

CONTEÚDO E EXTENSÃO DO DIREITO À CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE À LUZ DO DIREITO COMUNITÁRIO E DO DIREITO NACIONAL (PARTE I)

Luís Miguel Romão / Alexandre Miguel Mestre

ABSTRACT: The confidentiality of lawyers' communications and advice has been at the very heart of a profound discussion, in particular as regards its application in competition law cases. The fact that not all EU Member States seem to have similar rules on the rights, duties and privileges given to lawyers has generated much debate as to what should be protected and who should be the professionals that are to benefit from such protection under EU law. This paper aims to discuss, in two parts, the content and reach of the right to confidentiality of the communications between lawyers and their clients within the existing legal framework of EU and Portuguese Law, in particular as regards its foundations and the treatment that it has deserved from the EU and Portuguese courts.

SUMÁRIO: 1. O respeito das relações confidenciais entre advogados e clientes e o seu conteúdo e alcance em direito comunitário. 1.1. Os direitos de defesa como princípios gerais de direito comunitário; o *legal privilege* como corolário dos direitos de defesa; os princípios definidos no acórdão *AM&S*. 1.2. A confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado e os seus fundamentos nos princípios aceites pela generalidade das ordens jurídicas dos Estados-membros. 1.3. O princípio da proteção da confidencialidade como exigência das profissões jurídicas e o seu carácter dinâmico. 1.4. O aprofundamento e alargamento do âmbito de proteção da confidencialidade em matéria de concorrência. 1.5. As condições requeridas pelo TJUE para o reconhecimento da confidencialidade. 1.6. Os poderes de investigação da Comissão e os seus limites. 1.7. As evoluções mais recentes do âmbito de proteção da confidencialidade na jurisprudência comunitária.

“The foundation of this rule [legal privilege] is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection ... It is out of regard to the interests of justice which cannot be upholden, and to the administration of justice which cannot go on without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the courts and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings ... Deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person or would only dare to tell his counsellor half his case.”

Lord Chancellor Brougham in *Greenough v. Gaskell*, 1833, 1 My & K. 98.

1. O RESPEITO DAS RELAÇÕES CONFIDENCIAIS ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES E O SEU CONTEÚDO E ALCANCE EM DIREITO COMUNITÁRIO

1.1. Os direitos de defesa como princípios gerais de direito comunitário; o *legal privilege* como corolário dos direitos de defesa; os princípios definidos no acórdão *AM&S*

Os princípios aplicáveis em direito comunitário da concorrência em matéria de *legal privilege* foram definidos pelo Acórdão *AM&S*¹, do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e desenvolvidos no Despacho *Hilti*², do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI, atual Tribunal Geral).

A importância fundamental do Acórdão *AM&S* é, antes de mais, a de ter colocado a confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente ao nível dos princípios gerais de direito comunitário.

Concretamente, o TJUE considerou que aquela confidencialidade responde: “à exigência, cuja importância é reconhecida pelo conjunto dos Estados-membros, de que todo e qualquer cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir em toda a liberdade ao seu advogado, cuja profissão comporta a obrigação de prestar, de forma independente, assistência jurídica a todos os que dela necessitem”³.

1 Acórdão 155/79.

2 Despacho T-30/89.

3 Acórdão 155/79, n.º 18.

Mais: o direito à confidencialidade das comunicações entre uma empresa e os seus advogados foi expressamente ligado pelo Tribunal à necessidade de “*salvaguardar o pleno exercício dos direitos de defesa, dos quais a proteção da confidencialidade da correspondência escrita entre advogados e clientes é um corolário essencial*”⁴.

Resta dizer, para completar este quadro geral, que o respeito dos direitos de defesa foi expressamente considerado pelo TJUE como “*um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária*”⁵, que “*deve ser assegurado mesmo na ausência de toda e qualquer regulamentação relativa ao procedimento em causa*”⁶.

Desde 1974, aliás, que o TJUE proclamou, em termos gerais, que “*os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito lhe compete assegurar*”⁷.

1.2. A confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado e os seus fundamentos nos princípios aceites pela generalidade das ordens jurídicas dos Estados-membros

Para chegar à formulação de tais princípios, o TJUE baseou-se, antes de mais, como é próprio do seu método de interpretação do direito comunitário – um direito “*saído de uma interpenetração não apenas económica, mas também jurídica dos Estados-membros*” – nos “*princípios e conceções comuns aos direitos destes Estados*”⁸.

Ora, a análise das distintas ordens jurídicas dos Estados-membros revela, justamente, que a proteção das comunicações entre cliente e advogado é um princípio aceite pela generalidade dessas ordens jurídicas⁹.

É certo que, como reconhece o TJUE, existem diferenças entre os Estados-membros na forma como é assegurada essa proteção¹⁰. Mas essas diferenças traduzem, mais do que uma diversidade ao nível do resultado pretendido e,

4 Acórdão 155/79, n.º 23.

5 Acórdão 322/82, n.º 7.

6 Acórdão 234/84, p. 2289; Acórdão 40/85, p. 2348.

7 Acórdão 4/73, n.º 13. Cfr. também Acórdão 44/79, n.º 15. Mais recentemente, veja-se também, a título de exemplo, a afirmação reforçada deste princípio no Acórdão C-415/93, n.º 79.

8 Acórdão 155/79, n.º 18.

9 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 19. Sobre estas e a génese do princípio em direito comunitário, são importantes as Conclusões Slynn no processo AM&S, pp. 1648 e ss.

10 Sobre algumas dessas diferenças e seu significado, podem ler-se as Conclusões Warner, pp. 1632-1633 (baseadas nas conclusões do Relatório Edward, de que se falará mais adiante), bem como as Conclusões Slynn, já citadas.

portanto, do grau de proteção alcançado, uma diversidade nos métodos aplicados para alcançar essa proteção¹¹.

A razão das diferenças resulta essencialmente da coexistência, na Comunidade, de diferentes sistemas jurídicos e da diversidade de pontos de partida adotados por cada um relativamente a este problema. Assim, se em alguns Estados-membros, a proteção da confidencialidade se baseia principalmente na própria natureza da profissão de advogado, enquanto alguém que colabora na salvaguarda da legalidade¹², noutros encontra a sua justificação na exigência mais específica (também reconhecida nos primeiros Estados) do respeito dos direitos de defesa¹³.

Mas, como sublinhou o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn, nas suas Conclusões no processo *AM&S*¹⁴, as divergências inevitáveis entre os sistemas jurídicos nacionais (ligados seja à ideia de “legal professional privilege”, seja à noção de “segredo profissional”, à proteção da “confidentiality” ou ainda ao respeito dos “direitos de defesa”) não poderiam, em qualquer caso, constituir obstáculo ao reconhecimento de um princípio geral de direito comunitário, uma vez que este decorra de uma aceitação generalizada, independentemente das particularidades nacionais. Ao TJUE competiria esclarecer, em última instância e em cada caso, qual a melhor e a mais apropriada concretização do princípio.

Foi certamente isso que levou o TJUE a adotar uma perspetiva eclética que combina as diversas perspetivas. Com efeito, depois de considerar a confidencialidade da correspondência advogado-cliente como um complemento necessário dos direitos de defesa, salvaguardados pelo próprio Regulamento 17/62¹⁵, o TJUE chamou igualmente a atenção para a conceção do papel do advogado

11 Nesse mesmo sentido, cfr. Pliakos, 1987, e Pais Antunes, 1995: 139-140.

12 E aí, como nos sistemas anglo-saxónicos, pode mesmo ir além dos quadros do direito de defesa. Cfr. as conclusões do Advogado-Geral Warner, no proc. *AM&S*, Rec. p. 1633: em direito inglês, a noção de *legal professional privilege* (designação considerada infeliz, porque sugere um “privilégio” concedido aos advogados) protege duas categorias de documentos: a primeira compreende as comunicações entre uma pessoa e o seu advogado com o objetivo de obter ou de dar um parecer jurídico, em ligação ou não com uma ação pendente ou encarada; a segunda engloba as comunicações entre uma pessoa ou o seu advogado e terceiros, redigidas com o objetivo de preparar uma ação pendente ou prevista.

13 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 20.

14 Conclusões citadas, p. 1650.

15 Cfr. considerando 11.º do Preâmbulo e artigo 19.º do Regulamento; Acórdão 155/79, n.º 23.

como colaborador da justiça, chamado a fornecer, em plena independência e no interesse superior desta, a assistência jurídica necessária ao seu cliente¹⁶.

Como sublinhou o TJUE, esta proteção tem como contrapartida a disciplina profissional, imposta e controlada, no interesse geral, pelas instituições competentes, o que constitui garantia da seriedade e do respeito dos princípios e valores que a confidencialidade visa proteger.

