

SEGREDOS DE NEGÓCIO *VERSUS* DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO NAS CONTRA-ORDENAÇÕES DA CONCORRÊNCIA

*Patrícia Lopes*¹

ABSTRACT: This article discusses the conflict that may arise, within a competition infringement proceeding, between the access to confidential documents that contains trade secrets and the defense guarantees. The paper intends, consequently, to demonstrate that it is not possible to find a single line solution to all eventual conflicting cases, but that each of these cases should be analyzed ad hoc.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento e objecto do presente estudo – breves notas. 1.1. O direito das contra-ordenações e a ciência do direito e processo penal. 1.2. A regulação económica e a concorrência. 1.3. A Autoridade da Concorrência. 1.4. As contra-ordenações da concorrência. 1.4.1. Os direitos de defesa do arguido nos processos sancionatórios da concorrência no ordenamento jurídico português. 1.4.2. O direito de defesa no âmbito do direito comunitário da concorrência. 2. Os direitos de defesa do arguido nos processos contra-ordenacionais da concorrência e o acesso a documentos constantes dos autos do processo reputados como confidenciais por conterem segredos de negócio. 2.1. O direito de consulta do processo ou de acesso aos documentos constantes dos autos processuais. 2.2. Os segredos de negócio e as confidencialidades. 2.3. As confidencialidades por segredo de negócio *vs.* os direitos de defesa do arguido. 2.4. A conciliação possível? 3. Considerações finais.

¹ Jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As posições expressas neste artigo são da estrita responsabilidade da autora, não vinculando, por conseguinte, a Autoridade da Concorrência. O presente estudo corresponde a uma versão actualizada do essencial do relatório preliminar de acesso ao Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito (Escola de Lisboa) da Universidade Católica Portuguesa, elaborado sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva, a quem agradecemos, desde já, a disponibilidade e o incentivo permanentes.

1. ENQUADRAMENTO E OBJECTO DO PRESENTE ESTUDO – BREVES NOTAS

1.1. O direito das contra-ordenações e a ciência do direito e processo penal

O objectivo do presente estudo consiste, primacialmente, em analisar e aclarar o regime jurídico que regula os segredos de negócio e a classificação dos mesmos como confidenciais no âmbito das contra-ordenações da concorrência, confrontando-o com os direitos de defesa dos arguidos nos respectivos processos. A matéria ora em foco assume um maior relevo no âmbito de uma abordagem de índole tendencialmente pragmática, já que as maiores dificuldades inerentes ao tratamento da mesma fazem-se, sobretudo, notar ao nível da aplicabilidade do próprio regime, designadamente no que respeita, desde logo, à definição de segredos de negócio num caso em concreto, aos requisitos e aos procedimentos da reputação como confidenciais dos documentos onde esses elementos que constituem segredos de negócio se inserem e à conciliação destas confidencialidades com os direitos de defesa dos arguidos, como veremos de seguida.

Trataremos, assim, nesta sede, de uma temática que se insere, especificamente, na matéria das contra-ordenações da concorrência. Neste sentido, daremos aqui por adquiridas as posições defendidas pela generalidade da Doutrina que tem vindo a debruçar-se sobre a mencionada matéria (na sua enorme maioria, aliás, penalista), abstendo-nos de explanar as questões relativas à natureza e à definição das contra-ordenações (designadamente a discussão concernente à sua inclusão no Direito Penal ou no Direito Administrativo).

Nesta medida, partiremos de uma orientação segundo a qual, como salienta José Lobo Moutinho, “*o pano de fundo normativo sobre o qual se recorta o Direito das contra-ordenações é o Direito e processo penal, assim também o fundo doutrinário sobre o qual importará compreendê-lo será a Ciência do direito e processo penal*”².

2 Vide Moutinho, 2008: 57 e ss. Para maiores desenvolvimentos ao nível da dogmática do direito contra-ordenacional, vide Correia, 1998: 3-18; Figueiredo Dias, 1998a: 19-34; Costa Andrade, 1998: 75-108; Faria Costa, 1998: 109-145; Pedrosa Machado, 1998: 145-209; Costa Pinto, 1998b: 209-276. Sobre a inclusão do Direito das contra-ordenações nos ramos do Direito Penal ou do Direito Administrativo, vide, por todos, Lumbrals, 2006: 29 e ss.

1.2. A regulação económica e a concorrência

De forma bastante sintética e dando, também aqui, como adquiridas diversas concepções jurídicas às quais será feita menção ao longo deste texto, abordaremos, de seguida, as matérias relativas à regulação da economia e à concorrência, em geral, por forma a efectuar um abreviado mas sempre dogmaticamente útil enquadramento ao tema que pretendemos que seja o centro da análise que desenvolveremos ao longo do presente trabalho, o qual enunciámos acima.

Pode afirmar-se que, no que concerne ao tema da regulação, há que atentar à evolução política desenvolvida desde o final do século passado, sobretudo a partir da década de oitenta, na economia europeia, a qual assistiu ao afastamento dos poderes públicos dos respectivos Estados da vida económica, os quais deram lugar à iniciativa privada, tendo os Estados intensificado as suas funções de controlo na economia, passando a desempenhá-la enquanto reguladores³.

Partindo do conceito adoptado por Santos, Gonçalves & Marques (2006: 207), podemos definir a regulação pública da economia como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direcções socialmente desejáveis”⁴.

Nesta senda, o Estado criou entidades reguladoras com vista a assegurar o correcto e eficiente funcionamento do mercado, designadamente para garantir a existência de concorrência no mesmo. Estas entidades assumiram as formas de Institutos Públicos ou de Entidades Administrativas Independentes ou Autoridades Administrativas Independentes (AAI), inserindo-se a Autoridade da Concorrência (AdC) nestas últimas, como veremos adiante, no ponto seguinte desta exposição. Estas, para cumprirem as finalidades do Estado, dispõem de poderes regulamentares, sancionatórios e de supervisão,

3 A propósito desta evolução e do papel do Estado na regulação, vide Santos, Gonçalves & Marques, 2006: 124 e ss.; Paz Ferreira, 2002: 393 e ss.; Saldanha Sanches, 2000: 5-22; Moreira, 1997: 34 e ss.; Vasconcelos, 2000: 162-171; Capitão Ferreira, 2004: 9 e ss. Especificamente sobre a função do Estado na regulação dos mercados em concorrência, Böge, 2007: 345-350.

4 Também sobre a regulação do Estado e para maiores desenvolvimentos, vide Gonçalves, 2000: 535-537.

caracterizando-se por ser pessoas colectivas de direito público que gozam de independência orgânica, funcional e financeira⁵.

De entre as áreas de regulação pública, destaca-se a regulação da concorrência, esta de carácter transversal a toda a economia. A concorrência é um bem constitucional, consagrando a alínea *f*) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), como incumbência prioritária do Estado, no plano económico, “*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolista e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”⁶⁻⁷.

A génese da regulação *antitrust* encontra-se nos Estados Unidos da América. Foi o *Sherman Act* que, em 1980, consagrou normas jurídicas específicas para regular a disciplina da concorrência, matéria que, aliás, se encontra entre as normas de carácter constitucional material naquele país⁸.

A regulação da concorrência foi, sucessivamente, alastrando por todo o mundo, tendo o direito da concorrência passado a ser, desde logo, um dos ramos fundamentais do ordenamento jurídico comunitário (a nível comunitário, a política de concorrência é instrumental para construir o mercado comum) e, conseqüentemente, aplicável em Portugal, enquanto Estado-membro da União Europeia (UE)⁹. O sistema jurídico nacional acolheu uma primeira tentativa de consagração de um conjunto de normas a regerem a matéria da concorrência através do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, o qual nunca teve verdadeiramente aplicação. O primeiro regime legal de defesa da concorrência a vigorar, efectivamente, em Portugal, aprovado

5 Para maiores esclarecimentos quanto às AAI, *vide* Blanco de Moraes, 2001: 101-154; Costa e Silva, 2006: 541-569; e Cardoso, 2002: 245 e ss.

6 Para Gomes Canotilho, 2007: 969-970, “*a tarefa de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados (al. f), de modo a garantir desde logo a equilibrada concorrência entre as empresas, constitui a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência, que são um dos princípios essenciais da ordem jurídica comunitária*”.

7 Sobre as especificidades da concorrência no domínio da regulação, *vide* Kirchner, 2004: 306-320.

8 No que respeita à origem e ao desenvolvimento do direito e da política da concorrência, *vide* Moura e Silva, 2008: 32 e ss.; Motta, 2004: 1 e ss.; Lopes Rodrigues, 2005: 19-118; Neumann, 2002: 47-98; Gerber, 1998: 16-42; Sobral & Ferreira, 1985: 71 e ss.

9 Sobre o direito comunitário da concorrência, *vide* Wish, 2005: 49 e ss.; e Gerber, 1998: 334-416; para uma perspectiva comparatística no que respeita à implementação da disciplina da concorrência em diversos Estados-membros da UE, *vide* Ammammatti, 1998. Para desenvolvimentos acerca da globalização das políticas de concorrência, *vide* Martin, 2004: 16-64; Basedow, 2004: 321-338; e Wish, 2005: 427-452, o qual se refere à dimensão internacional da política da concorrência.

já na iminência da entrada do país na Comunidade Europeia, foi o contido no Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro (o qual seguia a tramitação prevista no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, doravante designado pela usual denominação RGCO). Este veio a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 37/93, de 29 de Outubro, o qual só veio ser revogado com a aprovação e a entrada em vigor da actual Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência ou LdC)¹⁰.

Mas, afinal, o que deve entender-se por concorrência? Em termos muito amplos, poderia definir-se concorrência como a situação de competição entre dois sujeitos económicos ou sectores económicos com o fito de produzir ou comprar nas melhores condições¹¹.

Mais detalhadamente e nas palavras de Mateus, a concorrência “é o mecanismo básico de funcionamento da economia de mercado. É o mecanismo em que cada empresa decide autonomamente das suas concorrentes as variáveis sob o seu controlo, tais como preços, quantidades, investimentos, mercados geográficos e de clientes, actividades de marketing, de forma a maximizar o lucro dessa mesma empresa. Através deste mecanismo dá-se a descentralização das decisões de produção, investimento e consumo dos diversos produtos e serviços que satisfazem as necessidades humanas, segundo a alternativa mais eficiente, tendo em conta a restrição da escassez de recursos”¹². “A defesa/promoção da concorrência estabelece um conjunto de regras do jogo da concorrência de forma a que se preserve o funcionamento eficiente do mercado e os incentivos daí decorrentes para o comportamento dos agentes económicos, nomeadamente das empresas”¹³.

1.3. A Autoridade da Concorrência

Para defender e fomentar, precisamente, a concorrência, foi criada a AdC – pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro (diploma legal que aprova, também, os Estatutos da AdC e o qual designaremos, daqui por diante, por Estatutos da AdC) –, sendo esta “uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira”, tendo por missão “assegurar a aplicação das regras de concor-

10 Vide Severino, 2006: 125-151; Moura e Silva, 2008: 41 e ss. Acerca da origem e do desenvolvimento da política da concorrência em Portugal, vide Guerra, 1997; e Xavier, 1970: 87-182.

11 Vide Sousa Franco, 1998: 1240.

12 Vide Mateus.

13 Vide Mateus, 2007: 11.

rência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores” (artigo 1.º dos Estatutos da AdC).

No desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe, nos termos do artigo 7.º dos seus Estatutos, de poderes sancionatórios (nomeadamente a investigação de práticas anti-concorrenciais e a instrução e a decisão dos respectivos processos, com a aplicação das correspondentes sanções legalmente previstas), poderes de supervisão – designadamente a instrução e a decisão de procedimentos de controlo prévio de operações de concentração de empresas ou procedimentos relativos à compatibilidade de acordos entre empresas com as regras da concorrência – e poderes de regulamentação (como a aprovação ou a proposta para aprovação de regulamentos e a emissão de recomendações ao Governo).

A capacidade jurídica da AdC abrange todos os direitos e obrigações necessários à prossecução das suas atribuições, gozando de capacidade judiciária activa e passiva (artigo 5.º dos Estatutos da AdC), estando as suas decisões sujeitas a controlo judicial, nos termos do artigo 50.º da LdC¹⁴⁻¹⁵.

1.4. As contra-ordenações da concorrência

As infracções à LdC estão tipificadas como contra-ordenações, prevendo-se a aplicação de coimas a título de sanção¹⁶.

