

ACESSO DAS VISADAS A DOCUMENTAÇÃO CONFIDENCIAL COM POTENCIAL VALOR EXCULPATÓRIO NAS CONTRAORDENAÇÕES DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Patrícia Oliveira*

ABSTRACT: If a certain document which is part of an antitrust proceeding is classified as confidential by an undertaking, in what terms may the other undertakings concerned access such document in order to assess whether the same is relevant for their defence? Portuguese Competition law specifically foresees the terms according to which such undertakings may access confidential documents which are used by the Portuguese Competition Authority (PCA) as proof to determine whether or not there is an infringement. Nevertheless, there is no legal provision determining the terms of access to documents which are not used as proof by the PCA and may potentially be relevant for the undertakings' defence. This paper aims to analyze the recent decisions issued by Portuguese Courts on how to harmonize defence rights and the protection of confidential information in such instances.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento. 1.1. Direito de Defesa e Segredo de negócio no âmbito das contraordenações do Direito da Concorrência. 2. Jurisprudência recente. 2.1. Processo 225/15.4YUSTR (Sentença de 28.09.2015 e Acórdão de 05.04.2016). 2.2. Processo 1/16.7YUSTR (Sentenças de 7.02.2016 e 15.07.2016; Acórdãos de 11.05.2016 e 7.12.2016). 2.3. Processos 291/16.5YUSTR (Sentença de 14.12.2016) e 337/16.7YUSTR (Sentença de 02.02.2017). 2.4. Processo 195/16.1YUSTR (Sentença de 25 de outubro de 2016). 2.5. Processo 194/16.3YUSTR (Sentença de 5 de janeiro de 2017). 3. Análise. 3.1. Desentranhamento dos autos. 3.2. Diferenciação entre regime a aplicar a documentos inculpatórios e exculpatórios. 3.3. Exigência de fundamentação para o acesso a documentos exculpatórios; elaboração de descrições detalhadas. 4. Conclusão.

* Por transparência, a autora informa que é jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas pela autora no presente artigo correspondem à sua visão pessoal e não vinculam de qualquer forma a Autoridade da Concorrência.

1. ENQUADRAMENTO

1.1. Direito de Defesa e Segredo de negócio no âmbito das contraordenações do Direito da Concorrência

1.1.1. Direito de defesa (*direito de acesso ao processo*)

As práticas restritivas da concorrência previstas nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência (“RJC”), constituem contraordenações puníveis mediante a aplicação de coimas¹.

A infração ao disposto nos referidos artigos rege-se pelo processo sancionatório especial previsto nos artigos 13.º e seguintes do RJC, sendo subsidiariamente aplicável o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que aprova o regime geral do ilícito de mera ordenação social (“RGCO”).

Tratando-se de um processo de natureza contraordenacional, vigoram no âmbito do processo sancionatório do Direito da Concorrência os direitos de audiência e defesa do arguido previstos no artigo 50.º do RGCO e ainda no n.º 10 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

O direito de defesa vigora ainda a nível europeu, no âmbito dos processos administrativos da Comissão Europeia tendo em vista a aplicação das regras da concorrência, conforme clarificado no Acórdão *Hoffman-La Roche*² do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”).

Ora, o direito de defesa do arguido integra vários direitos processuais, nomeadamente o direito de acesso ao processo (i.e., o direito de consulta do processo e de obter extratos, cópias ou certidões dos autos do processo) e ainda o direito a ser ouvido³. Tais direitos processuais destinam-se a garantir que o arguido tome conhecimento de todos os elementos que fundamentam as práticas que lhe são imputadas pela Autoridade da Concorrência (“AdC”), permitindo-lhe assim pronunciar-se relativamente aos mesmos.

No que concerne ao direito de acesso ao processo em particular, este encontra-se expressamente previsto no n.º 1 do artigo 33.º do RJC, o qual dispõe que o visado pelo processo pode, mediante requerimento, consultar o processo e dele obter, a expensas suas, extratos, cópias ou certidões.

1 Artigos 68.º e ss do RJC.

2 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche*, processo 85/76.