1.3. O princípio da proteção da confidencialidade como exigência das profissões jurídicas e o seu carácter dinâmico

Nas suas Conclusões no processo *AM&S*¹⁷, o Advogado-Geral Jean-Pierre Warner baseou-se largamente num documento preparado em 1976 sob a égide do CCBE¹⁸, no qual se procedia a uma detalhada análise comparada do problema da confidencialidade e do *legal privilege* nos então nove Estados-membros da então Comunidade Europeia.

Intitulado “The Professional Secret, Confidentiality and Legal Professional Privilege in the Nine Member States of the European Community”, o relatório foi redigido sob a responsabilidade de D. A. O. Edward, mais tarde Presidente do CCBE, ficando conhecido como “Relatório Edward”. O referido Relatório serviu de base à intervenção do CCBE no processo *AM&S*, cuja representação foi aliás assegurada pelo próprio David Edward, mais tarde Juiz no TPI e, subsequentemente, no TJUE.

A autoridade e seriedade do CCBE, bem como a sua posição e conhecimento ímpares dos sistemas jurídicos dos diferentes Estados-membros justifica que registemos aqui algumas das suas mais relevantes conclusões gerais quanto ao tema de que nos ocupamos:

“In all the member states of the European Community, the law protects from disclosure information communicated in confidence to a lawyer by his client”. “The rights, duties and privileges given to lawyers are therefore an essential element in the protection of individual liberty in a free society. They exist for the public interest; they have not

16 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 24. Como referiu o Tribunal, uma tal conceção corresponde também às tradições jurídicas comuns aos Estados-membros e encontra-se na própria ordem jurídica comunitária, nomeadamente nos Estatutos do Tribunal de Justiça.

17 Rec. 1982, pp. 1620 e ss.

18 Na altura, ainda, a CCBE – *Commission consultative des barreaux de la Communauté européenne*, hoje em dia o CCBE – *Conselho das Ordens de Advogados da União Europeia*.

*been created by lawyers for their private benefit*¹⁹. “In all the member states it is also recognized that written correspondence and oral communications between lawyers acting for different parties must in certain circumstances be protected from disclosure. The purpose of this protection is [...] the same in all the member states – namely, to ensure that lawyers, as part of their professional duty, can achieve the settlement of disputes without resort to litigation”²⁰. “This aspect of the law is, in most member states, only a part of a more general legal and constitutional framework by which the state guarantees to its citizens such fundamental rights as the right to a fair trial, the inviolability of the home, of letters and of telecommunications, and the right to individual privacy”²¹.

Entre as constatações específicas do “Relatório Edward” figuram as de que, em todos os sistemas (de direito continental) dos Seis países fundadores da Comunidade: (a) a confidencialidade das comunicações entre um arguido e o seu advogado (em ambos os sentidos) é considerada um princípio fundamental de direito e de processo penal, intimamente ligada aos direitos de defesa e a um processo equitativo; (b) os documentos em posse de um advogado estão protegidos contra buscas e apreensões das autoridades administrativas; (c) o segredo profissional é reconhecido como um específico conceito jurídico merecedor de proteção.

Por sua vez²², os sistemas de *common law* (Inglaterra, Irlanda e Escócia), construídos à volta do conceito de *legal professional privilege*, são os mais aperfeiçoados na proteção da confidencialidade.

Mas, como reconhece o Relatório, as diferenças entre os Seis e o Reino Unido são mais de abordagem ou de método (tornadas necessárias pelas diferenças fundamentais nos seus sistemas jurídicos) que de resultado. Daí, por exemplo, que a lei alemã estivesse mais próxima do direito anglo-saxónico que do direito francês²³.

19 Na síntese de Helmut Kreis, “[t]he history of the ‘privilege’ clearly demonstrates that it has developed from a personal right of the lawyer related to his professional ethics to a matter of the interests and subsequently to a right of his client” (Kreis, 1983: 166).

20 Relatório cit., p. 4.

21 Relatório cit., p. 5.

22 Como melhor se verá *infra*.

23 Relatório cit., p. 17.

A análise do “Relatório Edward” demonstra que o próprio TJUE nele se inspirou para formular as conclusões a que chegou no seu acórdão²⁴.

Desde logo, no que toca ao reconhecimento da existência, para além das diferenças de critério ou de método, de um princípio de proteção da confidencialidade comum aos ordenamentos jurídicos dos vários Estados-membros, que se impõe como limite aos poderes de investigação da autoridade de controlo (então, os poderes previstos no artigo 14.º do Regulamento 17/62; hoje, os poderes equivalentes consagrados no artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003²⁵).

Aquela mesma disparidade e a busca de um denominador comum explicam, no entanto, que o Tribunal de Justiça tenha, aparentemente, ficado, no seu pronunciamento, aquém do grau de proteção requerido em certos ordenamentos (como o inglês).

A doutrina tem-se porém encarregado de sublinhar que o alcance do princípio tem um conteúdo dinâmico, devendo necessariamente adaptar-se às novas realidades processuais e socioeconómicas e à evolução dos condicionalismos ligados ao exercício da profissão de advogado²⁶.

Neste contexto, é de referir que, na sua reunião de 22 de fevereiro de 2001, o CCBE adotou uma “Declaração de Princípios sobre o segredo Profissional dos Advogados” particularmente vigorosa, na qual considerou que, mesmo em matérias penais das mais graves e delicadas (branqueamento de dinheiro, violências sobre menores) “[é] um direito fundamental do cidadão o de ser protegido contra toda e qualquer divulgação do que ele confiou ao seu advogado”.

24 No ano seguinte ao da elaboração do “Relatório Edward”, uma Comunicação ao VIII Congresso FIDE, Copenhaga, 1978, vol. 3, da autoria do antigo Diretor Geral da D.G. Concorrência da Comissão Europeia, C.-D. Ehlermann, e de um outro funcionário da mesma Direção-Geral, D. Oldekop, tomando como referência a análise de direito comparado feita naquele Relatório, chegava essencialmente às mesmas conclusões, no sentido da existência de um princípio geral de respeito pelas comunicações entre advogado e cliente aplicável igualmente em direito comunitário. Bem antes, pois, do acórdão AM&S, eminentes juristas comunitários, ligados aliás à Comissão Europeia, avançavam resolutamente, no silêncio do Regulamento 17 (o Conselho não aceitara as propostas então formuladas pelo Parlamento Europeu, no Relatório Deringer), no sentido do reconhecimento daquele princípio geral. É de assinalar que o Relatório Ehlermann/Oldekop ligava o respeito da confidencialidade ao segredo profissional e já propunha o seu alargamento aos advogados ligados às empresas por um contrato de trabalho.

25 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO n.º L 1, de 4.1.2003, p. 1, com a última alteração que foi introduzida pelo Regulamento (CE) n.º 487/2009 do Conselho, de 25 de Maio de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos e de práticas concertadas no sector dos transportes aéreos (Versão codificada), JO n.º L 148, de 11.6.2009, p. 1.

26 Ver, por exemplo, Pliakos, 1987: 35 e 272/273. No mesmo sentido, cfr. as alegações do CCBE no caso AM&S, a que alude o n.º 8 do acórdão.

E foi igualmente tendo presente o conteúdo dinâmico do princípio e a sua adaptação à evolução dos condicionalismos ligados ao exercício da profissão de advogado que esteve na base do desenvolvimento da mais recente jurisprudência do TPI que adiante se dará conta.

1.4. O aprofundamento e alargamento do âmbito de proteção da confidencialidade em matéria de concorrência

Os princípios consagrados pelo Tribunal de Justiça em *AM&S* foram posteriormente desenvolvidos e aprofundados pelo TPI no Despacho *Hilti*.

Desde logo, reparar-se-á que o acórdão *AM&S* apenas se referia, textualmente, à proteção da confidencialidade da “correspondência” trocada entre o cliente e o seu advogado no interesse e para os fins do direito de defesa do primeiro²⁷.

Mas, logo no mesmo acórdão, reconheceu-se que a proteção da confidencialidade, para ser eficaz, não se estende apenas à correspondência trocada após a abertura do procedimento, antes cobrindo igualmente a correspondência anterior que mantenha um laço de conexão com o objeto desse procedimento²⁸.

Com particular interesse são de notar, a este propósito, dois aspetos importantes: (a) Os documentos cuja confidencialidade era invocada e foi reconhecida pelo TJUE no processo *AM&S* foram elaborados ou referiam-se a pareceres jurídicos dados em fins de 1972 e no decurso do primeiro semestre de 1973, isto é, na época que precedeu e se seguiu imediatamente à adesão do Reino Unido às Comunidades Europeias (portanto 6 ou 7 anos antes da investigação da Comissão); (b) Os referidos documentos diziam respeito, no essencial, à questão de saber em que medida poderia ser evitado um eventual conflito entre a empresa investigada e as autoridades comunitárias quanto à situação da primeira, nomeadamente à luz das regras comunitárias de concorrência²⁹.