O artigo 19.º da LdC estabelece o regime aplicável aos processos sancionatórios da concorrência. Dispõe este preceito legal que, *“sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código do Procedimento Administrativo [...], bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social [...]*”. A propósito deste artigo da LdC, escreve Men-

14 Refira-se que o regime de recurso dos processos contra-ordenacionais da AdC deve ser efectuado junto do TCL e rege-se pela Secção I do Capítulo V da LdC e, subsidiariamente, pelo RGCO, que, por sua vez, remete para o CPP, como já vimos (artigo 49.º da LdC).

15 Para um desenvolvimento sobre a matéria do controlo judicial das AAI, vide Maçãs, 2006: 21-49; Maçãs, Catarino & Costa, 2004: 319-444; Albuquerque & Albuquerque, 2004: 249-285; Ferrão, 2007: 601-637.

16 Estando, também, previstas, em determinados casos, a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias, nos termos do disposto no artigo 46.º da LdC e a aplicação de sanções acessórias, conforme o disposto no artigo 45.º do mesmo diploma legal.

des Pereira (2009: 265-266) que “*é uma das disposições mais bizarras da LdC, tendo a sua utilidade vindo a ser posta directamente em causa pela jurisprudência do TCL, o que não surpreende. Com efeito, este preceito parece corresponder a um assomo de excesso de zelo por parte do legislador que, de um só passo, determina de modo extraordinariamente confuso a aplicação simultânea de uma multiplicidade de regimes a uma mesma realidade, sem sequer levar em conta o teor do art. 22.º deste mesmo diploma, por força do qual se aplica subsidiariamente às práticas proibidas pelos arts. 4.º, 6.º e 7.º o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social*”¹⁷.

A jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) veio já clarificar esta matéria no sentido de afastar a aplicação do Código do Procedimento Administrativo (CPA) nos processos contra-ordenacionais da concorrência¹⁸: “*Fica, assim, claramente definida a posição do TCL no sentido de que, apesar do que dispõe o art. 19.º, o CPA não é aplicável no âmbito de processos contra-ordenacionais, num notável exemplo de interpretação abrogante que cremos, aliás, justificada*”¹⁹⁻²⁰.

O *supra* citado artigo 22.º da LdC, no seu n.º 1, estabelece que, no que concerne aos processos relativos às práticas proibidas pelos artigos 4.º, 6.º e 7.º desta Lei, deve aplicar-se o regime especificamente consagrado neste diploma legal e, subsidiariamente, as normas processuais constantes do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social²¹.

Neste domínio, cumpre não olvidar que no âmbito do RGCO aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Penal (CPP), conforme dispõe o n.º 1 do artigo 41.º daquele diploma. O regime pelo qual se rege a matéria das contra-ordenações da concorrência tem vindo a ser designado pela Doutrina através de expressões diversas, tais como dupla subsidiariedade, subsidiariedade mediata ou subsidiariedade em cascata, que em comum acarretam uma clara chamada de atenção por parte dos respectivos Autores para a complexidade e a dificuldade acrescidas que o mesmo impõe²².

17 Moura e Silva, 2008: 163, refere-se ao artigo 19.º da LdC como “*uma curiosa disposição*”.

18 Vide Sentença do 2.º Juízo, de 15/02/2007, Processo n.º 766/06.4TYLSB.

19 Mendes Pereira, 2009: 265-266; e, no mesmo sentido, Moura e Silva, 2008: 163.

20 Sobre a espécie e o resultado da interpretação abrogante, vide Castro Mendes, 1994: 233 e ss.; e Galvão Telles, 1997: 184 e ss.

21 Vide Severino, 2006: 125-151; Dantas, 2007: 99-110.

22 Referindo-se às “*remissões em cascata*”, Moura e Silva, 2008: 163; reportando-se “*ao plano mediata de subsidiariedade*”, Morais, 2009: 99 e ss.; defendendo uma dogmática autónoma do direito contra-

O n.º 2 do artigo 22.º da LdC impõe a aplicação do regime previsto no seu n.º 1, com as necessárias adaptações, “aos processos por infracção aos artigos. 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia” (actuais artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, adiante TFUE) quando as práticas restritivas em causa sejam susceptíveis de afectar o comércio intra-comunitário. Para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, importa considerar o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE (doravante designado por Regulamento (CE) n.º 1/2003)²³⁻²⁴.

Os princípios contidos no RGCO e, como tal, aplicáveis aos procedimentos sancionatórios levados a cabo pela AdC encontram-se, desde logo, plasmados nos artigos 2.º e 3.º do diploma legal em referência. O artigo 2.º do RGCO consagra os princípios da legalidade e da tipicidade, sendo uma norma idêntica à que consta do n.º 1 do artigo 1.º do Código Penal (CP). Encontra-se aqui, também, estabelecido o princípio da não retroactividade da lei contra-ordenacional, princípio que se encontra, ainda, subjacente ao artigo 3.º do RGCO, o qual verte uma concretização do disposto no artigo 29.º da CRP²⁵⁻²⁶.

-ordenacional da concorrência, *vide* Lopes Rodrigues, 2008: 114, para quem o vigente regime processual nesta matéria “[...] tem vindo a proporcionar uma ‘entropia litigante’ ‘com custos para a sociedade, a certeza e segurança jurídicas, a confiança dos cidadãos e a competitividade da economia’”; a defender, também, uma reforma do actual regime, ao qual aponta diversas críticas negativas, Veloso, 2005: 29-106; Sousa Mendes, 2009: 705-720. Para este Autor, “[...] é preciso cortar as amarras com o direito penal e o direito de mera ordenação social”. A pugnar pela redefinição do papel processual das entidades reguladoras e por uma diferenciação entre duas grandes modalidades de contra-ordenações de acordo com a gravidade das mesmas, Costa Pinto, 2009: 681-692; seguido, com algumas vicissitudes, por Bolina, 2009: 737-771.

23 JO n.º L 1, de 04/01/2003, 1 a 25.

24 Para aprofundar esta matéria, *vide* Ferro, 2007: 271-352, que esclarece, à partida, que “a aplicação do Direito Comunitário da Concorrência é obrigatória, tanto para a Autoridade da Concorrência como para os tribunais nacionais (confrontados com casos em que se suscitem questões desta natureza), sempre que estiver preenchido o critério de afectação do comércio entre Estados-Membros, nos termos traçados pela jurisprudência comunitária. Além disso, da sua aplicação resultam várias consequências importantes, de interesse tanto para as autoridades que o apliquem como para as partes ou empresas em causa” (273); *vide*, também, Soares, 2006: 175-202; Greaves, 2007: 31-40.

25 Neste sentido, *vide* Pereira, 2005: 29-32; e Mendes e Cabral, 2004: 29-33.

26 Para maiores desenvolvimentos acerca destes princípios, *vide* Figueiredo Dias, 2004a: 161 e ss.; Marques da Silva, 2001: 237 e ss.; Beleza, 1998: 48 e ss.; Cavaleiro de Ferreira, 1992: 93 e ss.; Correia, 2007: 153 e ss.; Muñoz Conde e García Aran, 2007: 136 e ss.; Roxin, 1997: 134 e ss.

1.4.1. *Os direitos de defesa do arguido nos processos sancionatórios da concorrência no ordenamento jurídico português*

O artigo 26.º da LdC reporta-se à instrução dos processos relativos a práticas *antitrust*. Esta fase do processo tem lugar quando terminam as diligências de investigação no âmbito do inquérito previsto no artigo 24.º deste diploma legal, tendo esta investigação permitido à AdC concluir pela existência de indícios suficientes da prática de um ilícito jusconcorrencial (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 25.º da LdC). Nesta sede, a instrução do processo inicia-se com a notificação (a qual deve ser feita nos termos do artigo 23.º da LdC) ao arguido de uma tomada de posição formal da AdC no sentido de considerar que recolheu indícios suficientes de infracção às regras da concorrência, a qual é usualmente designada por nota de ilicitude (equivalente à acusação em processo penal), na qual a AdC identifica o arguido e lhe imputa os factos apurados, subsume-os no direito aplicável e indica as sanções aplicáveis às práticas em causa e fixa-lhe um “*prazo razoável*” para se pronunciar (n.º 1 do artigo 26.º da LdC)²⁷⁻²⁸.

Neste contexto, a instrução destina-se a assegurar os direitos de audiência e de defesa do arguido, dando cumprimento ao princípio do contraditório consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da CRP²⁹, sendo que, no domínio do regime aplicável aos ilícitos de mera ordenação social, os direitos de audição e de defesa do arguido estão previstos no artigo 50.º do RGCO.

O n.º 10 do artigo 32.º da CRP determina que, “*nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa*”. Gomes Canotilho (2007: 526) salienta que, por força desta disposição legal, “[...] *o direito de audiência e defesa deve considerar-se inerente a todos os procedimentos sancionatórios, incluindo os de natureza privada (disciplina laboral, disciplina das organizações colectivas, etc.), como regra inerente à ordem jurídica de um Estado de direito*”. Miranda & Medeiros (2005: 617) preconizam, em comentário à CRP, que “*o n.º 10 garante aos arguidos*

27 De acordo com a jurisprudência fixada pelo Assento n.º 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça (publicado em Diário da República, 1.ª Série-A, de 25.01.2003), o prazo de pronúncia fixado à(s) arguida(s) não poderá ser inferior a 10 dias.

28 Preconizando a equivalência entre a denominada nota de ilicitude nas contra-ordenações da concorrência e a acusação no processo penal estão as sentenças do TCL no Processo n.º 766/06.4TYLSB, de 15/02/2007; e no Processo n.º 965/06.9TYLSB, de 02/05/2007, ambas do 2.º Juízo deste Tribunal.

29 Como faz notar Mendes Pereira, 2009: 218, é “*aqui, aliás, a primeira vez que ao longo da LdC se utiliza a expressão ‘arguidas’*”.

em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção [...] sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender”.

Teremos de recorrer à doutrina sedimentada no âmbito do direito processual penal para aferirmos do conteúdo do direito de defesa do arguido. Germano Marques da Silva esclarece que “o direito de defesa do arguido abrange o direito de se pronunciar sobre o objecto total da acusação, sobre a prova produzida e sobre as normas aplicáveis, mas também o direito de participar activamente na produção de prova, quer oferecendo prova, quer participando na produção da prova oferecida pela parte contrária ou oficiosamente determinada”, fazendo, ainda, notar que não “[...] parece despiciendo relembra que o direito de defesa não é um favor ao arguido, mas um seu direito, direito tão relevante e essencial que é garantido constitucionalmente, e o seu respeito no processo é não só do interesse do próprio arguido, mas também da Justiça, o que é o mesmo que dizer da comunidade inteira”³⁰. Tratando-se, como salientam Figueiredo Dias & Costa Andrade (1992: 273-292) de “um direito fundamental [...], consabidamente outro dos esteios basilares do Estado de Direito e outras das instituições irrenunciáveis da nossa arquitectura constitucional”.

O direito de defesa do arguido decorre, desde logo, da própria estrutura acusatória do processo criminal, o qual dá ao mesmo a característica de processo de partes e coloca o acusador e o acusado em posições de igualdade (a denominada igualdade de armas). A estrutura acusatória tem subjacentes diversos princípios que regem esta matéria, como o princípio do contraditório (n.º 5 do artigo 32.º da CRP). Este princípio concretiza-se em vários direitos processuais do arguido, os quais integram, como tal, a sua defesa. De entre os referidos direitos processuais do arguido destacam-se, em geral, o direito de consulta do processo, o direito de obter extractos, cópias ou certidões dos autos do processo (embora possam existir, em determinados casos, alguns limites, veja-se o n.º 2 do artigo 89.º do CPP), e o direito a ser ouvido,

³⁰ Vide Marques da Silva, 1999: 281-295.

ficando excluída qualquer possibilidade de existir uma condenação com base em elementos de prova que não tenham sido discutidos em audiência³¹.

No domínio da análise em foco, cumpre clarificar como deverá ser entendido o direito de defesa nos processos de mera ordenação social. O Tribunal Constitucional (TC) pronunciou-se já, por diversas vezes, sobre o conteúdo do direito de defesa do arguido no direito contra-ordenacional e sobre as diferenças do mesmo em face dos direitos de defesa do arguido em processo penal, tendo sempre concluído que a diferente natureza dos ilícitos e a menor ressonância ética dos ilícitos de mera ordenação social fazem com que as garantias em ambos os regimes não tenham de ser iguais, sem prejuízo de haver um núcleo essencial e intocável de respeito pelo princípio do contraditório.³²⁻³³

Neste sentido, conclui-se que, no âmbito dos processos sancionatórios da concorrência, o núcleo essencial das garantias de defesa do arguido deve ser sempre respeitado, designadamente no que se reporta ao cumprimento do princípio do contraditório.³⁴

31 Para um maior desenvolvimento destas temáticas, *vide* Marques da Silva, 1988: 163-177; Marques da Silva, 2000: 58 e ss.; Figueiredo Dias, 2004b: 136 e ss.; Costa Pinto, 1998a: 220 e ss. Para Pinto de Albuquerque, 2007: 187-188, o direito do arguido a todas as garantias de defesa em processo penal corresponde, desde logo, ao direito a um processo equitativo tanto por força das normas consagradas na CRP como por imposição da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH – (n.º 4 do artigo 20.º da CRP e n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, respectivamente) e abarca o direito ao silêncio; o direito à igualdade de armas; o direito ao contraditório; o direito de dispor de tempo e de meios necessários para a preparação da defesa; o direito de apresentar prova em sua defesa e contestar a prova da acusação; o direito à imediação; o direito de ser informado dos seus direitos; o direito de falar livre na sua pessoa e de não prestar juramento; e o direito a tradutor gratuito.