3 Lopes, 2010: 73 a 75.

Também as Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (“Linhas de Orientação sobre a instrução de processos”), publicadas pela AdC, reconhecem expressamente esse direito no ponto 87 e seguintes.

No plano europeu, o direito de acesso ao processo encontra-se consagrado, designadamente, nos seguintes diplomas: Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos atuais artigos 101.º e 102.º do Tratado (n.º 2 do artigo 27.º); Regulamento n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos atuais artigos 101.º e 102.º do Tratado (n.º 1 do artigo 15.º); e Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (“Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo”).

No entanto, o direito de acesso ao processo encontra-se sujeito a limitações no âmbito do processo sancionatório do Direito da Concorrência, nomeadamente as relacionadas com a garantia do segredo de negócio conforme veremos de seguida.

1.1.2. Segredo de negócio

O RJC consagra o interesse legítimo das visadas na proteção dos seus segredos de negócio, dispondo o n.º 1 do artigo 30.º do mesmo diploma que “[n]a instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio [...]”.

Face ao mencionado dispositivo legal, torna-se então necessário determinar, por um lado, o que constitui segredo de negócio e, por outro lado, como é que o mesmo deve ser acautelado pela AdC.

A este respeito, importa salientar que foi recentemente publicado pela AdC e sujeito a consulta pública o projeto de Linhas de Orientação sobre proteção de confidencialidades no âmbito de processos sancionatórios e procedimentos de supervisão⁴ (“Projeto de Linhas de Orientação sobre confidencialidade”), as

4 Documento de 4 de maio de 2017, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Projeto%20de%20Linhas%20de%20Orientação%20sobre%20Proteção%20de%20Confidencialidades.pdf.

quais têm por finalidade fornecer orientações relativamente ao que se considera informação confidencial e ao procedimento a seguir na submissão à AdC de pedidos de proteção de confidencialidades.

No que concerne à primeira questão, o RJC não inclui uma definição legal de segredo de negócio, referindo apenas, no âmbito do procedimento de controlo de concentrações, que a informação respeitante à vida interna das empresas pode ser considerada confidencial pela AdC quando a empresa demonstre que o conhecimento dessa informação pelos interessados ou por terceiros lhe causa prejuízo sério (n.º 4 do artigo 43.º do RJC).

No âmbito nacional, o tema é abordado no artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial, o qual estabelece que os segredos de negócio se reportam a informações secretas (não geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis), que tenham valor comercial pelo facto de serem secretas, e que tenham sido objeto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas. Note-se que o ponto 12 do Projeto de Linhas de Orientação sobre confidencialidade adota a definição de segredo de negócio do referido preceito legal, ressalvando-se no entanto que o referido documento ainda não foi aprovado pela AdC como definitivo.

A nível europeu, é de destacar a Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo, a qual concretiza o conceito com maior precisão, esclarecendo o seguinte (no ponto 18): *“[s]e a divulgação de informações acerca da actividade de uma empresa for susceptível de a lesar gravemente, tais informações constituem segredos comerciais. Como exemplos deste tipo de informações podem citar-se: informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber-fazer, métodos de cálculo dos 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 política de vendas de uma empresa.”*

Quanto à segunda questão relativa à forma como a AdC deve acautelar o segredo de negócio, o RJC prevê que as empresas identifiquem e fundamentem as informações que considerem confidenciais por motivo de segredo de negócio, e ainda que disponibilizem uma versão não confidencial das mesmas.

Neste sentido, estabelecem os números 2 e 3 do artigo 30.º do RJC que, na sequência da realização de diligências de buscas e apreensão, bem como sempre que a AdC pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredo de negócio, a AdC “[...]”

concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas". De forma similar, resulta da alínea c) do artigo 15.º do mesmo diploma que as empresas deverão proceder da mesma forma sempre que a AdC solicitar, por escrito, documentos e outras informações.

A AdC poderá discordar da classificação e fundamentação de confidencialidade apresentada pelas visadas, conforme disposto no n.º 5 do artigo 30.º do RJC. No entanto, caso a AdC considere tal classificação e fundamentação adequadas, deve assegurar a confidencialidade.