Por isso, o TJUE não hesitou em considerar que, apesar do período que decorreu entre a sua elaboração e a realização de uma investigação pela Comissão, esta “correspondência” deveria beneficiar da confidencialidade, uma vez que se situava no quadro dos direitos de defesa e da missão específica do advogado a este respeito³⁰.

27 No entanto, nas suas conclusões, o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn havia já considerado que a proteção se estendia a qualquer tipo de comunicação, oral ou escrita, entre o advogado e o seu cliente.

28 Acórdão 155/79, n.º 23.

29 Ver Acórdão 155/79, n.ºs 33 e 34.

30 Acórdão 155/79, n.º 34.

Também no acórdão Hoechst³¹, o TJUE tornou claro que: “[...] *se é verdade que, [no acórdão Michelin, supra citado], o Tribunal de Justiça sublinhou que os direitos de defesa devem ser respeitados no decurso dos processos administrativos suscetíveis de conduzir à aplicação de sanções, importa evitar que estes direitos possam ser irremediavelmente comprometidos no âmbito de processos de inquérito prévio, entre os quais as inspeções, que podem assumir um carácter determinante para a prova da ilegalidade de comportamentos das empresas suscetíveis de implicar a sua responsabilidade*”.

Por conseguinte, continuou o TJUE³², “[...] *se certos direitos de defesa dizem apenas respeito a processos contraditórios abertos por uma comunicação de acusações, outros direitos, por exemplo o de receber assistência jurídica e o de preservar a confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente (reconhecida por este Tribunal no acórdão [...] AM&S [...]), devem ser respeitados desde a fase do inquérito preliminar*”.

Transpondo este raciocínio para o quadro da aplicação do direito comunitário da concorrência, podemos afirmar, como princípio geral, que as comunicações entre advogados e clientes são automaticamente objeto de *legal privilege* a partir do momento no qual a Comissão inicia os procedimentos administrativos.

Contudo, o privilégio deve igualmente cobrir as anteriores comunicações que tenham uma relação direta com a matéria objeto do procedimento, ou seja, que consubstanciem uma antecipação a tal procedimento, pelo que importa retroagir a um momento prévio ao início da investigação. Fundamentalmente o que aqui está em causa são os “factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da inspeção” ou os “factos que se prendam com o objeto e a finalidade de uma inspeção”, a que se referem, respetivamente, a alínea *e*) do n.º 2 do artigo 22.º e a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 23.º, ambos do Regulamento n.º 1/2003.

Foi, porém, no Despacho Hilti, que, relativamente à confidencialidade da correspondência advogado-cliente, se tornou definitivamente claro que a noção de correspondência deve ser interpretada de modo amplo e numa perspetiva teleológica.

Com efeito, ali se considerou que uma nota interna da empresa que reproduz, para permitir a reflexão dos quadros responsáveis, o texto ou o conteúdo

31 Acórdão 46/87, n.º 15.

32 Acórdão 46/87, n.º 16.

de pareceres recebidos de consultores jurídicos independentes, logo externos à empresa³³, está igualmente abrangida pelo *legal privilege*.

Nos termos do despacho, *“ainda que esses pareceres jurídicos não tenham sido recebidos por correspondência, deve considerar-se que o princípio da proteção conferida às comunicações entre o advogado e o seu cliente não pode ser posto em causa pelo simples facto de o conteúdo dessas comunicações e desses pareceres jurídicos ter sido reproduzido em documentos internos da empresa. Assim, tendo em conta a sua finalidade, o princípio da proteção conferida às comunicações entre o advogado e o seu cliente deve ser entendido como abrangendo também as notas internas que se limitam a reproduzir o texto ou o conteúdo dessas comunicações”*³⁴.

Corresponde pois, indiscutivelmente, à orientação da jurisprudência comunitária o entendimento de que não é a forma de que se reveste tal “correspondência” (e, em relação com ela, a identidade do seu emissor ou destinatário imediato), mas o seu conteúdo e finalidade que contam para delimitar o âmbito de proteção da confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado³⁵.

Ponto é que a documentação em causa se insira no quadro dos contactos entre a empresa e os advogados que a assistem, necessários para garantir, por parte destes, o apoio jurídico indispensável ao exercício dos direitos de defesa daquela.

1.5. As condições requeridas pelo TJUE para o reconhecimento da confidencialidade

Como se sabe, o acórdão AM&S subordinou a proteção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente a duas condições:

- (i) Que tais comunicações tenham lugar no âmbito e para os efeitos da defesa do cliente;
- (ii) Que as referidas comunicações sejam estabelecidas com advogados independentes, ou seja que não estejam ligados ao cliente por uma relação laboral (adiante designados “advogados internos”).

33 Despacho T-30/89, n.ºs 16, 17 e 18.

34 Despacho T-30/89, n.º 18.

35 A adoção, pelo Tribunal de Justiça, de uma *conceção finalista* dos direitos de defesa e, nesse âmbito, da confidencialidade das comunicações advogado-cliente, é sublinhada por Pliakos, 1987: 272 e 277.

As referidas condições foram estabelecidas pelo Tribunal, conforme supra se referiu, tendo em conta, por um lado, o disposto no Regulamento n.º 17/62 e, por outro lado, os princípios jurídicos comuns existentes nos Estados-membros.

Tendo em conta, no que se refere ao primeiro aspeto, que o Regulamento n.º 17/62 foi revogado pelo Regulamento n.º 1/2003, importa referir que este último estabelece, à semelhança do que o fazia aquele, que a Comissão deve dar às empresas ou associações de empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas³⁶.

O Regulamento n.º 1/2003 acrescenta também, na esteira da jurisprudência dos tribunais comunitários, que a Comissão deve basear as suas decisões apenas em acusações sobre as quais as partes tenham tido oportunidade de apresentar as suas observações, devendo os direitos de defesa das partes interessadas ser plenamente acautelados no desenrolar de um processo³⁷.

Para além disso, 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 artigos 81.º e 82.º do Tratado CE³⁸, veio desenvolver e codificar certos poderes da Comissão decorrentes do Regulamento n.º 1/2003, em particular no que respeita aos poderes para registar declarações e inquirir representantes ou membros do pessoal de empresas a inspecionar, ao tratamento de denúncias, ao acesso aos processos e ao tratamento de informações confidenciais e ao exercício do direito de audição por parte das empresas envolvidas.

Assim sendo, não se nos afigura que os referidos Regulamentos hajam trazido alterações relativamente às condições de proteção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente previamente estabelecidas pelo Tribunal de Justiça, tendo antes procurado aprofundar regras procedimentais e coligir princípios decorrentes da jurisprudência comunitária nesta matéria. Adiante voltaremos a abordar esta matéria.

No que se refere ainda à categoria de documentos protegidos pela confidencialidade, importa também referir que o “Relatório Edward”, preparado

36 Cfr. n.º 1 do artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003.

37 Cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003. O referido n.º 2 do artigo 27.º confere ainda o direito das partes consultarem o processo em poder da Comissão, sob reserva de informações que constituam segredos comerciais, informações confidenciais e documentos internos da Comissão e das autoridades de concorrência dos Estados-membros.

38 JO n.º L 123, de 27.4.2004, p. 18, com a mais recente alteração que lhe foi introduzida pelo Regulamento (UE) n.º 2015/1348 da Comissão, de 3 de agosto de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO n.º L 208, de 5.8.2015, p. 3.

no âmbito do CCBE, e ao qual atrás nos referimos, refere, muito impressionantemente, que:

“Privilege’ attaches to communications, rather than to the information communicated, the person to or by whom it was communicated, or the method (oral or documentary) of communication. In a disputed case, therefore, the law will look at the relationship which existed between the parties concerned at the time when the communication was made. [...] The question in each case is whether the communication was made to or by a lawyer in his professional capacity as a legal adviser or advocate”³⁹. “For the same reason, it is not necessary that a formal legal relationship should have been created between lawyer and client in order that a communication should become privileged. [...] Similarly, where a lawyer is preparing a client’s case, and communicates with third parties for that purpose, the communications between the lawyer and those parties are privileged. Again, the court will look at the de facto relationship which existed when the communication was made”⁴⁰. “The document is equally protected whether it is in the hands of the lawyer, or in those of the client, or in those of a third party”⁴¹.

Este é, diga-se, um dos casos típicos em que a evolução das circunstâncias em que é exercida a missão dos advogados, num contexto de globalização crescente e em que é requerida a sua assistência, no quadro de operações cada vez mais complexas, a grupos empresariais presentes praticamente na totalidade dos Estados-membros (e para além deles), exige uma interpretação particularmente firme e cuidadosa das exigências de confidencialidade das comunicações com os seus clientes.

Neste contexto, o fenómeno da *joint defence* conhece, por força dessa evolução (bem como da correspondente globalização no exercício da advocacia e do aumento da dimensão das firmas de advogados), uma generalização crescente e ficariam em grave risco os direitos fundamentais associados ao *legal privilege*, designadamente os direitos de defesa, se este não fosse reconhecido nesse quadro⁴².