32 Destaca-se o Acórdão n.º 278/99 do TC, de 05/05/1999, cuja construção jurisprudencial foi seguida em diversos outros arestos deste Tribunal, como no Acórdão n.º 659/2006, de 28/11/2006, no qual é efectuada uma enumeração de exemplos de elementos que incorporam o processo penal que não encontram justificação no processo contra-ordenacional (disponíveis no *Website*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, acedido em 25/05/2009). A posição ora vertida reflecte a doutrina que preconiza que a menor ressonância ética dos ilícitos contra-ordenacionais os subtrai às mais rigorosas exigências de determinação válidas para os ilícitos criminais, *vide* Palma & Otero, 1997: 557- 591.

33 Relativamente aos direitos de defesa do arguido nas contra-ordenações da concorrência pronunciou-se, também, o TCL nas sentenças do 2.º Juízo: Processo n.º 766/06.4.TYLSB, de 15/02/2007; Processo n.º 965/06.9.TYLSB, de 02/05/2007; e Processo n.º 1252/07.0TYLSB, de 11/03/2008.

34 A propósito das garantias de defesa nos processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência, *vide* os diversos estudos constantes do Dossier Temático I – O dever de colaboração e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* – AA.VV., 2010: 119-265.

1.4.2. O direito de defesa no âmbito do direito comunitário da concorrência

Os Tratados que têm regido o ordenamento jurídico comunitário foram, essencialmente, traçados com vista à prossecução de objectivos de índole económica, pelo que tem sido, eminentemente, a construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) a criar um catálogo não escrito de direitos fundamentais³⁵.

Nesta senda, importa referir o Acórdão do TJCE *Hoffman-La Roche*, de 13 de Fevereiro de 1979, o qual veio classificar os direitos de defesa como sendo princípios fundamentais do direito comunitário, *in casu*, no domínio dos processos administrativos conduzidos pela Comissão Europeia que possam conduzir à imposição de sanções³⁶⁻³⁷. Assim, e enquanto princípio geral, deverá impor-se à aplicação das regras da concorrência³⁸.

Como bem nota Pais Antunes (1995: 101), “*no âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência é, em particular, no decurso da fase de investigação das práticas restritivas da concorrência que o conflito entre o exercício eficaz da actividade administrativa e a protecção dos direitos de defesa se coloca de forma mais premente*”, entendendo este Autor que a expressão direitos de defesa verte um direito fundamental que abrange todos os direitos e instrumentos adequados que o administrado pode fazer valer perante a administração (a Comissão Europeia, neste caso).

Neste encadeamento, refere Menezes Cordeiro (2005a: 10-28) que, no plano processual da regulação da concorrência, o acatamento dos direitos fundamentais implica que “*a concretização das diversas regras da concorrência deve operar através de procedimentos regulares, que respeitem o contraditório e a privacidade e dignidade das pessoas envolvidas*”.

Assim, os direitos de defesa em foco devem, desde logo, implicar que o acusado seja informado das acusações que sobre ele impendam, conhecendo todos os elementos em que as mesmas se fundamentam, o que implica ter acesso ao respectivo processo (embora, como veremos *infra*, com limitações)

35 Vide Vilaça, 1999: 415-433, que designa esta construção jurisprudencial como “*um passo decisivo no processo de progressiva «constitucionalização dos tratados» operado pelo Tribunal de Justiça*”.

36 Processo 85/76, *Recueil* p. 511.

37 Cumpre salientar que o respeito pelos direitos de defesa consubstancia um princípio universalmente reconhecido, podendo ser encontrado na grande maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos. A protecção do direito de ser ouvido consta, igualmente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 10.º) e é, concretamente, garantida pela CEDH (artigo 6.º).

38 Vide Pliakos, 1994: 36-37.

por forma a que ele possa ser ouvido e contraditá-las, respeitando o princípio do contraditório ou *audi alteram partem*³⁹.

2. OS DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO NOS PROCESSOS CONTRA-ORDENACIONAIS DA CONCORRÊNCIA E O ACESSO A DOCUMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS DO PROCESSO REPUTADOS COMO CONFIDENCIAIS POR CONTEREM SEGREDOS DE NEGÓCIO

2.1. O direito de consulta do processo ou de acesso aos documentos constantes dos autos processuais

Conforme resulta do *supra* exposto, a consulta do processo e a obtenção de cópias e de certidões dos documentos que constam do mesmo integram os direitos de defesa do arguido e visam possibilitar que este tome inteiro conhecimento dos elementos que fundamentam as práticas que lhe são imputadas por parte da AdC. Ressalva-se, contudo, que estas vertentes dos direitos de defesa do arguido encontram, desde logo, duas limitações de relevo: o segredo de justiça e o segredo de negócio ou comercial.

A natureza e os objectivos do presente trabalho não permitem que nos ocupemos, nesta sede, da análise relativa ao segredo de justiça. Propomos, neste estudo, como explicitámos acima, analisar, de uma forma sistemática, os fundamentos que alicerçam a figura do segredo de negócio e a respectiva confidencialidade que é atribuída aos documentos processuais que contêm elementos ou matérias consideradas como enquadráveis nesta figura, colocando-a, posteriormente, em confrontação com os direitos de defesa do arguido, temática que passaremos a explanar de seguida.

2.2. Os segredos de negócio e as confidencialidades

O segredo de negócio surge mencionado na LdC no n.º 5 do citado artigo 26.º, o qual dispõe que “*na instrução dos processos a Autoridade acautela o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio*”. Contudo, ao longo de todo o diploma legal em referência não é efectuada qualquer clarificação acerca desta figura, da sua definição, ou qualquer outra menção que permita proceder ao seu enquadramento jurídico ou a inferir da mesma as inevitáveis consequências, ao nível de procedimentos, da sua aplicação.

39 Sobre o conteúdo do direito de defesa neste domínio, vide Trayter Jimenez, 1988: 25 e ss.; Due, 1989: 383-396; Bouloc, 1982: 513-541; Saint-Esteben, 1994: 49-65.

Ressalva-se, no entanto, a conexão existente entre o n.º 5 do artigo 26.º da LdC com a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º do mesmo diploma legal, norma que dispõe que, no âmbito das solicitações de documentos e outras informações que a AdC efectue a empresas, associações de empresas ou a quaisquer outras pessoas ou entidades aquando do exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão que lhe estão legalmente atribuídos, as mencionadas empresas às quais foram dirigidas tais solicitações “*deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que consideram confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações*”⁴⁰.

Como destaca Mendes Pereira (2009: 242), “*a exigência constante da alínea d) do n.º 1 (do art. 18.º da LdC) de que, na resposta que dêem a um pedido de informação da AdC, as empresas identifiquem fundadamente as informações que consideram confidenciais e providenciem uma versão não confidencial das mesmas, concretiza o dever de sigilo profissional a que, por força do art. 38.º dos Estatutos, estão obrigados os titulares dos órgãos e pessoal da Autoridade relativamente aos factos que não possam ser divulgados cujo conhecimento lhes advenha pelo exercício das suas funções, e materializa a obrigação da AdC resultante do art. 26.º, n.º 5, da LdC de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio*”⁴¹.

Mais se acrescenta que, no âmbito das informações prestadas à Comissão Europeia e às Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) por força da aplicação do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as mesmas se encontram protegidas pelo dever profissional previsto no artigo 28.º deste Regulamento⁴².

40 Saliente-se que, nos termos do artigo 8.º dos Estatutos da AdC, “*as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições*”. Para maiores desenvolvimentos sobre este matéria, vide Reis Silva, 2007: 59-74.

41 Destaca-se, neste domínio, que a divulgação do teor dos processos contra-ordenacionais a correrem seus termos na AdC poderá corresponder à prática de um crime de violação de segredo de justiça, previsto e punido pela alínea *a*) do n.º 1 do artigo 371.º do CP, nos termos da qual o processos contra-ordenacionais da concorrência estão a coberto do segredo de justiça até à decisão da AdC.

42 Releva, ainda, neste encadeamento, referir o actual artigo 339.º do TFUE (ex- artigo 287.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia – TCE), aplicável a todos os membros das instituições da Comissão Europeia (CE), dos Comitês e a todos os funcionários e agentes da CE no sentido de os obrigar, “*mesmo após a cessação das suas funções, a não divulgar as informações que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional, designadamente as respeitantes às empresas e respectivas relações comerciais ou elementos dos seus preços de custo*”.

As questões relativas às confidencialidades e aos segredos de negócio contidos nas informações fornecidas pelas empresas à AdC e cuja não divulgação aquelas pretendem assegurar suscitam, desde logo, como aflorámos acima, a necessidade de encontrar uma definição para o conceito de segredo de negócio e de delimitar os seus contornos.

A matéria concernente ao segredo de negócio tem vindo a ser tratada, com algum cuidado, a nível comunitário, podendo as diversas abordagens efectuadas a este nível servir de inspiração às soluções, designadamente à *praxis*, a adoptar na ordem jurídica nacional neste domínio. A perfilhação dos entendimentos adoptados no âmbito comunitário tem vindo a ocorrer, antes de mais, no plano decisório dos órgãos judiciais portugueses, aquando da sua intervenção na sindicância desta temática no plano das contra-ordenações da concorrência, como veremos *infra*, o que leva a que, neste campo, a jurisprudência nacional adopte um papel preponderante enquanto fonte de direito. Por outro lado, e em homenagem a uma leitura sistemática e uniforme do ordenamento jurídico português, há que atentar às diversas normas jurídicas que ordenam a matéria relativa ao segredo de negócio, designadamente nos ramos do direito administrativo e do direito comercial, e em que medida essas poderão encontrar reflexo na análise que ora se pretende desenvolver⁴³⁻⁴⁴.

Ora, a nível comunitário, destaca-se, desde logo, o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE (Regulamento (CE) n.º 773/2004), nos termos do qual o direito de acesso aos documentos constantes dos processos no âmbito do exercício dos direitos de defesa do arguido não abrange os segredos comerciais e outras informações confidenciais, documentos internos da Comissão ou dos Estados-membros ou a correspondência trocada entre a Comissão e as ANC (n.º 2 do artigo 15.º)⁴⁵.

Esta matéria foi objecto de um tratamento mais aturado pela Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, dos artigos 53.º, 54.º e

43 Como bem defende Menezes Cordeiro, 2005b: 122.

44 Sublinha Lopes Rodrigues, 2008: 45, que a matéria jusconcorrencial a nível nacional é “*enformada pela síntese de ‘princípios directores’ e ‘corolários estruturantes’ que emergem da ordem jurídica comunitária, síntese essa que desagua no conjunto de normas directamente aplicáveis às empresas e aos próprios Estados, que livremente nela querem participar*”.

45 JO n.º L 123, de 27/04/2004, pp. 18 a 24.

57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (doravante designada por Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo), a qual recorreu à construção jurisprudencial comunitária já desenvolvida sobre o tema⁴⁶.

A Comunicação em foco começa por, na sua parte introdutória, ressaltar que “o acesso ao processo da Comissão constitui uma das garantias processuais destinadas a aplicar o princípio da paridade de meios e proteger os direitos de defesa. O acesso ao processo está previsto nos n.ºs 1 e 2 do art. 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, no n.º 1 do art. 15.º do Regulamento (CE) n.º 77/2004 da Comissão (*‘Regulamento de execução’*), nos n.ºs 1 e 3 do art. 18.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (*‘Regulamento das concentrações’*) e no n.º 1 do art. 17.º do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (*‘Regulamento de execução do Regulamento das concentrações’*)”⁴⁷.

Reportando-se ao acesso aos documentos que integrem os processos de investigação da Comissão Europeia em matéria de concorrência, a Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo esclarece que as partes deverão ter acesso a todos os documentos que constituem esses processos com excepção de documentos internos, dos segredos comerciais de outras empresas ou de outras informações confidenciais⁴⁸.

