pôde exercer sobre a lista descritiva das informações consideradas confidenciais ao longo do processo (cfr. fls. 432 e 433).

Neste conspecto, não seguimos a visada quando pretende alegar que a protecção do segredo de negócio conferida pelo art.º 33.º, n.º 4 do NRJC representa uma restrição desnecessária ou arbitrária do direito de audição e defesa, susceptível de gerar desconformidade com os artigos 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 10, todos da CRP, tanto mais que essa desconformidade vem construída de forma vaga, abstracta e sem nexo etiológico para com as garantias de defesa exigidas à luz da nota de ilicitude em causa.

* *

Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da anulação ou revogação da decisão proferida pela AdC em 7 de Setembro de 2016 que indeferiu o pedido de disponibilização aos mandatários/assessores económicos da visada de cópia de versão confidencial da nota de ilicitude adoptada no PRC2015/04 bem como de todas as folhas do processo classificadas como confidenciais, por a mesma se encontrar em violação do disposto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.

* * *

*

IV. DECISÃO.

Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o recurso de impugnação de medidas administrativas,



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 291/16.5YUSTR

**interposto pela visada/recorrente CTT – CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.,
absolvendo a AdC do pedido de anulação/revogação da decisão proferida em 7 de
Setembro de 2016 no âmbito do PRC2015/04.**

*

**Condenação em custas pela visada, em função do decaimento e complexidade das
questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 2UC, 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