39 Relatório Edwards, p. 18, § 32.

40 Relatório cit., pp. 18/19, § 33.

41 Relatório, cit., p. 19, § 34. No mesmo sentido, ver as Conclusões Slynn, no processo AM&S, p. 1654-1655, e a lapidar argumentação ali desenvolvida.

42 Cfr., a este respeito, a *Resolución* (Expte. R 508/02 v, Pepsi-Cola/Coca-Cola) do Plenário do *Tribunal de Defensa de la Competencia Espanhol*, de 22 de julho de 2002.

Dir-se-ia aliás que o próprio TJUE o intuiu e teve em consideração ao deixar claro, no acórdão AM&S, que: *“tendo em conta os princípios do Tratado relativos à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, a proteção assim concedida pelo direito comunitário, em particular no quadro do Regulamento n.º 17/62, à correspondência entre os advogados e os seus clientes deve aplicar-se indistintamente a todos os advogados inscritos na Ordem de um dos Estados-membros, qualquer que seja o Estado-membro em que reside o cliente”*⁴³.

Em todo o caso, e em nosso entender, o TJUE deu já um princípio de resposta – esclarecida e lapidarmente positiva – a esta questão, na sua decisão no processo AM&S.

Com efeito, nas suas Conclusões, o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn havia abordado a questão da confidencialidade devida a certos documentos elaborados por ou com a colaboração de advogados no quadro da assistência conjunta às empresas de um mesmo grupo (no caso o Grupo Rio Tinto Zinc).

O Advogado-Geral, depois de reconhecer que um parecer de advogado que se encontrava na posse de uma das empresas do grupo, pode, de facto, ter sido pedido em nome de todos os membros do grupo⁴⁴, concluiu: *“Tel est certainement le cas lorsque, comme en l’espèce, un membre du groupe a pour fonction de fournir des avis juridiques au groupe entier. Dans cette situation, il semble juste de considérer que l’intérêt commun de tous les membres du groupe justifie de considérer comme confidentiels les documents qui ont été rédigés par ou pour un membre du groupe et qui sont trouvés en possession d’un autre”*⁴⁵.

O TJUE confirmou integralmente este entendimento ao reconhecer a confidencialidade do documento n.º 7 constante da lista apresentada ao Tribunal, justamente aquele que, como resulta das Conclusões, se encontrava na situação descrita.

1.6. Os poderes de investigação da Comissão e os seus limites

Deve sublinhar-se que o respeito devido à confidencialidade das comunicações entre clientes e advogados, se constitui um critério de interpretação e um limite ao exercício dos poderes de instrução e de investigação da Comissão Europeia, atualmente previstos no artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003

43 Acórdão 155/79, n.º 25.

44 Na versão francesa das Conclusões, que citamos por ser a única de momento disponível: *“peut en fait avoir été demandé au nom de tous les membres du groupe”*.

45 Versão francesa, pela razão indicada na nota precedente.

(e anteriormente constantes do artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62), de forma alguma põe em causa o cumprimento dos deveres da Comissão e a realização dos objetivos do Regulamento.

Com efeito, não só todos os poderes a que se refere o artigo 20.º são deixados intactos em tudo o que não colida com o *legal privilege*, como além disso, sobre as matérias a que se referem os documentos protegidos, a Comissão (ou, sendo caso disso, qualquer autoridade nacional de concorrência) pode obter os necessários elementos de informação factual através dos outros mecanismos legais ao seu dispor, designadamente os previstos nos artigos 17.º e 18.º do Regulamento n.º 1/2003.

O TJUE deu aliás, em dois bem conhecidos acórdãos⁴⁶, uma versão extremamente ampla e operacional dos poderes conferidos à Comissão pelo anterior artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62 para cumprimento da sua missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum.

São esses poderes (ou poderes equivalentes) que têm permitido à Comissão Europeia (e às autoridades nacionais de concorrência) proceder à investigação eficaz das práticas anticoncorrenciais no mercado comum, em particular as mais graves, com vista ao seu efetivo sancionamento⁴⁷.

Nem no plano comunitário, nem em qualquer Estado-membro, a invocação do segredo profissional ou da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente (aliás raramente sujeita a controvérsia) constituiu obstáculo ao eficaz exercício dessas competências e ao cumprimento das missões confiadas às autoridades de concorrência.

Mas, em todo o caso, o TJCE deixou bem claro que o artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62 “*não pode ser objeto de uma interpretação que conduza a resultados incompatíveis com os princípios gerais do direito comunitário, e nomeadamente com os direitos fundamentais*”⁴⁸.

Mais precisamente, declarou⁴⁹ que: “*Para interpretar o artigo 14.º do Regulamento 17, há que ter em conta, nomeadamente, as exigências que decorrem do respeito dos direitos de defesa, princípio cujo carácter fundamental foi sublinhado em muitas ocasiões pela jurisprudência do Tribunal de Justiça*”.

46 Acórdão 136/79, n.º 20; Acórdão 46/87, n.ºs 25-27.

47 A própria Comissão sublinha o êxito dessa tarefa no seu Livro Branco sobre a Modernização da aplicação das regras de concorrência e nas notas explicativas do projeto de novo regulamento.

48 Acórdão 46/87, n.º 12.

49 *Idem*, n.º 14.

E reforçando, mais adiante⁵⁰, a ideia: “*Se o artigo 14.º do Regulamento 17 confere [...] à Comissão amplos poderes de investigação, o exercício desses poderes está submetido a condições suscetíveis de garantir o respeito dos direitos das empresas envolvidas*”.

Ora, dado que o fundamental do que, a este respeito, importa ter em conta da redação do artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62 se manteve na redação do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, não se antevê que a respeito deste último Regulamento se possa ou deva entender de forma diferente.

Importa ainda frisar que o facto de a Comissão até hoje não ter encontrado obstáculos para a sua missão também se deve à possibilidade fáctica de se tornar certas legislações mais restritivas ao nível do *legal privilege*. Vejamos um exemplo prático.

As empresas A e B são suspeitas de, concertadamente, fixarem preços, prática proibida á luz do direito da concorrência. A empresa A tem sede no Reino Unido, e uma empresa subsidiária em Itália.

Quer a UK *Competition & Markets Authority* (CMA) quer a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) desenvolvem *daawn raids*.

A CMA, de acordo com as regras procedimentais do Reino Unido, não pode fornecer comunicações entre os advogados internos da empresa A e os respetivos dirigentes, enquanto em Itália tal limitação não existe.

Assim, na empresa subsidiária podem tirar-se cópias da informação e circulá-las por outros membros da Rede de Autoridades Nacionais de Concorrência, incluindo a CMA, assim se torneando as regras do *legal privilege* do Reino Unido.

Eis, pois, uma situação prática paradigmática do quão possível é assegurar o cumprimento da missão de investigação da Comissão, em prejuízo de um efetivo cumprimento da legislação mais restritiva ao nível do *legal privilege*.

Este tipo de situações continuará, invariavelmente, a ocorrer enquanto não se optar por um rumo harmonizador na UE no respeitante às regras reguladoras do *legal privilege*, algo que, a suceder, necessariamente colidirá com a autonomia procedimental de cada um dos Estados-membros, um dos princípios basilares do Direito Comunitário.

Esclareça-se, além disso, que o respeito da confidencialidade das comunicações com os advogados, que se impõe *vis-à-vis* da própria Comissão ou de outra autoridade de controlo, não se confunde com o respeito devido aos segredos profissionais das empresas.

50 *Idem*, n.º 28.

Regulado anteriormente no artigo 20.º do Regulamento n.º 17/62 e atualmente no artigo 28.º do Regulamento n.º 1/2003, o sigilo profissional a que as empresas e outras entidades têm direito nesta matéria significa apenas: (a) que as informações obtidas nos termos dos artigos 17.º a 22.º do Regulamento n.º 1/2003 (anteriormente nos artigos 11.º, 12.º, 13.º e 14.º do Regulamento n.º 17/62) só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido obtidas; e (b) que, em princípio, a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-membros, bem como os seus funcionários e agentes, são obrigados a não divulgar as informações obtidas e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional.

A existência de eventuais segredos profissionais das empresas não pode, pois, ser invocada por estas como causa justificativa da não comunicação à Comissão de certos documentos ou informações. O sigilo profissional (e, no seu âmbito, o segredo comercial das empresas) não se impõe assim face à autoridade de controlo, mas apenas face a terceiros.

Torna-se portanto claro, à luz de tudo o que atrás se escreveu, que o conteúdo e o âmbito de aplicação do segredo profissional, por um lado, e do *legal privilege*, por outro, tal como consagrados em direito comunitário, são distintos, e que os mecanismos previstos com vista à proteção do primeiro são inteiramente inadequados para assegurar a proteção do segundo.