Cingindo-nos, nesta sede, às informações reputadas como confidenciais por conterem segredos comerciais, a Comunicação em causa estabelece que constituem segredos comerciais as informações acerca da actividade das empresas cuja divulgação seja susceptível de as lesar gravemente⁴⁹. Referindo, como exemplos deste tipo, as “*informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber-fazer, métodos de cálculo de custos, segredos e processos de produção, fontes de abastecimento, quantidades produzidas e vendidas, quotas de mercado, listagens de clientes e de distribuidores, estratégia comercial, estruturas de custos e de preços e políticas de vendas*”⁵⁰.

46 Comunicação publicada no JO n.º C 325, de 22 de Dezembro de 2005, 7 e ss.

47 Vide ponto 1 da Comunicação em referência.

48 Vide ponto 10 desta Comunicação. Também o n.º 2 do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 regula esta matéria em sentido semelhante.

49 Acórdão TJCE, de 24/06/1986, Processo C-53/85, *AKZO Chemie BV/Comissão*, Col. 1986, 1503 e ss.; Acórdão Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPICE), de 18/09/1996, Processo. T-353/94, *Postbank NV/Comissão*, Col. 1996, II-921 e ss.

50 Vide ponto 18 da Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo.

Relativamente ao procedimento que deverá ser adoptado para que as informações que contenham segredos de negócio sejam classificadas como confidenciais, dispõe esta Comunicação que devem ser as respectivas pessoas ou empresas a apresentar um pedido para o efeito junto da Comissão. Tal pedido deve identificar claramente os dados considerados confidenciais e expor os motivos invocados para alegar que uma informação constitui um segredo comercial. Devem, ainda, estas pessoas ou empresas fornecer uma versão não confidencial de tais informações, em separado⁵¹.

Ressalva a Comunicação em foco que *“as informações relativas a uma empresa que são já conhecidas fora da empresa (no caso de um grupo, fora do grupo) ou fora da associação a que foram comunicadas por essa empresa não serão consideradas confidenciais. As informações que perderam importância comercial, por exemplo devido ao tempo que decorreu, não podem continuar a ser consideradas confidenciais. Regra geral, a Comissão presume que as informações relativas ao volume de negócios, às vendas e às quotas de mercado das partes e outras informações semelhantes que datam de há mais de cinco anos deixaram de ser confidenciais”*⁵²⁻⁵³.

Focando, agora, o panorama existente na ordem jurídica nacional, o segredo de negócio merece assento em legislação diversa, *maxime* no domínio de diplomas legais aplicáveis no quadro das jurisdições administrativa e comercial. Destacaremos, de seguida, alguns destes diplomas que assumem maior relevo para o esclarecimento das questões em análise.

Desta forma, cumpre salientar – com particular relevo no que se reporta à natureza jurídica da AdC que, como verificámos *supra*, é uma AAI – que o segredo de negócio ou comercial tem vindo a ser destacado pela doutrina jus-administrativista que se tem debruçado sobre esta temática como uma excepção ou uma restrição ao princípio da transparência e ao direito de acesso à informação que devem imperar no âmbito da actividade da Administração Pública⁵⁴.

51 Vide pontos 21, 22 e 35 da citada Comunicação.

52 Vide ponto 23 desta Comunicação.

53 Todavia, salienta-se na Comunicação em referência, na senda do Acórdão TJCE, de 29/10/1980, Processos apensos 209 a 215 e 218/78, *Fedetab*, Col. 1980, pp. 3125 e ss., que os segredos comerciais ou outras informações confidenciais fornecidos a uma associação comercial ou profissional pelos seus membros não perdem a sua natureza confidencial em relação a terceiros e, conseqüentemente, não poderão ser transmitidos aos autores da denúncia.

54 Neste sentido, vide Condesso, 1995: 333 e ss.; Gonçalves, 2002: 129 e ss.; e Veiga, 2007: 79 e ss. Destaca-se, neste âmbito, tal como refere Figueiredo Dias, 2001: 615-653, que *“uma das tendências mais fortes do direito administrativo e da vida da Administração Pública nas últimas décadas é a ‘abertura’*

Neste encadeamento, destaca-se, desde logo, o n.º 2 do artigo 62.º do CPA, preceito que afasta o direito de informação dos administrados legitimamente interessados em determinado processo quando o mesmo “*contenha documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica*”, indo o n.º 2 do artigo 63.º deste diploma legal no mesmo sentido, agora no que concerne especificamente à passagem de certidões⁵⁵.

Assume aqui extrema importância o regime jurídico plasmado na Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA). Regulando, especificamente, o acesso aos documentos administrativos, os quais são definidos na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 3.º deste diploma legal como “*qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, electrónica ou outra forma material*” na posse ou detido em nome de órgãos e entidades que integrem a Administração Pública ou que exerçam funções administrativas ou poderes públicos.

desta à participação dos cidadãos e da comunidade política em especial, o que passa por garantir de forma efectiva o direito à informação dos administrados. Uma das diferenças mais significativas entre a forma clássica da Administração Pública e a nova Administração do Estado Social de Direito traduz-se em aquela ser uma ‘Administração autoritária, fechada sobre si, decidindo em segredo’, ao passo que esta é uma ‘Administração aberta, agindo com publicidade e com comunicação para o exterior’. Neste mesmo sentido, Miranda, 1988: 457-462, salientava já que esta ‘nova Administração’ do Estado social traduz-se, desde logo, em três aquisições principais: na do direito de informação dos administrados quantos aos actos ou providências que lhes digam respeito; na do dever dos órgãos da Administração de fundamentação ou motivação das suas decisões (ou, pelo menos, das que contendam com interesses dos cidadãos); e na de diferentes modalidades de participação e de colaboração dos administrados, individualmente ou em grupos ou comunidades, na própria gestão de serviços”. Importa mencionar que a CRP consagra o princípio da liberdade de informação – o qual engloba o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos, discriminações ou censura – no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 37.º, estando aqui em causa o princípio da transparência administrativa, nos termos do qual todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos sobre os actos das entidades públicas, assegurado pelo n.º 2 do artigo 48.º. Como explicita Gonçalves, 2002: 13, estes preceitos estão incluídos no Capítulo I da CRP (direitos, liberdades e garantias), mais especificamente no título II (direitos, liberdades e garantias) da parte I (direitos e deveres fundamentais), “*o que implica que sejam directamente aplicáveis, vinculando todas as entidades, só podendo ser restringidos nos casos expressamente previstos na própria lei fundamental, para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos constitucionalmente*”.

Refira-se, ainda, que a consagração constitucional do “*direito de acesso aos arquivos e registos administrativos*” (n.º 2 do artigo 268º da CRP) ocorreu, no seguimento da referida abertura ao nível da relação entre a Administração e os administrados que vinha a ser acolhida nas versões anteriores da Lei Fundamental, com a revisão constitucional de 1989. Ao desenvolver esta matéria, Gonçalves, 2002: 14, conclui que “*A doutrina e a jurisprudência consideram que o direito previsto no art. 268.º n.º 2 da Constituição tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, sendo-lhe por isso aplicável o respectivo regime (art. 17.º)*”.

55 Salienta Figueiredo Dias, 2001: 625, que “*a legislação ordinária não deixou, de resto, de densificar tais limites: em face do CPA é claro que o direito de informação (e as diversas faculdades em que ele se desdobra) não goza de uma protecção absoluta. E tal acontece, desde logo, porque a sua satisfação plena sacrificaria outros direitos e valores constitucionais de igual (ou até maior) valia. Os exemplos desses limites são diversos, devendo sobretudo destacar-se os previstos no n.º 1 do artigo 62.º e no n.º 2 do artigo 63.º, no que toca ao direito à informação procedimental [...]*”.

Esta Lei restringe o direito de acesso a estes documentos, dispondo o n.º 6 do seu artigo 6.º que “*um terceiro só tem direito de acesso a documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa se estiver munido de autorização escrita desta ou demonstrar interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade*”. Estabelecendo, ainda, o n.º 7 deste preceito legal que “*os documentos administrativos sujeitos a restrições de acesso são objecto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada*”.

No domínio da disciplina do acesso aos documentos da Administração Pública, cabe realçar o papel da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA)⁵⁶. Esta Comissão é uma entidade administrativa independente, que funciona junto da Assembleia da República, à qual cabe zelar pelo cumprimento das disposições da LADA (n.º 1 do artigo 25.º deste diploma). As competências da CADA estão previstas no artigo 27.º da LADA, devendo destacar-se, neste contexto, as competências referenciadas nas alíneas *b)* e *c)*: a apreciação de queixas que lhe sejam apresentadas por interessados aos quais tenha sido negado ou restringido o acesso a documentos da Administração Pública e a emissão de pareceres sobre o acesso aos documentos administrativos, a solicitação dos órgãos e entidades mencionados no artigo 4.º do citado diploma⁵⁷.

A este propósito, e reportando-nos às actividades da AdC, esclareça-se que esta, sendo uma AAI, deverá estar abrangida pela alínea *g)* do n.º 1 do artigo 4.º da LADA: “*outras entidades no exercício de funções administrativas ou de poderes públicos*”, aplicando-se-lhe o regime jurídico previsto nesta Lei. No entanto, e como veremos de seguida, há que atentar a diversas especificidades no que respeita aos processos sancionatórios desenvolvidos pela AdC.

Foquemos, neste seguimento, o Parecer n.º 247/2008 da CADA⁵⁸. Ora, o Parecer em foco teve origem numa solicitação da AdC, a qual desencadeava,

56 A CADA foi criada pelo artigo 18.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto (alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho e pela Lei n.º 19/2006, de 12 de Julho), a qual consagrava o anterior regime legal de acesso aos documentos administrativos, regendo-se agora pelos artigos. 25.º e ss., da LADA actualmente em vigor.

57 A generalidade da Doutrina não tem dúvidas em considerar a natureza meramente consultiva, logo não vinculativa, dos Pareceres emitidos pela CADA. *Vide*, por todos, Gonçalves, 2002: 203-205.

58 Processo n.º 327/2008, de 18/09/2008. Disponível em: <http://www.cada.pt/uploads/Pareceres/2008/247.pdf>, acedido em 01/06/2009.

desde logo, a questão de saber se o regime consagrado na LADA seria, ou não, aplicável a um processo contra-ordenacional sujeito aos trâmites previstos na LdC. Partindo do princípio geral de acesso aos documentos administrativos consagrado no artigo 5.º da LADA, vem o douto Parecer esclarecer que “os processos de contra-ordenação, elaborados e detidos pela Administração Pública [...] são documentos administrativos [...]. Em relação à consulta de processos devem ser diferenciadas as diversas ‘fases processuais’ do processo de contra-ordenação. Enquanto o processo se encontrar em segredo de justiça o acesso aos documentos é regulado por ‘legislação própria’ [...], isto é, pelas disposições do Código de Processo Penal [...]. Depois de o processo deixar de estar em segredo de justiça – e se este ainda se tiver mantido em poder da Administração ou se esta, apesar disso, ainda tiver na sua posse os elementos documentais solicitados – são aplicáveis as regras do direito de acesso constantes da LADA. Terá que ser apurada, em concreto, a natureza dos documentos a que o terceiro pretende aceder ou dos quais pretende obter certidão”⁵⁹. Apelando, desta forma, ao n.º 2 do artigo 6.º que dispõe que “o acesso a documentos referentes a matérias em segredo de justiça é regulado por legislação própria”⁶⁰.

Aprofundando as subsequentes questões colocadas pela AdC, as quais respeitam, grosso modo, à conciliação do “direito de acesso dos interessados aos documentos administrativos com a circunstância de estes conterem informação de natureza confidencial, em particular por respeitarem à vida interna e a segredos de negócios das empresas”, vem o Parecer em causa elucidar que a matéria dos “segredos de empresa” constitui uma das restrições ao direito de acesso aos documentos administrativos (n.º 6 do artigo 6.º da LADA), salientando que a CADA “tem entendido que o relevo dado aos segredos das empresas se funda na convicção de que ‘o segredo é a alma do negócio’, cobrindo, por isso, tal segredo aquela informação cuja divulgação poderia provocar consequências graves”. Mais se

59 Vide p. 4 do Parecer em referência. O presente Parecer remete, ainda, para anteriores Pareceres da CADA que incidiram já sobre a matéria em análise: o Parecer n.º 91/2001; o Parecer n.º 177/2005; e o Parecer n.º 61/2007, todos acessíveis no Website da CADA (www.cada.pt), consultado em 02/06/2009.

60 Refira-se, como informação complementar, que o n.º 3 do artigo 6.º da LADA contém, ainda, um regime especial de restrição de acesso em relação a documentos constantes de processos. Nestes casos, tal como aclara Veiga, 2007: 141-142, estes documentos apenas podem ser acedidos depois da tomada de decisão; ou após o arquivamento do processo ou depois de contado um ano desde a elaboração do documento. Esclarece o Autor que, “em primeiro lugar, por processos aqui têm de se entender processos não administrativos, na acepção do CPA. Podem ser processos de elaboração normativa, interpretativa do Direito, de estudos circulares, etc.” e que quando a norma refere um ano não obriga a que tenha havido já uma decisão de arquivamento ou outra, reportando-se apenas ao próprio decurso do tempo, visando, desta forma, impedir que a “inércia da administração impeça o princípio da administração aberta”.

aclara que “*integram o conceito de segredos comerciais, industriais ou sobre a vida privada das empresas, por exemplo, ‘os aspectos particulares de financiamento, as previsões de viabilidade e de rendibilidade específicas de uma empresa (privada), as estratégias de captação de clientes ou de desenvolvimento futuro, a identificação de modelos ou de técnicas a seguir no desenvolvimento da actividade’* (cfr. parecer da CADA n.º 38/2005)”⁶¹⁻⁶².

Desde já, podemos retirar do *supra* exposto que aos processos contra-ordenacionais que correm seus termos na AdC não se aplica, como não poderia deixar de ser, o regime geral de acesso aos documentos, dado que nos mesmos terão de ser respeitados os princípios específicos aplicáveis aos processos sancionatórios de natureza contra-ordenacional (e, tal como vimos acima, também por uma via subsidiária, dos ilícitos criminais). Não obstante, resulta também do exposto que o regime jurídico de acesso aos documentos administrativos consagrado na LADA deverá aplicar-se aos documentos que constituam os autos dos processos contra-ordenacionais da concorrência quando estes deixem de ter estas específicas restrições de acesso e os mesmos estejam na disponibilidade, neste caso, da AdC, assim como aos documentos referentes aos processos de controlo de operações de concentração que correm seus termos nesta Autoridade, matéria sobre a qual não caberá debruçarmo-nos nesta sede.

Mais se pode concluir das conclusões retiradas do *supra* citado Parecer que, independentemente de estarmos perante uma situação em que existem documentos na posse ou detidos em nome de órgãos e entidades que integrem a Administração Pública ou exerçam funções administrativas ou poderes públicos quer se insiram, ou não, num processo contra-ordenacional, certo é que, por força dos diversos preceitos legais já citados, os segredos comerciais ou de negócio das empresas envolvidas deverão ser, em geral, preservados, mediante uma adequada ponderação *ad hoc* dos interesses em confronto e sem nunca olvidar que o descerrar desses segredos poderá implicar prejuízos gravosos para as respectivas empresas.

Desta forma, e em face das esclarecimentos até agora plasmadas no presente texto, podemos extrair já diversos contributos para a definição de segredo de

61 Vide pp. 7-9; e p. 11 do Parecer em foco.

62 O Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 14/09/1994, Processo n.º 35663, concluiu que o direito de acesso dos cidadãos à informação contida em documentos administrativos não sofre restrição pelo facto de tais documentos estarem sob segredo comercial ou industrial ou a coberto de normas de protecção do mercado concorrencial (disponível em www.dgsi.pt, acedido em 04/06/2009).

negócio, cumprindo destacar que, e em resumo, deverá considerar-se segredo de negócio toda a informação de uma empresa que, não sendo do domínio público, reveste, em si mesma, um valor económico⁶³.

No ordenamento jurídico português, podemos, ainda, encontrar referência aos segredos de negócio no âmbito da legislação comercial, sendo, mais concretamente, de destacar o Código da Propriedade Industrial (CPI). Este diploma legal, no seu artigo 318.º dispõe que “*constitui um acto ilícito, nomeadamente, a divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo*”. Sendo que, de acordo com o disposto neste preceito legal, esses segredos terão de reportar-se a informações secretas; que tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; e que tenham sido efectuadas diligências consideráveis para as manter secretas⁶⁴.

Também o Código dos Contratos Públicos (CCP), que estabelece o regime aplicável à contratação pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, se refere ao segredo comercial, sem, contudo, o definir. O n.º 1 do respectivo artigo 66.º dispõe que “*por motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro, os interessados podem requerer, [...], a classificação, nos termos da lei, de documentos que constituem a proposta, para efeitos da restrição ou da limitação do acesso aos mesmos na medida do estritamente necessário*”.

2.3. As confidencialidades por segredo de negócio vs. os direitos de defesa do arguido

Restringindo-nos ao objecto do presente trabalho, centremo-nos especificamente nos processos contra-ordenacionais da concorrência e na problemática de as empresas envolvidas em determinado processo desta natureza (como uma denunciante ou uma empresa arguida, por exemplo) pretenderem aceder

63 Assim, Veiga, 2007: 110- 111; e 134. Corroborando o valor patrimonial do segredo de negócio, acrescenta Gonçalves, 2002: 137-138, que este segredo abrange, por exemplo, “*as técnicas específicas de captação de clientes, os modelos de projecções de rendimentos ou de lucros, [...] aspectos particulares das actividades desenvolvidas por uma empresa, [...] entre informações «internas», não públicas, relativas à actividade produtiva objectivamente considerada, que não devam ser tornadas públicas por força de regras jurídicas e cuja comunicação possa provocar lesão patrimonial na entidade a que respeitam*”. Acrescentando, ainda, que “*a Administração Pública já fundamentou a recusa de acesso a documentos com base no facto de neles haver contratos privados celebrados, ou a celebrar, entre uma concessionária e terceiras entidades, bem assim diversos aspectos quer de sigilo comercial e industrial próprio das referidas entidades privadas, atinentes a projectos de construção de uma obra (nova travessia sobre o rio Tejo em Lisboa) e aos modelos financeiros sobre a obtenção dos fundos necessários, em atenção à sua natureza específica e aos conhecimentos técnicos, financeiros e jurídicos neles constantes*”.

64 O CPI foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março.

a informações constantes de documentos desse processo que tenham sido reputados como confidenciais por conterem segredos de negócio.

Esta temática assume, desde logo, particular acuidade no domínio dos direitos de defesa do arguido e da necessidade de este aceder a elementos confidenciais submetidos por terceiros. Neste caso, poderá gerar-se um conflito entre os direitos de defesa do arguido (n.º 10 do artigo 32.º da CRP, n.º 1 do artigo 26.º da LdC e artigo 50.º do RGCO) e a obrigação de salvaguarda dos segredos de negócio das empresas que incumbe à AdC (n.º 5 do artigo 26.º da LdC e artigo 38.º dos Estatutos da AdC).

Nesta perspectiva, coloca-se a questão de saber se os direitos de defesa do arguido nos processos contra-ordenacionais da concorrência estão, ou não, a ser violados por poderem estar incluídos nos documentos reputados como confidenciais, elementos relevantes para a sua defesa e/ou por a decisão final nestes processos poder ser total ou parcialmente sustentada em elementos a que o arguido não teve acesso.

Sobre este assunto pronunciou-se já o TCL, no denominado caso Nestlé, que, na senda da jurisprudência comunitária sobre esta matéria, começou por clarificar que estão aqui em causa duas situações distintas: por um lado, o acesso a documentos que demonstrem a existência da infração imputada e, por outro lado, o acesso a documentos susceptíveis de ilibar o arguido⁶⁵⁻⁶⁶.

Abordemos, separadamente, cada uma destas situações. Quanto ao não acesso, por parte do arguido, a elementos que sirvam de suporte às acusações que lhe são imputadas, a jurisprudência comunitária, abundantemente citada e perfilhada pela mencionada decisão do TCL, vai no sentido de considerar que a falta de comunicação de documentos que sustentam a acusação só justifica uma eventual anulação do processado, por violação dos direitos de defesa do arguido, no caso de não existirem no processo, para além deles, outras provas que estribem as conclusões em sentido condenatório da entidade sancionadora. No caso de existirem, eliminam-se os elementos não comunicados, deixando os mesmos de constituir meios de prova, mas tal não invalida a procedência das acusações imputadas. Já no caso de se provar que a falta de comunicação dos elementos em questão poderá ter influenciado o decurso do

65 Sentença do 2.º Juízo do TCL, de 15/02/2007, Processo n.º 766/06.4TYLSB, p. 54.

66 Tal posição jurisprudencial comunitária encontra-se sedimentada no Acórdão TJCE, de 07/01/2004, Processos apensos 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, *Aalborg Portland A/S e Outros/Comissão*, Col. 2004, p. 1-123.

processo e a decisão acusatória, em detrimento do arguido, deverá concluir-se pela violação dos direitos de defesa⁶⁷.

Neste seguimento, incumbe ao arguido demonstrar que as conclusões retiradas ao longo do processo contra-ordenacional teriam sido diferentes se devessem ser afastados, enquanto meios de prova, os documentos que não lhe foram comunicados e que serviram de base à sua incriminação⁶⁸.

No que se refere ao não acesso aos elementos confidenciais que pudessem contribuir para ilibar a empresa arguida, pronunciou-se a citada sentença do TCL no sentido de considerar que “*só pode concluir-se pela violação dos direitos de defesa se a Autoridade tiver negado à arguida o acesso aos mesmos, ou seja, o direito da arguida só se considera violado se, por qualquer forma, o seu exercício não foi permitido. A questão passa, pois, por apurar se a arguida pretendeu exercer o seu direito, i.e., lhe vedou o acesso aos mesmos elementos. [...]*”⁶⁹.

Decorre do exposto que quando a AdC classifica determinados documentos constantes dos autos de um processo contra-ordenacional como confidenciais – vedando, por isso, o acesso do arguido aos mesmos – terá de fazer uma ponderação entre os dois valores em conflito: o da protecção dos segredos de negócio de terceiros (outras empresas envolvidas no processo, como a denunciante, empresas às quais a AdC solicitou informações ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 17.º da LdC, ou até empresas co-arguidas, entre outras) e os direitos de defesa da empresa arguida.

67 Vide p. 57 da referida sentença do TCL; Acórdão TJCE *Aalborg Portland A/S e Outros/Comissão*, cit.; Acórdão TJCE, de 09/11/1983, *Michelin/Comissão*, Processo 322/81, *Recueil*, 3461; Acórdão TJCE, de 25/10/1983, *AFG/Comissão*, Processo 107/82, *Recueil*, 3151; Acórdão TJCE, de 07/06/1983, *Musique Diffusion Française e outros/Comissão*, Processos apensos 100 a 103/80, Col. 1983, p. 1825; e Acórdão TPICE, de 29/06/1995, *Solvay/Comissão*, Processo 30/91, Col. 1995, II-1775.

68 Vide pp. 56 e ss. do Caso Nestlé; jurisprudência do caso *Aalborg Portland A/S e Outros/Comissão*, cit, pp. 71 a 73; Acórdão TPICE, *Jungbunzlauer AG/Comissão*, Processo T-43/02, Col. 2006, no qual se afirma que “(...) incumbe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou na sua decisão teria sido diferente se for rejeitado como meio de prova da acusação um documento não comunicado no qual a Comissão se tenha baseado para incriminar essa empresa”, 343 e 344; e Acórdão TPICE *Cimenteries CBR e outros/Comissão*, Processos apensos T-25/95 e T-104/95, Col. 2000.

69 Vide p. 55 sentença em referência. Este mesmo entendimento é perfilhado no Acórdão TPICE, de 27/09/2006, *Avebe BA/Comissão*, Processo T-314/01, Col. 2006, II-3085, 67, de acordo com o qual “quando os elementos de defesa em causa não constem do processo de instrução da Comissão, só se poderá declarar a existência de uma violação do direito de defesa se o recorrente tiver apresentado um pedido expresso à Comissão de acesso a esses documentos durante o procedimento administrativo, sob pena de preclusão da possibilidade de invocar essa acusação num recurso de anulação da decisão definitiva”; posição já adoptada no supra mencionado Acórdão TPICE *Cimenteries CBR e outros/Comissão*, cit., e no Acórdão TPICE *Atlantic Container Line e outros/Comissão*, Processos apensos 191/98, T-212/98 a 214/98, Col. 2003, I.