Tenha-se em conta, por outro lado, que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁵¹, o Regulamento n.º 17/62 não reconhecia às empresas que fossem objeto de medidas de investigação o direito de se furtar à execução dessas medidas, com o fundamento de que daí poderia resultar a prova da sua participação numa infração às regras de concorrência, impondo assim uma obrigação de colaboração ativa, que implicava que as empresas pusessem à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objeto da investigação. Não se vislumbra, a este respeito, que qualquer modificação tenha sido introduzida pelo Regulamento n.º 1/2003 que possa ter alterado esta posição, pelo que a mesma deverá manter-se igualmente válida aquando da aplicação deste Regulamento.

As limitações à referida obrigação, reconhecidas pelo Tribunal de Justiça nos citados acórdãos *Orkem e Solvay*⁵², decorrem exatamente da necessidade de assegurar o respeito dos direitos de defesa, o que levou o Tribunal a deixar claro

51 Acórdão 374/87 e Acórdão 27/88, em particular, n.ºs 24 e 27, respetivamente.

52 Cfr., respetivamente, os n.ºs 29 a 38 e 32 a 42 dos acórdãos.

que “a Comissão [...] não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa”⁵³.

“Corolário essencial” do pleno exercício dos direitos de defesa, na eloquente expressão do acórdão *AM&S*⁵⁴, a confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente deve, pois, ser salvaguardada, em todas as circunstâncias e na medida mais lata possível, nos procedimentos de aplicação das regras comunitárias de concorrência.

Por último, chama-se ainda a atenção para dois novos aspetos que a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 veio trazer.

Por um lado, o artigo 21.º do referido Regulamento prevê que a Comissão possa agora ordenar uma inspeção a outras instalações, terrenos ou meios de transporte que não os das próprias empresas e associações de empresa, nestes se incluindo o domicílio dos dirigentes, dos administradores e de outros colaboradores das empresas ou associações de empresas em causa. Para tal, basta que exista uma “suspeita razoável de que os livros ou outros registos relativos à empresa relacionados com o objeto da inspeção, os quais podem ser pertinentes para provar uma violação grave dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado”, se encontrem nas referidas instalações, terrenos ou meios de transporte⁵⁵.

A isto acresce a consagração expressa dos poderes dos funcionários da Comissão e seus acompanhantes mandatados poderem apor selos em quaisquer instalações, livros ou registos relativos às empresas, por períodos e na medida necessária às inspeções, bem como a menção expressa do poder que lhe é conferido de solicitar a qualquer representante ou membro do pessoal da empresa explicações sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da inspeção e de registar as respetivas respostas⁵⁶.

A este respeito, importará igualmente mencionar que as autoridades nacionais de concorrência podem proceder, nos respetivos territórios, a quaisquer inspeções ou outras medidas de inquérito, em aplicação da respetiva legislação

53 Acórdãos citados, respetivamente n.ºs 31 e 34.

54 Supra citado, n.º 23.

55 As razões que levem a Comissão a concluir que existe tal suspeita devem ser expressamente indicadas na decisão daquela a ordenar a inspeção, devendo ainda a ou as autoridades nacionais de concorrência em cujo território tenha lugar a inspeção ser previamente consultadas antes da adoção de uma tal decisão e estando a respetiva execução dependente de autorização prévia das competentes autoridades judiciais nacionais quanto à autenticidade da decisão e quanto ao carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 21.º do Regulamento n.º 1/2003).

56 Cfr. as alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003. Vide ainda os poderes genéricos para registar declarações constantes do artigo 19.º do mesmo Regulamento.

nacional, em nome e por conta das autoridades de outros Estados-membros, a fim de determinar a existência de uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE. De igual forma, as autoridades nacionais podem, a pedido da Comissão, proceder às inspeções que esta considere necessárias ou que tenha ordenado mediante decisão⁵⁷.

Por outro lado, nos termos do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003, as autoridades nacionais de concorrência e a Comissão podem proceder à troca de informações entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais, para efeitos de aplicação quer dos artigos 101.º ou 102.º, quer, em paralelo, da respetiva legislação nacional em matéria de concorrência⁵⁸.

Ainda no âmbito do artigo 12.º, concretamente nos termos do segundo travessão do n.º 3, as informações em causa só podem ser utilizadas como meios de prova para impor sanções a pessoas singulares se tiverem sido *“recolhidas de uma forma que respeite um nível de proteção dos direitos de defesa das pessoas singulares idêntico ao previsto nas regras nacionais da autoridade recetora”*.

Importa também, e por fim, dar ênfase ao teor da segunda parte do n.º 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003, segundo o qual: *“Os funcionários das autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspeções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respetiva legislação nacional”*.

Quer isto significar, em termos práticos, que, por exemplo, se a Autoridade da Concorrência portuguesa levar a cabo uma inspeção em Portugal a pedido da Comissão, vigorarão as regras de procedimento portuguesas, não podendo assim, como melhor adiante se verá, ser remetidos documentos que estejam sob a proteção do *legal privilege* ao abrigo do direito português, mesmo que o Direito Comunitário os qualifique como não devendo ser objeto de tal privilégio.

1.7. As evoluções mais recentes do âmbito de proteção da confidencialidade na jurisprudência comunitária

A mais recente jurisprudência dos Tribunais Comunitários a respeito da proteção da confidencialidade nas relações entre advogados e clientes resulta,

57 Cfr. os n.ºs 1 e 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003.

58 Embora as informações trocadas só possam ser utilizadas como meios de prova em relação à questão para as quais foram recolhidas pela autoridade transmissora (cfr. 1.ª parte do n.º 2 do artigo 12.º do Regulamento 1/2003).

em primeiro lugar, do despacho e subsequentes acórdãos no caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd*⁵⁹.

Mas antes mesmo de nos debruçarmos sobre estes processos importa não olvidar um outro Despacho do TPI o qual também assume alguma importância, ajudando a clarificar a jurisprudência da matéria em apreço.

Referimo-nos, em concreto, ao Despacho do presidente do TPI, de 3 de março de 1998, que considerou como válida a decisão de indeferimento, pelo Conselho, de um pedido de acesso, por um particular, a certos documentos, nomeadamente a opiniões provenientes dos Serviços Jurídicos do Conselho e da Comissão relativas a um determinado projeto legislativo.

O presidente do TPI concordou, de facto, com a fundamentação do indeferimento do Conselho, entendendo que os documentos em causa se tratavam de simples instrumentos de trabalho cuja divulgação teria por efeito tornar público o debate e as trocas de pontos de vista internos às instituições sobre a legalidade e o alcance do ato jurídico a aprovar, o que poderia criar uma incerteza quanto à legalidade dos atos comunitários e ter consequências negativas tanto no que toca à estabilidade da ordem comunitária como ao bom funcionamento das instituições, interesses públicos cujo respeito deve ser assegurado.

Para além da exigência de assegurar “*a proteção da segurança jurídica e da estabilidade do direito comunitário*”, foi ainda sublinhada, pelo TPI, a necessidade de salvaguardar “*a faculdade, para o Conselho, de colher pareceres jurídicos independentes*”.

É certo que as diferenças entre este caso e o acórdão *AM&S* são evidentes: não há como comparar a posição de uma empresa suspeita de infringir as normas da concorrência com a posição de autoridades públicas cuja missão passa precisamente pela garantia da aplicação daquelas mesmas regras.

No entanto, este Despacho do TPI é-nos útil quanto mais não seja para percebermos a conceção de tal tribunal quanto à natureza do aconselhamento jurídico prestado pelos advogados das instituições comunitárias: ainda que subordinados juridicamente a tais instituições, o TPI não só não os considera como verdadeiros “advogados internos” das instituições, como antes enfatiza a “independência” do seu aconselhamento jurídico.

Feita esta referência, detenhamo-nos, então, nos referidos processos *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia*.

59 Despacho T-125/03 R; Acórdão T-125/03; Acórdão C 550/07 P.

Tais processos tiveram origem na investigação que a Comissão empreendeu nas instalações das referidas empresas e em alguns dos diversos documentos que aquela apreendeu, o que motivou as empresas a solicitarem ao TPI pedidos de providências cautelares que constituíram os citados processos apensos.

Com efeito, a Comissão apreendeu essencialmente dois conjuntos de documentos que os recorrentes entendiam estarem sujeitos a confidencialidade.

Tratava-se, por um lado, de um memorando dactilografado do Diretor-Geral da *Akcros* para um dos seus superiores, o qual, segundo os recorrentes, conteria informações compiladas pelo referido Diretor no decurso de discussões internas com os seus funcionários, com o propósito de obter aconselhamento jurídico externo no quadro de um programa de cumprimento do direito da concorrência (“*competition law compliance programme*”), preparado por advogados externos e já posto em curso pela *Akzo*. A Comissão apreendeu também uma cópia deste mesmo documento o qual continha notas manuscritas referenciando contactos e o nome de um dos advogados representantes dos recorrentes.