Coloca-se, assim, nestes casos, como bem salienta a sentença do TCL no caso Nestlé, a questão de determinar a extensão que tais confidencialidades podem ter. Destaca a sentença em foco que *“é indiscutível que os direitos de defesa da arguida fazem parte dos direitos fundamentais (art. 32.º, n.º 10, da CRP, inserido no Capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais – do Título II – Direitos, liberdades e garantias –, da Parte I – Direitos e Deveres Fundamentais). Mas também é certo que a salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes das arguidas, é indispensável para que a AdC possa cumprir as suas funções (assegurar a aplicação das regras da concorrência) e, conseqüentemente, para que o Estado assegure a realização das suas incumbências prioritárias: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e reprimir práticas lesivas do interesse geral (art. 81.º, al. f), da CRP). [...] Por conseguinte, há que fazer uma ‘ponderação sobre a prevalência de um ou de outro desses interesses, face ao caso concreto’”⁷⁰.*

Conclui o TCL que, *“em suma, casos haverá em que o interesse da salvaguarda do segredo de negócio tem que ceder perante o direito de defesa da arguida. Mas tal só em concreto pode ser aferido, i.e., só procedendo a uma análise dos elementos considerados confidenciais e da sua relevância para o processo, quer enquanto elemento de prova a ser usado pela acusação, quer enquanto elemento que possa ser usado pela defesa, é que se pode concluir que, no caso concreto, o interesse legítimo dos terceiros tem de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida”*⁷¹⁻⁷².

Ao comentar a citada sentença do TCL ora em foco, Ruiz (2007: 125 a 133) defende que, *“no caso de estarem em causa documentos ditos ‘inculpatórios’,*

70 Vide 43 e ss. da sentença. Salienta-se, ainda, que esta é a posição adoptada pela jurisprudência comunitária, como se afirma no caso *Solvay/Comissão*, cit.; no caso *Akzo Chemie/Comissão*, cit.; e no Acórdão TJCE, de 19/05/1994, *SEP/Comissão*, Processo C-36/92 P, Col. 1994, p. I-01911. Neste encadeamento, salienta, também, o TCL o Despacho do Presidente da 5.ª Secção do TPICE, de 15/06/2006, *Deutsche Telekom AG/Comissão*, T-271/2003, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/court/index.html> (acedido em 07/05/2009): *“para apreciar as condições em que pode ser atribuído um tratamento confidencial a certos elementos os autos, é necessário ponderar, relativamente a cada peça processual ou excerto de peça processual para o qual seja pedido um tratamento confidencial, a preocupação legítima da recorrente de evitar que os seus interesses comerciais sejam afectados de forma grave e a preocupação, igualmente legítima, das intervenientes de dispor das informações necessárias para poderem cabalmente invocar os seus direitos e expor a sua tese perante o juiz comunitário”*.

71 Vide 45 da sentença do TCL.

72 Em defesa da proeminência dos direitos de defesa em face os interesses de terceiros na preservação dos seus segredos de negócio, vide Pliakos, 1994: 287 e ss.: *“conclui-se que a necessidade de conciliar a obrigação de não divulgar as informações confidenciais com o respeito dos direitos de defesa ‘se resolve pela proeminência dos direitos de defesa’*”. Em sentido idêntico, Wils, 2008: 34 e ss.

não existe risco de conflito entre a protecção dos segredos de negócios e o direito de defesa. Conflito só pode surgir nesta hipótese entre a salvaguarda dos segredos de negócio e o interesse público na condenação e punição das práticas restritivas da concorrência. O risco de conflito entre a protecção dos segredos de negócios e o direito de defesa parece-nos circunscrito aos casos dos documentos ditos ‘exculpatórios’ [...]”. Em síntese, para o Autor “a possibilidade de o interesse legítimo dos terceiros ao segredo ter de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida só parece fazer sentido em situações absolutamente excepcionais e raríssimas, em que estejam em causa documentos exculpatórios capazes de justificar outro desfecho do processo e não haja qualquer possibilidade de se obter uma versão não confidencial do documento ou um resumo não confidencial do mesmo que permita ao arguido perceber suficientemente a relevância da prova que lhe foi omitida”⁷³.

Neste contexto, cumpre referir que a já mencionada Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo clarifica que “a qualificação de um elemento de informação como confidencial não constitui um impedimento para a sua divulgação se for necessário para provar uma infracção alegada (“documento incriminatório”) ou que possa ser necessário para desculpar uma parte (“documento desincriminatório”). Neste caso, a necessidade de salvaguardar os direitos de defesa das partes através do acesso mais amplo possível ao processo da Comissão poderá ter mais peso do que a preocupação de proteger as informações confidenciais de outras partes”⁷⁴⁻⁷⁵.

No que respeita à fundamentação da qualificação das confidencialidades e aos respectivos procedimentos, a construção jurisprudencial do TCL, no caso Nestlé, estabelece que, “de acordo com o regime legal vigente as empresas, ao remeterem informações ou documentos relativamente aos quais pretendam que seja salvaguardada a confidencialidade, devem fazer tal indicação e fazê-lo de forma fundamentada (art. 18.º da Lei 18/2003). Por sua vez a AdC tem que analisar os elementos que estiverem em causa e, se entender estar justificado o pedido, assegurar a requerida confidencialidade. Tal implica, no entender do Tribunal, que a AdC,

73 Vide Ruiz, 2007: 125 a 133.

74 Vide ponto 24 da Comunicação.

75 Também neste sentido, o já referenciado Regulamento (CE) n.º 773/2004, relativo à instrução de processos antitrust pela Comissão, estabelece, no n.º 3 do artigo 15.º, que “nada no presente regulamento impede a Comissão de divulgar e utilizar as informações necessárias para fazer prova de uma infracção aos arts. 81.º e 82.º (do TCE) [actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE]”. Esclarecendo o considerando 15 do seu preâmbulo que “sempre que for necessário recorrer a segredos comerciais ou outras informações confidenciais para provar uma infracção, a Comissão deve determinar, relativamente a cada documento, se a necessidade de divulgação é superior ao prejuízo susceptível de resultar da divulgação”.

ao 'retirar' do processo que vai estar acessível à arguida determinados elementos, deve elaborar uma listagem que junta ao processo, na qual identifica os documentos que reputa de confidenciais. Dessa listagem devem constar as razões que levaram a que os elementos em causa fossem qualificados como confidenciais, sendo certo que tal fundamentação muitas vezes resulta da própria natureza dos documentos (neste sentido *Ac. TPI, 29/06/1995, Proc. T-30/91*)⁷⁶⁻⁷⁷⁻⁷⁸.

Mais preconiza este Tribunal que a não elaboração de listagem identificando os documentos confidenciais constitui uma irregularidade processual: *"em nosso entender estamos perante uma mera irregularidade. Recorrendo às regras do Cód. Proc. Penal (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer na Lei 18/2003 quer no RGCO), temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei, sendo certo que nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular (art. 118.º, n.º 1 e 2 do Cód. Proc. Penal). A decisão da Autoridade relativa à qualificação dos documentos como confidenciais equivale a um acto decisório do Ministério Público, ou seja a um despacho, e, por conseguinte, carece de fundamentação (...). Sucede que não há nenhum preceito que comine a falta de fundamentação dos despachos do Ministério Público com a nulidade. Logo, vigorando em processo penal o princípio da taxatividade das causas de nulidade (citado*

76 Vide 47 e ss. desta sentença.

77 Acrescenta, neste domínio, o TCL: *"Tem, pois, o Tribunal que fazer a ponderação a que supra se referiu sendo indiscutível que, se o interesse dos terceiros for legítimo e não tiverem sido violados os direitos de defesa da arguida, cabe ao Tribunal zelar pela protecção desses interesses e não levantar a confidencialidade dos mesmos, ou seja, este interesse, sendo legítimo, tem de ser salvaguardado também pelo Tribunal. Este entendimento está aliás expresso na Comunicação da Comissão sobre a Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros (a propósito da aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado EU [actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE] e do Reg. da Comissão n.º 1/2003) que prevê expressamente que sendo solicitadas pelo Tribunal à Comissão informações ou documentos por esta qualificados como confidenciais, a Comissão só os envia se o Tribunal em questão garantir expressamente a protecção da confidencialidade (cfr. § 25, 49 da decisão judicial em análise).*

78 Essa mesma posição é defendida por Ortiz Blanco, 2006: 31-32, segundo o qual *"it is legitimate for an undertaking to request confidential treatment of its business secrets to prevent substantial damage to its commercial interests. [...] undertakings have a right to the protection of their business secrets. However, the right must be balanced against safeguarding the rights of the defence. This cannot therefore justify the Commission's refusal to make disclosure to an undertaking, even in the form of non-confidential versions or by sending a list of documents gathered by the Commission, of evidence in the case file which it might use in its defence. The Commission could protect these secrets by deleting the sensitive passages from the copies of the documents in accordance with DG COMP's general practice in this area, by either sending copies of these documents right away or by granting access of these documents with the business secrets deleted".*

art. 118.º) é forçoso concluir que tal falta de fundamentação equivale a uma mera irregularidade (neste sentido Ac. RL de 26/09/2006, Proc. 6008/2006.5)”⁷⁹.

Já quanto à situação de terem sido violados os direitos de defesa da empresa arguida, como no caso de a acusação, ou parte desta, se fundar em elementos confidenciais não comunicados à arguida e em relação aos quais, como tal, esta não pôde pronunciar-se, esta sentença do TCL clarifica que estamos, aqui, perante uma nulidade insanável, nos termos do artigo 119.º, alínea *c*) do CPP, equiparando a impossibilidade de acesso da arguida aos elementos confidenciais à ausência de arguido nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência.⁸⁰⁻⁸¹

No seguimento da explanação ora aduzida, cumpre-nos referir que, em nosso entender, quando, em determinado processo contra-ordenacional da concorrência, surja um conflito entre os direitos de defesa do arguido e o interesse legítimo de terceiros na salvaguarda da não divulgação dos respectivos segredos de negócio, há que agir com enorme prudência, pois estão em confronto valores cuja não preservação pode trazer consequências gravosas a diversos níveis, como veremos seguidamente.

Por força do regime jurídico aplicável aos processos contra-ordenacionais, *maxime*, pela imposição constitucional plasmada no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, os direitos de defesa do arguido não poderão ser violados ou comprometidos, seja por via do não acesso a elementos que suportam a acusação, seja por via do não acesso a elementos adequados à sua defesa.

Contudo, não podemos ignorar que o descerramento dos segredos de negócio das empresas envolvidas pode implicar prejuízos bastante gravosos tanto para estas, como para a própria concorrência.

Como sabemos, uma das incumbências prioritárias do Estado português, no domínio económico-social, é a orientação do desenvolvimento económico, assegurando um funcionamento eficiente dos mercados de modo a garantir uma concorrência equilibrada entre as empresas (alínea *f*) do artigo 81.º da

⁷⁹ Vide 51 e 52 da decisão do TCL.

⁸⁰ Vide 72 e 73 do aresto em referência.

⁸¹ Sobre a analogia traçada pelo TCL respeitante à qualificação do vício em causa como nulidade insanável pronuncia-se Mendes Pereira, 2009: 255, no sentido de esta não chocar nem se afigurar “*destituída de sentido*”, mas parecer, contudo, “*ser dificilmente compaginável com a posição adoptada pelo STJ no Assento n.º 1/2003, aresto cujo objecto consiste exactamente na fixação de jurisprudência quanto à qualificação do vício resultante da violação do art. 50.º do RGCO que consagra os direitos de defesa em processo contra-ordenacional*” e que “[...] decidiu no sentido de tal vício é o da nulidade sanável e dependente de arguição [...]”.

CRP), missão da qual, hodiernamente, a AdC está encarregue. Assumindo, também aqui, particular relevo a consagração constitucional da liberdade de iniciativa económica privada (n.º 1 do artigo 61.º da CRP), assim como o direito de propriedade privada (artigo 62.º da CRP), os quais constituem direitos fundamentais, embora passíveis de sofrer restrições⁸². É que nos sistemas de economia de mercado, a actividade económica encontra-se, sobretudo, dependente da capacidade de cada indivíduo para organizar a produção e a distribuição de bens e/ou serviços, pelo que a propriedade, a iniciativa privada e a livre concorrência são três princípios básicos para o funcionamento da economia⁸³.

Estão aqui em causa princípios fundamentais da denominada Constituição Económica portuguesa que, tal como esclarece Cabral Moncada (2007: 140 e ss.), tipifica “*uma série de direitos fundamentais, nomeadamente a propriedade e a iniciativa, que têm relação directa com a actividade económica e que legitimam os titulares respectivos a exercitar as faculdades que lhes correspondem. Indicam-nos que a actividade económica é em larga medida auto-regulada e imune à acção dos poderes públicos*”⁸⁴.

A salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes de empresas arguidas, é indispensável para que a AdC cumpra as suas atribuições e, conseqüentemente para que o Estado cumpra as suas incumbências prioritárias⁸⁵. “*Desde logo, porque a concorrência efectiva assenta largamente na preservação desses segredos. A sua protecção é incentivadora de um nível de incerteza indispensável ao bom funcionamento dos mercados. Por outro lado, a capacidade de investigação da Autoridade da Concorrência*

82 Refira-se que, no âmbito do ordenamento jurídico comunitário, a livre iniciativa económica deriva, desde logo, do princípio plasmado no actual artigo 119.º do TFUE.

83 Assim, Santos, Gonçalves & Marques, 2006: 42 e ss., que salientam, ainda, que “*o exercício da iniciativa económica faz-se no mercado e através do mercado e pressupõe condições de concorrência potencial e efectiva*”.

84 Sobre a matéria relativa à denominada Constituição económica, vide, também, Menezes Cordeiro, 1994: 137 e ss; e Paz Ferreira, 2002: 67 e ss. Sempre com as devidas ressalvas quanto às respectivas restrições a estes direitos.

85 Como esclarece Miranda, 1993: 340 e ss; e Miranda, 2006: 173-184, estão aqui em causa tanto direitos fundamentais, especificamente, direitos, liberdades e garantias (ou direitos de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da CRP), embora imbricados com os direitos económicos, sociais e culturais com que sistematicamente surgem conexos, como garantias institucionais. Com algumas cambiantes, Gomes Canotilho & Moreira, 199: 163 e ss.

*depende bastante da cooperação prestada pelas empresas e pela confiança com que lhe transmitem as informações que lhe são solicitadas*⁸⁶.

2.4. A conciliação possível?

Perante os *supra* referidos elementos em confronto, consideramos que, primeiramente, seria essencial delimitar os contornos e a definição do que deve ser entendido como segredos de negócio para efeitos de direito da concorrência. Destarte, parece-nos pertinente que a LdC possa sofrer uma alteração nesse sentido, designadamente através da introdução de uma norma na qual os segredos de negócio fossem definidos, considerando a prática decisória da Comissão Europeia, das jurisprudências comunitária e nacional, entre outros elementos normativos que trouxemos, nesta sede, à colação. Efectivamente, seria, a nosso ver, adequado que tal norma tivesse um carácter não taxativo, na qual fossem, então, consideradas as situações de informações técnicas e/ou financeiras, métodos de cálculo de custos, quantidades produzidas e vendidas, segredos e processos de produção, estratégias comerciais, entre outras, que revistam valor económico⁸⁷. Devendo, ainda, ficar claramente plasmados na legislação os procedimentos já construídos, designadamente pela jurisprudência do TCL, quanto à concessão e à identificação das confidencialidades, nos termos acima identificados.

Uma vez reputados como confidenciais os documentos das empresas que contenham segredos de negócio, por solicitação das mesmas, e se existir uma situação de confronto entre a preservação desta confidencialidade e a necessidade de respeitar os direitos de defesa de uma empresa arguida, a AdC terá de fazer, conforme ficou exposto *supra*, uma minuciosa ponderação no sentido de melhor acautelar os interesses em jogo, conciliando-os.

Esta ponderação acarreta, como resulta em face desta exposição, grandes dificuldades. Parece-nos indubitável que, em circunstância alguma – por força dos princípios e dos valores constitucionalmente consagrados inerentes a um Estado de Direito democrático e à matéria em foco –, os direitos de defesa do arguido poderão resultar feridos ou violados. Por conseguinte, em caso de confronto, e na senda da jurisprudência do TCL sobre esta matéria, em abs-

86 *Vide* Ruiz, 2007: 133.

87 Atente-se, a título exemplificativo, à redacção do artigo 44.º da LdC, o qual se reporta aos critérios de determinação da medida da coima, tendo um carácter meramente exemplificativo. Entendemos que, também neste caso, se denota adequado um catálogo aberto.

tracto deveriam ser os interesses de terceiros em salvaguardar os segredos de negócio a ceder, situação que, em determinados casos, pode até não acarretar prejuízos de maior para a própria empresa em causa, dependendo, desde logo, do segredo específico a ser divulgado⁸⁸.

Todavia, esta solução poderá, em si mesma, fazer perigar os próprios fins que a AdC visa atingir e a missão que esta entidade está incumbida de prosseguir e, em última instância, o próprio Estado de Direito: a divulgação dos segredos de negócio das empresas pode prejudicar gravemente a concorrência efectiva e o bom funcionamento dos mercados⁸⁹. Podendo implicar, ainda e por outro lado, uma violação dos direitos fundamentais previstos nos artigos 61.º, n.º 1, e 62.º da CRP.

Um eventual desfecho para a situação explanada – que, neste caso, evitaria este duplo prejuízo, preservando os direitos de defesa do arguido – poderia passar, tal como vimos anteriormente, por deixar cair a investigação em causa, o próprio processo contra-ordencional *antitrust* no qual se apresenta o confronto. Esta situação colocar-se-ia, por hipótese, no caso de a acusação se fundar, apenas, em elementos que contivessem segredos de negócio, não sendo possível, em sede de investigação, encontrar qualquer outro meio de prova que sustentasse essa acusação. Ora, neste caso a solução acabaria, também ela, por lesar as próprias actividades levadas a cabo pela AdC. Mais, seria uma solução que frustraria toda uma investigação já desenvolvida pela instituição e que impediria que esta pudesse aplicar uma punição pelas práticas restritivas da concorrência, implicando um claro prejuízo para este bem público, até numa vertente de prevenção geral⁹⁰.

Parece-nos que nestes casos de confronto nos encontramos perante situações em que as respectivas soluções, a serem dadas *ad hoc*, devem pautar-se pela demanda de um desfecho que implique o menor dano possível para

88 Em nossa opinião, até o próprio poder de mercado da empresa em causa importa, nestes casos. Uma empresa com uma quota de mercado considerável, por exemplo, poderá sofrer danos de menor monta, à partida, em face destas circunstâncias.

89 Não podemos esquecer-nos que a prática restritiva da concorrência sancionada pelo artigo 4.º da LdC e pelo artigo 101.º do TFUE, *maxime* os acordos entre empresas ou cartéis, parte, desde logo, da troca de informações internas entre empresas distintas.

90 Salienta-se que esta situação poderá ter, também, uma consequência bastante nefasta no caso de a prática anticoncorrencial em causa estar, ainda, a ser executada pela arguida, caso em que deixaria de poder aplicar-se a disposição contida na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 28.º da LdC que permite à AdC “[...] ordenar ao infractor que adopte as providências indispensáveis à cessação dessa prática ou dos seus efeitos no prazo que lhe for fixado”.

qualquer um dos interesses em jogo. Desta forma, em consonância com a mencionada proposta de alteração à legislação aplicável à matéria sancionatória da concorrência, somos a considerar que deve ser procurada uma solução que privilegie a previsibilidade e a segurança jurídicas. Assim sendo, por que não colocar esta questão à sindicância do Tribunal competente para apreciar esta matéria em momento anterior à própria decisão administrativa final dos processos *antitrust*?

Isto é, no momento em que a AdC emitisse a respectiva nota de ilicitude (ocasião em que estariam já sedimentados os elementos a considerar para a acusação e para a defesa de uma empresa arguida constantes do processo e as respectivas confidencialidades documentais) e desse conhecimento da mesma à empresa arguida (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 25.º da LdC), esta teria um prazo para poder recorrer judicialmente das confidencialidades constantes do processo. Esta etapa processual, a qual poderia ser considerada como uma espécie de questão prejudicial a decidir pelo Tribunal, deveria ter carácter de urgência, produzir efeito suspensivo e subir em separado (garantindo que o Juiz que escrutinasse este recurso não pudesse vir a julgar o eventual recurso de impugnação de decisão condenatória final da AdC, o que releva, desde logo, no caso de serem afastados elementos acusatórios do processo, os quais poderiam vir a influenciar, de alguma forma, o desfecho do processo em Tribunal, até ao nível da medida concreta da coima a aplicar). Devendo, ainda, esta decisão do Tribunal formar caso julgado material, permitindo uma cristalização do objecto do processo (em cumprimento do princípio da identidade do mesmo) nesta matéria a partir do momento em que tal decisão fosse proferida. Quando o Tribunal recebesse este recurso deveria notificar as terceiras empresas envolvidas – logo interessadas – para que estas se pronunciassem, tal como a AdC (em termos equiparados aos do regime processual previsto no n.º 1 do artigo 51.º da LdC). Caso o Tribunal entendesse, em determinada situação e por ponderação dos interesses em confronto, não divulgar os segredos de negócio de terceiros e, em homenagem aos direitos de defesa do arguido, não permitisse que esses elementos constassem da acusação, deveriam os mesmos ser desentranhados do processo. Nestes casos, havendo lugar a uma qualquer alteração relativamente aos elementos em causa, na sua classificação como confidenciais, ou outra, a AdC deveria agir em conformidade, alterando os autos processuais e a própria acusação e dando novo prazo de defesa ao arguido (n.º 1 do artigo 26.º da LdC).

À primeira vista, a proposta elencada denota, de imediato, ter uma vertente menos aliciante, pois poderia contribuir para uma maior morosidade destes processos. No entanto, este ponto poderia ser combatido com o carácter de urgência desta etapa processual, sendo que o tempo que acresceria ao processo por esta via poderia bem ser compensado *a posteriori* no caso de, através deste expediente, poder vir a evitar-se, pelo menos parcialmente, a frustração de uma investigação da AdC (a qual poderá ter levado vários anos a desenvolver e ter implicado custos avultados por parte desta), como sucedeu no caso Nestlé⁹¹.

Para mais, e como já salientámos, esta possibilidade favoreceria a segurança jurídica. O arguido veria a situação das confidencialidades definida, já tendo passado pelo crivo do Tribunal e em consonância com o respeito pelos seus direitos de defesa, conhecendo especificamente os elementos a que poderia ter acesso; e a AdC poderia tomar uma decisão final com base em pressupostos, a este nível, já sedimentados, fundamentando a sua posição com uma certeza fundada nos mesmos. Mais se destaca que, na perspectiva da AdC, esta segurança é reforçada no sentido de obviar a que possam vir a ser levantadas eventuais questões de responsabilidade civil (e, neste caso específico, também criminal, pela já abordada situação de uma hipotética violação do dever de sigilo⁹²), por parte das empresas envolvidas. Por força do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, as regras respeitantes aos direitos fundamentais impõem-se directamente à AdC, ela própria parte integrante do Estado. Além disso, também os direitos de personalidade, enquanto posições jurídico-subjectivas eficazes *erga omnes*, lhe são oponíveis. Por conseguinte, a violação destes direitos implica a possibilidade de requerer medidas adequadas para fazer cessar a mesma ou prevenir novas violações e permite desencadear acções de responsabilidade civil por danos patrimoniais e por danos morais⁹³.

91 Essa eventual perda ou deterioração da investigação da AdC, pelo menos no que à decisão final do processo *antitrust* se refere, não seria evitável, à partida, mesmo com a verificação de um momento de saneamento ou de análise a questões prévias ou incidentais, pois estas ocorrem já em momento posterior, em sede de recurso.

92 Como resulta do teor da presente exposição, os titulares dos órgãos e o pessoal da AdC têm o dever de sigilo profissional, podendo, ainda, em caso de violação deste sigilo no âmbito dos processos contra-ordenacionais em curso, incorrer num crime de violação de segredo de justiça.

93 Neste sentido, Menezes Cordeiro, 2005b: 156-157, a propósito dos poderes de inquérito e de inspecção da AdC, aplicável, *mutatis mutandis, in casu*. Sublinha o Autor que “[...] a reacção natural do ordenamento perante a violação de direitos subjectivos consiste, primeiramente, em fazer cessar o ilícito. [...] Além disso, temos a responsabilidade civil nas suas múltiplas dimensões: reparadora, compensatória e preventiva. A Autoridade da Concorrência responde pelos danos que provoque, nos patrimónios e na imagem das empresas,

Como tal, consideramos que, neste domínio específico (tal como em outros que não relevam para os efeitos do presente trabalho), urge rever o regime jurídico aplicável aos processos contra-ordenacionais da concorrência, no sentido de tornar as normas que lhes são aplicáveis menos lacónicas e, conseqüentemente, acautelar a sucessiva e sempre inconveniente aplicação de diversos regimes subsidiários, sempre sem olvidar que estamos diante de matérias sancionatórias que implicam um especial dever de cuidado e de respeito para com os princípios gerais consagrados no respectivo ordenamento jurídico e para com os direitos fundamentais dos agentes envolvidos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos que a presente exposição permitiu explicar a complexidade e as dificuldades que, recorrentemente, se colocam no âmbito da matéria ora em foco, as quais decorrem, desde logo, do próprio regime jurídico aplicável à matéria das contra-ordenações da concorrência.