A Comissão, depois de discutir o assunto com os recorrentes e não ter chegado a uma conclusão na altura sobre se os referidos documentos estariam ou não sujeitos a confidencialidade, acabou por copiá-los e colocá-los num envelope selado, que levou consigo após o termo da investigação.

Por outro lado, a Comissão apreendeu ainda um documento com uma série de notas manuscritas do referido Diretor-Geral, as quais, segundo as recorrentes, teriam sido utilizadas durante as referidas discussões com empregados, com o intuito de preparar o memorando dactilografado *supra* referido.

Por último, foram apreendidos *e-mails* trocados entre o Diretor-Geral da *Akcros Chemicals* e o coordenador de direito da concorrência da *Akzo Nobel*, o qual, sendo um advogado inscrito na Ordem dos Advogados Holandesa, era também membro do Departamento Jurídico da *Akzo Nobel* e, conseqüentemente, empregado por esta numa base permanente.

Após ter revisto este último conjunto de documentos (notas manuscritas e *e-mails*) e ter ouvido as explicações das recorrentes, a chefe da equipa de investigação da Comissão entendeu que os mesmos não estariam sujeitos a confidencialidade. Assim, fotocopiou os documentos em questão e colocou-os juntamente com os demais documentos apreendidos, não os tendo colocado, por conseguinte, num envelope selado, conforme tinha procedido relativamente aos documentos anteriormente descritos.

As empresas comunicaram posteriormente à Comissão as razões pelas quais consideravam que todos os *supra* referidos documentos estariam a coberto

da confidencialidade, tendo a Comissão respondido não estar convencida da argumentação daquelas.

Posteriormente, a Comissão acabou por adotar uma Decisão formal, ao abrigo do n.º 3 do artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62, em que rejeitava o pedido das empresas de devolução de todos os documentos *supra* referidos e a confirmação da destruição de todas as cópias na sua posse e, bem assim, que pretendia proceder à abertura do envelope selado que continha o primeiro conjunto de documentos acima mencionados.

No que respeita ao memorando dactilografado, depois de recordar a jurisprudência anterior, nomeadamente nos casos AM&S, Hilti, Hoechst e Orkem, o Presidente do TPI sublinhou que, a fim de permitir a um advogado exercer, de uma forma efetiva e útil, o seu papel de colaborador da justiça, tendo em vista o exercício dos direitos de defesa, pode ser necessário, em certas circunstâncias, que um cliente prepare documentos ou sumários de trabalho, nomeadamente com o propósito de recolher informações que o advogado possa considerar como úteis (ou mesmo indispensáveis) para compreender o contexto, a natureza e o alcance dos factos relativamente aos quais a sua colaboração é solicitada. A preparação de tais documentos pode revelar-se particularmente necessária, considerou o Presidente, em assuntos que envolvam informações consideráveis e complexas, conforme é o caso, em particular, de processos abertos com vista à aplicação de sanções por violações dos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Assim sendo, o Presidente do TPI entendeu que, caso a Comissão pudesse fotocopiar tais documentos, as consequências dessa ação poderiam, à primeira vista, comprometer irremediavelmente os direitos de defesa da empresa em causa. Com efeito, a Comissão poderia, assim, dispor de provas que lhe forneceriam, de imediato, informações sobre as opções de defesa à disposição da empresa, tendo o Presidente concluído, em conformidade, que tal tipo de documentos deveriam ser sujeitos a confidencialidade.

Debruçando-se depois sobre o caso em concreto, o Presidente considerou, no entanto, que, conforme defendido pela Comissão, a mera existência de um programa de cumprimento do direito da concorrência como o referido, elaborado por advogados externos, não era, *prima facie*, suficiente para considerar que um documento preparado no contexto de um tal programa deveria ser considerado como confidencial. Com efeito, devido à sua amplitude, este tipo de programas incluem tarefas que, com frequência, excedem amplamente o exercício de direitos de defesa.

Não obstante, no caso em apreço, o Presidente acabou por deliberar provisoriamente que o memorando dactilografado em questão se encontrava sujeito a confidencialidade, posto que o mesmo teria sido aparentemente redigido com o propósito exclusivo de obter aconselhamento jurídico do respetivo advogado no contexto do exercício dos direitos de defesa.

Tal decisão foi tomada, tendo por base (i) o conteúdo dos documentos em causa; (ii) as próprias minutas da conferência telefónica redigidas pelo advogado; (iii) o facto de uma das cópias do memorando ter uma nota manuscrita com o nome do referido advogado e isso (iv) independentemente da inexistência de uma referência expressa no memorando à intenção de buscar aconselhamento.

Porém, o Presidente considerou que, apesar de o exercício dos direitos de defesa ser justificado no caso de uma consulta relacionada com uma investigação em curso, importaria, nas ações principais, apreciar as condições precisas em que, do ponto de vista material e temporal, tais documentos poderiam efetivamente constituir um exercício dos direitos de defesa.

Relativamente às notas manuscritas, o Presidente considerou, após ter comparado a sua estrutura e a sua substância com os memorandos em que alegadamente se teriam baseado, que de facto aquelas eram idênticas à do memorando, tendo concluído que as notas manuscritas nunca teriam sido elaboradas, tal como o memorando, se o respetivo autor não tivesse pretendido consultar um advogado acerca do seu conteúdo.

No que respeita mais concretamente à questão das *comunicações de advogados internos*, o Presidente do TPI examinou a questão relativamente ao referido conjunto de e-mails trocados entre o Diretor Geral da *Akros Chemicals* e o coordenador de direito da concorrência da *Akzo Nobel*.

O Presidente do Tribunal começou, a este respeito, por lembrar que, de acordo com os princípios resultantes da jurisprudência *AM&S*, a proteção conferida pelo direito comunitário (na altura no contexto do Regulamento n.º 17/62) a comunicações escritas entre os advogados e seus clientes é aplicável apenas na medida em que tais advogados sejam independentes, ou seja, que não estejam ligados ao cliente por uma relação laboral. Assim sendo, as comunicações em questão não estariam, em princípio, abrangidas pela proteção de confidencialidade concedida à correspondência entre advogados e os seus clientes.

A Comissão, por sua vez, argumentava ainda e essencialmente que os Estados-membros não reconhecem, de forma unânime, o princípio segundo o qual a

correspondência trocada com advogados internos deve ser considerada como confidencial.

Para além disso, a Comissão realçou o facto de ser necessário evitar que uma extensão do segredo profissional pudesse facilitar abusos que permitissem encobrir provas de uma infração às regras da concorrência do Tratado e, consequentemente, impedi-la de cumprir a missão que lhe incumbe de velar pelo cumprimento das referidas normas.

Todavia, o Presidente do TPI considerou que os argumentos aduzidos, a este respeito, pelas partes e pelos intervenientes *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (Conselho Geral da Ordem de Advogados Holandesa), *European Company Lawyers Association* (ECLA)⁶⁰ e o *Council of the Bars and Law Societies of the European Union* (CCBE) levantavam uma questão de princípio, a qual deveria ser objeto de uma atenção muito especial e que não poderia ser resolvida no quadro de uma providência cautelar.

Não obstante, o Presidente lembrou que a doutrina resultante do acórdão *AM&S* era baseada, *inter alia*, na interpretação de princípios comuns aos Estados-membros existentes em 1982.

A este respeito, é de notar que, ao contrário do que o Tribunal de Justiça acabou por decidir, quer o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn quer o próprio

60 A criação da ECLA foi precisamente precipitada pelo Acórdão 155/79 (*AM&S*), sendo que, desde então, a principal missão desta associação tem sido, de facto, defender a extensão do *legal privilege* na UE aos “advogados internos”. Sistematizamos, de seguida, alguns dos argumentos que têm vindo a ser veiculados pela ECLA: (i) não existe uma sólida base para diferenciar os “advogados internos” dos “advogados independentes”; (ii) tem havido uma grande evolução do conceito de “advogado interno” desde o acórdão *AM&S*; (iii) os advogados internos têm as mesmas qualificações académicas no plano jurídico que os advogados independentes, não raras vezes estando sujeitos a regras de ética profissional (como o próprio Presidente do TPI o reconheceu); (iv) ainda que os advogados independentes não se relacionem com os respectivos clientes por via de um contrato de trabalho, a remuneração que recebem dos clientes equivale a serem advogados assalariados; (v) uma relação de emprego não retira necessariamente a independência intelectual a um advogado interno; (vi) a aplicação do Acórdão *AM&S* conduz a que os advogados internos não possam conceder apoio jurídico escrito em matéria de direito comunitário da concorrência, o que é frustrante e reduz eficiência; (vii) não obstante disporem de advogados internos, para assegurar a proteção do *legal privilege*, as empresas vêm-se forçadas a recorrer igualmente a “advogados independentes”, com inerentes custos financeiros e de morosidade, o que é preocupante sobretudo ao nível das PME. Refira-se ainda que, previamente à adoção do Regulamento 1/2003, os membros da ECLA aprovaram um *position paper* no qual propuseram que no Regulamento viesse a constar o seguinte texto: “*Communications between a client and outside or in-house counsel containing or seeking legal advice shall be privileged, provided that the legal counsel is properly qualified and complies with adequate rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced in the general interest by the professional associations to which the legal counsel belongs*”. Todavia, este texto não veio a ser integrado no referido regulamento, o que facilmente se percebe, na medida em que seria consagrar num regulamento da Comissão uma solução divergente da jurisprudência do TJUE, nomeadamente o acórdão *AM&S*. Refira-se que o próprio eurodeputado Evans havia proposto o mesmo texto no Relatório que apresentou em sessão do PE de 21 de junho de 2001 (PE 296.005), o qual foi rejeitado em Plenário de 6 de setembro de 2001 por 404 votos contra e 69 a favor.

representante da Comissão no processo *AM&S* se pronunciaram pela inexistência de diferença de tratamento entre advogados independentes e advogados internos, desde que estes últimos estivessem igualmente submetidos a regras de disciplina e deontologia profissional.