Os entraves que, muitas vezes, se colocam neste domínio podem gerar prejuízos avultados para os diversos interesses aqui abrangidos. Começando pelo próprio bem público que é a concorrência – constitucionalmente consagrado – e terminando nos interesses dos particulares envolvidos.

Procurámos, desta forma, com a nossa explanação, aproximarmo-nos de um trilho que pudesse levar a uma hipotética conciliação dos diversos valores aqui englobados, numa perspectiva que visou causar a menor lesão possível para os mesmos e o respeito por todos eles, embora com uma necessária e inevitável gradação dos diferentes interesses em confronto e numa perspectiva que visou lograr uma maior segurança e uma maior previsibilidade jurídicas no âmbito da temática analisada, sempre com as mais elementares regras de um Estado de Direito democrático como pano de fundo, as quais adquirem especial relevo neste campo dos procedimentos sancionatórias.

nos termos gerais. E os próprios titulares dos órgãos da Autoridade, visto o art. 35.º/1, dos seus estatutos, podem responder civilmente por esses mesmos danos. (...) Devemos, ainda, ponderar que os danos causados com desrespeito pelos direitos fundamentais das empresas podem surgir como atentados aos patrimónios dos próprios sócios. (...) Tudo isto gera deveres de cuidado, que reforçam os direitos fundamentais envolvidos. À Autoridade da Concorrência, pela especial confiança nela depositada pelo Ordenamento, haverá que exigir um cuidado e uma ponderação acrescidos. Quando isso não suceda, a primeira e mais natural solução é a da responsabilidade civil. Todos os danos causados, à sociedade ou aos accionistas, deverão ser ressarcidos. A própria defesa da concorrência o exige.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

2010 “Dossier Temático I – *O dever de colaboração e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, n.º 1, pp. 119-265.

ALBUQUERQUE, Alexandre de & ALBUQUERQUE, Pedro de

2004 “O Controlo Contencioso da Actividade das Entidades de Regulação Económica”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 249-285.

AMMANNATI, Laura

1998 *La Concorrenza in Europa – Sistemi organizzativi e Autorità di Garanzia*, Padova: CEDAM.

BASEDOW, Jürgen,

2004 “Competition Policy in a Globalized Economy: from Extraterritorial Application to Harmonization”, in *The International Handbook of Competition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 321-338.

BELEZA, Teresa

1998 *Direito Penal*, Vol. I, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL.

BLANCO DE MORAIS, Carlos

2001 “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, pp. 101-154.

BÖGE, Ulf

2007 “Competition and Regulation”, in *Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, Kluwer Law International, pp. 345-350.

BOLINA, Helena

2009 “O Regime dos Processos de Contra-Ordenação dos Reguladores Independentes”, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

BOULOC, Bernard

1982 “Les Droits de la Défense Dans la Procédure Pénale Applicable en Matière de Concurrence”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Nouvelle Série n.º 3, Janvier-Mars, pp. 513-541.

CABRAL MONCADA, Luís

2007 *Direito Económico*, 5.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora.

CAPITÃO FERREIRA, Marco

2004 *A Regulação Económica como Instrumento de (Des)Intervenção do Estado na Economia*, policopiado, Lisboa: FDUL.

CARDOSO, José Lucas

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

CASTRO MENDES, João de

1994 *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa: PF.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel

1992 *Lições de Direito Penal*, 4.^a ed., Lisboa: Verbo.

CONDESSO, Fernando

1995 *Direito à Informação Administrativa*, Lisboa: PF.

CORREIA, Eduardo

2007 *Direito Criminal*, Vol. I, reimp. (1963), Coimbra: Almedina.

1998 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 3-18.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1998 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75-108.

COSTA PINTO, Frederico da

2009 “As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-Ordenações na Organização do Direito Penal Secundário”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 681-692.

1998a *Direito Processual Penal*, (policopiado), Lisboa: AAFDL.

1998b “O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-276.

COSTA E SILVA, Paula

2006 “As Autoridades Independentes. Alguns Aspectos da Regulação Económica numa Perspectiva Jurídica”, in *O Direito*, n.º 138, III, Coimbra: Almedina, pp. 541-569.

DANTAS, A. Leones

2007 “Procedimentos de Natureza Sancionatória no Direito da Concorrência”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 99-110.

DUE, Ole

1989 “Le Respect des Droits de la Défense Dans le Droit Administratif Communautaire”, in *Cahiers de Droit Europeen*, n.º. 4-5, Ano 23, pp. 383-396.

FARIA COSTA, José de

1998 “A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um Exemplo: a Distinção entre o Ilícito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 109-145.

FERRÃO, Marisa Caetano

2007 “As Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação Económica e a Dualidade de Jurisdições – Breves Notas”, in *O Direito*, n.º 139, III, pp. 601-637.

FERRO, Miguel Sousa

2007 “A Obrigatoriedade de Aplicação do Direito Comunitário da Concorrência pelas Autoridades Nacionais”, in *Revista FDUL*, Vol. XLVIII, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 271-352.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2004a *Direito Penal I. Parte Geral. Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora.

2004b *Direito Processual Penal*, reimp. da 1.^a ed. de 1974, Coimbra: Coimbra Editora.

1998a O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 19-34.

1998b “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 35-74.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da

1992 “Limites do Direito de Defesa – O Direito de Defesa em Processo Penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, n.º 1, Abril, pp. 273-292.

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo

2001 “Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 615-653.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

1997 *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 9.^a ed., Lisboa: AAFDL.

GERBER, David

1998 *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, Oxford: Oxford University Press.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim

2007 *CRP Anotada*, vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim & MOREIRA, VITAL

1991 *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, José Renato

2002 *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, Pedro

2000 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 535-537.

GREAVES, Rosa

2007 “The Impact of Regulation 1/2003 Within the EU”, in *Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, pp. 31-40.

GUERRA, António Castro

1997 *Política de Concorrência em Portugal*, Lisboa: GEPE.

KIRCHNER, Christian

2004 “Competition Policy vs. Regulation: Administration vs. Judiciary”, in *The International Handbook of Competition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 306-320.

KORAH, Valentine

2007 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9.^a ed., Oxford: Hart Publishing.

LOPES RODRIGUES, Eduardo

2008a “Política de Concorrência Focada na Competitividade e na Confiança dos Cidadãos – Parte I”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 114 – Janeiro/Março, Lisboa, pp. 15-45.

2008b “Política de Concorrência Focada na Competitividade e na Confiança dos Cidadãos – Parte II”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 114, Abril/Junho, pp. 85-117.

2005 *O Essencial da Política de Concorrência*, Oeiras: INA.

LUMBRALES, Nuno

2006 *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*, Lisboa: UCP Editora.

- MAÇÃS, Maria Fernanda
 2006 “O Controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, pp. 21-49.
- MAÇÃS, Maria Fernanda, CATARINO, Luís Guilherme & COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da
 2004 “O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico-Financeiro”, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 319-444.
- MARQUES DA SILVA, Germano
 2001 *Direito Penal Português I. Parte Geral. Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.ª ed., Lisboa: Verbo.
 2000 *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 4.ª ed., Lisboa: Verbo.
 1999 “O Direito de Defesa em Processo Penal (Parecer)”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, pp. 281-295.
 1988 “Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Direito e Justiça*, Vol. III, pp. 163-177.
- MARTIN, Stephen
 2004 “Globalization and the Natural Limits of Competition”, in *The International Handbook of Competition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- MATEUS, Abel
 2007 “Economia e Direito da Concorrência e Regulação”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 11-26.
 2006 “Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 6, pp. 1067-1099.
- MENDES PEREIRA, Miguel
 2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MENEZES CORDEIRO, António
 2005a “Concorrência e Direitos e Liberdades Fundamentais na União Europeia”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 10-28.
 2005b “Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas: da Responsabilização da Autoridade da Concorrência por Danos Ocasionados em Actuações de Inspecção”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 121-157.
 1994 *Direito da Economia*, vol. I, 3.ª reimp., Lisboa: AAFDL.
- MIRANDA, Jorge
 2006 “Iniciativa Económica”, in *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, Estoril, 2006, pp. 173-184.

- 1993 *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 340 e ss.
- 1988 “O Direito de Informação dos Administrados”, in *O Direito*, ano 120, pp. 457-462.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
- 2005 *CRP Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.
- MORAIS, Luís
- 2009 *Os Conceitos de Objecto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infrações de Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 99 e ss.
- MOREIRA, Vital
- 1997 *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina.
- MOTTA, Massimo
- 2004 *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MOURA E SILVA, Miguel
- 2008 *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.
- MOUTINHO, José Lobo
- 2008 *Direito das Contra-ordenações – Ensinar e Investigar*, Lisboa: UCP Editora.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARAN, Mercedes
- 2007 *Derecho Penal – Parte General*, 7.^a ed., Valência: Tirant lo blanch Libros.
- NEUMANN, Manfred
- 2002 *Competition Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- OLIVEIRA, António Mendes de & CABRAL, José dos Santos
- 2004 *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina.
- ORTIZ BLANCO, Luis
- 2006 *European Community Competition Procedure*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press.
- PAIS ANTUNES, Luís Miguel
- 1995 *Direito da Concorrência – os Poderes de Investigação da Comissão Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 1995.
- PALMA, Maria Fernanda & OTERO, Paulo
- 1997 “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Revista da FDUL*, Vol. XXXVII, n.º 2, pp. 557-591.
- PAZ FERREIRA, Eduardo
- 2002 *Lições de Direito da Economia*, reimpressão, Lisboa: AAFDL.

PEDROSA MACHADO, Miguel

1998 “Elementos para o Estudo da Legislação Portuguesa sobre Contra-Ordenações”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 145-209.

PEREIRA, António Beça

2005 *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas Anotado*, 6.^a edição, Coimbra: Almedina.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2007 *Comentário do CPP à Luz da CRP e da CEDH*, Lisboa: UCP Editora.

PLIAKOS, Asteris

1994 *Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*, tradução de Maria José Borrego e Maria Rosa de Figueiredo (da versão em francês *Les Droits de la Défense et le Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant Bruxelles, Bruxelas, 1987), Lisboa: Dom Quixote.

REIS SILVA, Maria de Fátima

2007 “O Direito à não auto-incriminação”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 59-74.

ROXIN, Claus

1997 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, tradução da 2.^a ed. alemã (Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage. Beck, München, 1994) por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo & Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

RUIZ, Nuno

2007 “Comentário à Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa no Proc. 766/06.4TYLSB Nestlé”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 125-133.

SAINT-ESTEBEN, Robert

1994 “Les Droits de la Défense Dans L’application aux Entreprises du Droit Communautaire de la Concurrence”, in *Revue des Affaires Européennes*, n.º 4, Paris: LGDJ, pp. 49-65.

SALDANHA SANCHES, José Luís

2000 “A Regulação: História Breve de Um Conceito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, pp. 5-22.

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão

2006 *Direito Económico*, 5.^a ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina.

SEVERINO, Norberto

2006 “O processo na Lei da Concorrência”, in *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 125-151.

SOARES, António Goucha

2006 “A Aplicação Descentralizada das Normas Comunitárias da Concorrência – o Sistema de Competências Paralelas Estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003”, in *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 175-202.

SOBRAL, Maria do Rosário Rebordão & FERREIRA, João Eduardo Pinto

1985 *Da Livre Concorrência à Defesa da Concorrência – História e Conceitos Base da Legislação de Defesa da Concorrência*, Porto: Porto Editora.

SOUSA FRANCO, António

1998 “Concorrência”, in *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Vol. V, p. 1240.

SOUSA MENDES, Paulo de

2009 “O Procedimento Sancionatório Especial por Infracções às Regras de Concorrência”, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 705-720.

TRAYTER JIMENEZ, Juan Manuel

1988 *La Defensa de las Empresas Frente a las Sanciones de la Administración Europea*, Barcelona: Bosch.

VASCONCELOS, Jorge

2000 “O Estado Regulador: Principais Características e Perspectivas de Evolução”, in *A Regulação em Portugal*, Conferências da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Lisboa: ERSE; pp. 162-171.

VEIGA, Alexandre Brandão da

2007 *Acesso à Informação da Administração Pública pelos Particulares*, Coimbra: Almedina.

VELOSO, José António

2005 “Aspectos Inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 29-106.

VILAÇA, José Luís da Cruz

1999 “A Protecção dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Comunitária”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 415-433.

WILS, Wouter

2008 *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Portland: Hart Publishing.

WISH, Richard

2005 *Competition Law*, 5.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

XAVIER, Alberto

1970 “Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 138, pp. 87-182.