Contudo, é provável que a decisão do Tribunal de excluir a confidencialidade tenha sido influenciada pelo facto de o Advogado-Geral referir que, naquela altura, pelo menos em 4 países (Bélgica, França, Itália e Luxemburgo) um “emprego a tempo inteiro” ser incompatível com a integralidade do estatuto profissional de advogado.

Assim, foi entendimento do Presidente do TPI que seria necessário determinar, no caso em questão, se as Partes e os intervenientes teriam carreado provas sérias de que, tendo em conta a evolução do Direito comunitário e dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros desde o referido acórdão *AM&S*, não podia excluir-se que a proteção da confidencialidade devesse ser agora extensiva à correspondência entre advogados empregados de forma permanente por uma empresa.

O Presidente do TPI considerou existirem alguns argumentos neste sentido que não se lhe afiguravam destituídos de pertinência.

Com efeito, os referidos intervenientes teriam produzido provas que indicavam que, desde 1982, vários Estados-membros haviam adotado normas que visavam conceder confidencialidade a comunicações escritas com advogados empregados de forma permanente por uma empresa, sempre que estes estivessem sujeitos a determinadas regras deontológicas. Tal teria sucedido, em particular, na Bélgica e na Holanda, sendo que a ECLA teria ainda argumentado que tais regras já existiriam na maioria dos Estados-membros, no que foi contraditada pela Comissão, que defendia a sua existência apenas numa minoria de Estados-membros.

E embora não lhe fosse possível, no quadro de um procedimento cautelar, proceder a uma análise profunda e detalhada dos argumentos e provas aduzidas, o Presidente do Tribunal considerou que os mesmos pareciam ser capazes *prima facie* de demonstrar que o papel dos advogados independentes de colaboração na administração da justiça pelos tribunais – o qual provou ser decisivo para o reconhecimento da proteção de comunicações escritas nas quais sejam partes⁶¹ –, podia atualmente ser partilhado, até a um certo grau,

61 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 24.

por advogados empregados em empresas numa base permanente, nos casos em que estes estejam sujeitos a estritas regras de conduta profissional.

Isto até porque os argumentos e provas aduzidos tendiam a demonstrar não poder presumir-se, nas ordens jurídicas dos Estados-membros e, em consequência, na ordem jurídica comunitária, que a relação laboral entre um advogado e uma empresa afectará sempre e por princípio a independência necessária para o eficaz exercício da função de colaborador com a administração da justiça, desde que, adicionalmente, tal advogado se encontre sujeito a rigorosas regras deontológicas, as quais, se necessário, lhe impõem o respeito de obrigações especiais que possam decorrer do seu estatuto.

O Presidente considerou, por isso mesmo, que os argumentos aduzidos pelos recorrentes e intervenientes justificavam a reanálise da complexa questão inerente às circunstâncias em que as comunicações escritas com advogados empregados por uma empresa, numa base permanente, poderão encontrar-se abrangidas pela proteção da confidencialidade, desde que os advogados em questão se encontrem sujeitos a regras de conduta profissional equivalentes às que são impostas aos advogados independentes.

No caso em questão, ficou demonstrado, à primeira vista, que o advogado empregado pelas recorrentes numa base permanente estava, de facto, sujeito a regras deontológicas equivalentes às que se encontravam sujeitos os advogados independentes inscritos na Ordem Holandesa.

No entender do Presidente do TPI, a necessidade de cuidadosa consideração da questão de princípio suscitada não era prejudicada pela alegação da Comissão segundo a qual o reconhecimento da confidencialidade, no respeitante à correspondência trocada com advogados empregados de forma permanente, poderia dar lugar à criação de diferentes regimes no seio da União Europeia, consoante os advogados internos fossem ou não autorizados pelos Estados-membros a inscrever-se como membros de uma Ordem de Advogados.

O Presidente deixou, no entanto, para análise detalhada no quadro do processo principal *(i)* o preciso conteúdo e alcance do direito de confidencialidade a ser reconhecido, *(ii)* as regras comunitárias e nacionais aplicáveis aos advogados independentes e aos advogados internos; e, finalmente, *(iii)* as alternativas legais e práticas à disposição das empresas estabelecidas em Estados-membros que não permitem que advogados internos sejam membros de uma Ordem de Advogados.

O Presidente decidiu, a final, suspender a parte da Decisão da Comissão em que esta afirmava ir proceder à abertura do envelope selado que continha o

memorando dactilografado do Diretor-Geral da *Akcros*, a sua cópia com notas manuscritas e o documento com as notas manuscritas do referido Diretor-Geral e, concomitantemente, ordenar que tal envelope permanecesse na Secretaria do Tribunal até à decisão deste, no quadro do processo principal.

Decorria, assim, do referido Despacho que os tribunais comunitários pareciam então dispostos a revisitar a questão da proteção da confidencialidade das comunicações das empresas com advogados internos, tendo designadamente em conta as evoluções pertinentes no direito dos Estados-membros e o seu impacto sobre o direito comunitário.

E se é verdade que o Despacho em causa teria apenas, a este respeito, um efeito limitado, devendo então aguardar-se pela decisão final do TPI nos processos principais, também é verdade que ele tinha o mérito de haver antecipado que a argumentação aduzida a respeito da confidencialidade da correspondência dos advogados internos era pertinente, devendo a questão ser rediscutida a fundo e decidida no quadro dos processos principais.

Permitimo-nos concordar com o Presidente do TPI no que tange à pertinência da discussão em torno do *legal privilege* no contexto dos advogados que praticam atos próprios em regime de subordinação jurídica, ou seja, sujeitos a um vínculo patronal.

É, de facto, essencial aferir de eventuais justificações perante advogados que, em teoria, têm idêntica competência para conceder aconselhamento jurídico face aos ditos “advogados independentes”.

Importa, em primeiro lugar, analisar as diferenças existentes. E estas existem, de facto. Se não vejamos.

Os advogados internos têm, em regra, uma natureza consultiva. Em termos quantitativos, o tempo empregue por estes advogados na preparação de defesa do cliente é muito diminuto, e quando o fazem, não tiveram previamente a liberdade de escolha ou recusa do cliente e do caso.

Efetivamente, os “advogados internos” desenvolvem normalmente uma multiplicidade de papéis ou atividades na empresa, que não se confinam ao aconselhamento jurídico. Em bastantes casos exercem funções outras na empresa, quais sejam a de secretários-gerais, membros do Conselho da Administração, entre outras, assim se envolvendo por vias diferentes na atividade comercial das empresas. Consequentemente, torna-se, por vezes, extremamente difícil distinguir entre o que é aconselhamento jurídico e o que é aconselhamento comercial, criando-se inevitáveis “zonas cinzentas”, muitas vezes só sanadas por via de um cuidadoso exame dos seus documentos. Este

sistema é, naturalmente, o contrário do que sucede com os “advogados independentes”.

Por outro lado, os “advogados internos” dependem da entidade empregadora para subsistirem financeiramente, para serem promovidos, ou para manterem uma certa segurança no emprego o que, em teoria, mais facilmente pode conduzi-los a cederem a pressões para violarem as suas responsabilidades no plano ético.

Acresce, ainda no plano ético, que, na maioria dos países, não existem mecanismos legais ou regulamentares que forcem, designadamente, as empresas a despedir um “advogado interno” que não tenha um comportamento ético. Em contraponto, os “advogados independentes” estão sujeitos a regras deontológicas e disciplinares, umas mais rígidas que outras, as quais podem mesmo conduzir à suspensão ou expulsão, com todas as óbvias consequências de reputação e de ordem profissional e financeira que tal implica, pelo que as probabilidades de comportamentos menos éticos são muito menores face aos “advogados internos”.

Pode mesmo dizer-se que os advogados internos se confundem com a respetiva entidade empregadora, ou seja, não são terceiros em relação a esta. Em contraponto, o advogado independente é “outro” em relação ao cliente, em nada se confundindo ou “incorporando” neste.

No fundo, a lógica a aplicar aos “advogados internos” é análoga à que, noutro título, presidiu o TJUE, designadamente no Acórdão *Becit*⁶², no qual qualificou como trabalhadores aqueles que se encontram em relação às empresas para as quais efetuam trabalhos, “*numa relação de trabalho que é caracterizada pela circunstância de que efetuam os trabalhos em causa a favor e sob a direção destas*” (sublinhado nosso).

Daí que, para efeitos de definição de empresa a nível de direito da concorrência, esses trabalhadores sejam incorporados nas empresas respetivas, formando uma unidade económica.

O TJUE não se deteve no género de considerações que vimos de apresentar. Tão-só excluiu a “independência” do universo dos advogados internos.

No acórdão *AM&S* não definiu o conceito de independência no sentido positivo, ou seja, não afirmou que apenas é independente o advogado inscrito na respetiva ordem profissional, talvez por entender que tal circunstância não é garantia bastante de independência. O TJUE, isso sim, definiu o conceito de independência pela negativa, ao postergar que o advogado que tenha uma

62 Acórdão C-22/98.

relação de emprego não é, por essa razão, independente, pelo que comunicações com advogados internos, independentemente de estarem ou não inscritos na respetiva ordem profissional, estão fora do escopo do *legal privilege*.

Futura jurisprudência neste domínio demonstrará até que ponto esta visão do TJUE é, ou não, para durar.

Uma última nota ainda neste assunto para referir que em certos Estados-membros, como a Espanha e o Reino Unido, é possível ser-se simultaneamente advogado interno e membro da Ordem; na Alemanha e na Holanda, existe também essa possibilidade, mas já sujeita a certas limitações; em muitos países, é incompatível ser-se advogado interno e estar-se inscrito na respetiva Ordem, designadamente em Itália, França, Lituânia, Letónia, República Checa, Hungria, Polónia Suécia ou Áustria.

E nem o facto de dois dos pontos das conclusões do Despacho do Presidente do TPI terem sido posteriormente anulados, em sede de recurso interposto pela Comissão para o efeito, por Despacho do Presidente do TJUE⁶³, parece poder invalidar as observações expendidas pelo primeiro.

Com efeito, os dois pontos das referidas conclusões do Despacho do Presidente do TPI anulados pelo Despacho do Presidente do TJUE apenas respeitam à parte em que o primeiro ordenou a suspensão (provisória, até que o TPI decida do recurso no processo principal) da Decisão da Comissão de rejeição do pedido das empresas de devolução de todos os documentos *supra* referidos, da intenção desta de proceder à abertura do envelope selado que continha o primeiro conjunto de documentos acima mencionados e da ordem de manutenção, na Secretaria do Tribunal, do referido envelope selado.

Todavia, a argumentação do Presidente do TJUE que motivou a referida anulação prendeu-se apenas com a não verificação do requisito de urgência para a concessão de medidas cautelares, não se pronunciando sobre a concessão de segredo profissional veiculada no despacho impugnado. Assim, será na apreciação pelo TPI, na causa principal, que será analisada a questão de saber em que condições a correspondência trocada com um advogado empregado de forma permanente pode, ou não, estar protegida pelo *legal privilege*.

Com efeito, o Presidente começou por recordar a jurisprudência anterior do Tribunal, por um lado, a respeito da avaliação do conceito de urgência, em sede

63 Cfr. Despacho C-7/04 P(R). De assinalar que *Akzo Nobel* e a *Akros Chemical* deduziram reconvenção no sentido de, também elas, solicitarem a anulação de dois diferentes pontos das referidas conclusões, o que foi negado por Despacho do Presidente do TJUE

de medidas cautelares, que deve ser realizada à luz da necessidade das mesmas por forma a evitar danos sérios e irreparáveis para os requerentes; e, por outro lado, relativamente ao facto de a Comissão estar impedida de utilizar todos os documentos e meios de prova que tenha reunido no âmbito de diligências de instrução, caso a decisão que tivesse ordenado a investigação fosse anulada, já que se exporia ao risco de ver anulada a decisão declarativa da existência de uma infração, se se baseasse em tais meios de prova.

O Presidente considerou, pois, aplicável, nos casos em que esteja em causa uma Decisão da Comissão que não considere como confidenciais um ou mais documentos e que tal decisão seja anulada pelos tribunais comunitários, os princípios decorrentes da referida jurisprudência.

O Presidente relembrou, além disso, o facto de a Comissão aceitar que, caso a sua Decisão seja subsequentemente anulada, procederá à remoção dos seus ficheiros dos documentos controvertidos, vendo-se, portanto, impedida de os utilizar como provas.

Assim sendo, o Presidente considerou que a possibilidade de uma utilização ilícita, por parte da Comissão, do primeiro conjunto de documentos controvertido em procedimentos por violação das regras comunitárias da concorrência seria puramente teórica e, em qualquer caso, improvável.

De todo o modo, o Presidente do Tribunal acrescentou que, ainda que a mera leitura, por parte da Comissão, da informação contida no primeiro conjunto de documentos, sem que tal informação seja usada em procedimentos por infração das regras comunitárias da concorrência, possa possivelmente ser capaz de afetar a confidencialidade/segredo profissional, tal circunstância não seria, em si, suficiente para demonstrar que a condição de urgência se encontraria satisfeita no caso *sub iudice*, uma vez que a Comissão se comprometeu a não dar acesso a terceiros ao primeiro conjunto de documentos até que seja julgado o processo principal. Assim, o Presidente acabou por considerar que os danos que possivelmente poderiam resultar de uma mais detalhada análise dos documentos em causa seriam insuficientes para considerar verificada a existência de danos sérios e irreparáveis, uma vez que a Comissão estaria impedida de utilizar informações obtidas dessa forma. Pelo que, em conformidade, acabou por efetivamente anular os dois pontos controvertidos das conclusões do Despacho do Presidente do TPI.

Todavia, o entusiasmo suscitado à volta da reanálise desta importante questão, a nível do direito da União, acabou por esmorecer com o proferimento dos acórdãos do TPI e do TJUE.

BIBLIOGRAFIA

JURISPRUDÊNCIA

TJUE

- Acórdão 4/73 Acórdão de 14.5.1974, Nold, 4/73, Rec. p. 491.
- Acórdão 44/79 Acórdão de 13.12.1979, Hauer, 44/79, Rec. p. 3727.
- Acórdão 136/79 Acórdão de 26.6.1980, National Panasonic, 136/79, Rec. p. 2033.
- Acórdão 155/79 Acórdão de 18.5.1982, AM&S Europe/Comissão, 155/79, Rec. p. 1575.
- Acórdão 322/82 Acórdão de 9.11.1983, Michelin, 322/82, Rec. p. 3461.
- Acórdão 234/84 Acórdão de 10.7.1986, Bélgica/Comissão, 234/84, Rec. p. 2263.
- Acórdão 40/85 Acórdão de 10.7.1986, Bélgica/Comissão, 40/85, Rec. p. 2321.
- Acórdão 46/87 Acórdão de 21.9.1989, Hoechst, 46/87 e 227/88, Rec. p. 2859.
- Acórdão 374/87 Acórdão de 18.10.1989, Orkem/Comissão, 374/87, Rec. p. 3283.
- Acórdão 27/88 Acórdão de 18.10.1989, Solvay/Comissão, 27/88, Rec. p. 3355.
- Acórdão C-415/93 Acórdão de 15.12.1995, Bosman, C-415/93, I-4921.
- Acórdão C-22/98 Acórdão de 16.09.1999; Jean Claude Becu, C-22/98, Rec. p. I-5665.
- Acórdão C-550/07 P Acórdão do TJUE de 14.9.2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia, C-550/07 P.
- Despacho C-7/04 P(R) Despacho de 27.09.2004, Comissão/Akzo Nobel, C-7/04 P(R).

TPI

- Acórdão T-125/03 Acórdão do TPI de 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia, T-125/03 e T-253/03.
- Despacho T-30/89 Despacho de 4.4.1990, Hilti Aktiengesellschaft/Comissão, T-30/89, Colect. II-165.
- Despacho T-125/03 R Despacho do TPI de 30.10.2003, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia, T-125/03 R e T-253/03 R.

DOCTRINA

KREIS, H.

1983 *Commission Procedures in Competition Proceedings – Recent reforms in practice and law*, Fordham.

PAIS ANTUNES, L. M.

1995 *Direito da Concorrência – Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a proteção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

PLIAKOS, A.

1987 *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelas: Bruylant.