A cominação para o caso das empresas não procederem à identificação e fundamentação da confidencialidade ou não fornecerem versão não confidencial de documentos confidenciais nos termos acima referidos, é que a informação em causa é considerada não confidencial e, nessa medida, tornada pública no processo (n.º 4 do artigo 30.º do RJC).

Ora, a classificação da documentação como confidencial ou não confidencial (tendo em vista a proteção do segredo de negócio) vai ter um impacto direto no regime do acesso ao processo, suscitando-se a seguinte questão: se determinado documento constante dos autos do processo for classificado como confidencial por uma visada (e a AdC aceitar essa classificação), poderão as restantes visadas no mesmo processo aceder ao mesmo, caso o pretendam, por forma a exercer os seus direitos de defesa? E ainda: em que termos se poderá processar tal acesso?

1.1.3. Direitos de Defesa vs. segredo de negócio; acesso a documentos confidenciais inculpatórios e exculpatórios

Torna-se então necessário determinar a forma de compatibilizar ambos os referidos valores jurídicos tutelados nos casos em que as co-visadas num processo contraordenacional de Direito da Concorrência pretendam, ao abrigo dos seus direitos de defesa, aceder a documentos confidenciais que incluem segredos de negócio (das restantes visadas) e podem conter elementos relevantes para a sua defesa.

Neste âmbito, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a distinguir os documentos classificados como confidenciais e utilizados como meio de prova (documentos inculpatórios) dos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova mas que as visadas consideram que podem

ter valor exculpatório (documentos exculpatórios ou documentos potencialmente exculpatórios)⁵.

A nível europeu, a Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo estabelece o seguinte: “[...] 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.⁶”

No âmbito do Caso C-204/00⁷, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) apreciou este tema concluindo, em relação aos documentos inculpatórios, que “a não comunicação de um documento apenas constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para fundamentar a sua acusação relativa à existência de uma infracção e, por outro lado, que essa acusação só poderia ser provada por referência ao dito documento”⁸.

Quanto ao tema do acesso aos documentos exculpatórios, o TJCE entendeu que: “a empresa em causa deve demonstrar unicamente que a sua não divulgação pôde influenciar, em seu prejuízo, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão, na medida em que teria podido invocar elementos que não concordavam com as deduções feitas pela Comissão”⁹.

5 Refira-se que as definições adotadas destinam-se a tornar o texto mais claro uma vez que, em bom rigor, os documentos utilizados como meio de prova pela AdC podem ser inculpatórios ou exculpatórios. A referência a documentos exculpatórios ou potencialmente exculpatórios reporta-se a documentos que a AdC não utilizou como meio de prova por considerar que são irrelevantes (por não terem, segundo o seu juízo, carácter inculpatório nem exculpatório) mas que no entendimento das visadas podem ter valor exculpatório.

6 Comissão Europeia, 2005: par. 24, o qual estabelece ainda: “[i]ncumbe à Comissão apreciar em que medida estas circunstâncias estão reunidas no caso em apreço. Tal obriga a uma apreciação de todos os factores relevantes, nomeadamente:

- a pertinência das informações para determinar a existência ou não de uma infracção e a sua força probatória;
- o seu carácter indispensável;
- o nível de sensibilidade (em que medida a sua divulgação pode lesar os interesses da pessoa ou empresa em questão);
- uma apreciação preliminar quanto à gravidade da infracção alegada.”

7 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland A/S*, 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.

8 Ponto 7 do Acórdão referido na nota 8.

9 Ponto 7 do Acórdão referido na nota 8.

A nível nacional, o Tribunal de Comércio de Lisboa (“TCL”) pronunciou-se sobre a questão do acesso aos documentos inculpatórios no caso Nestlé seguindo a orientação da jurisprudência comunitária¹⁰. Conforme salientado por Nuno Ruiz¹¹, o TCL pareceu reconduzir a questão do acesso a uma questão de falta de prova: considerou que a AdC fundou parte da acusação em causa em elementos confidenciais não comunicados à arguida e não existiam no processo outros elementos para provar a infração, pelo que determinou a nulidade insanável da decisão da AdC por preterição do direito de defesa do arguido.

Uma vez que a arguida no processo em causa não solicitou a consulta de documentos confidenciais potencialmente exculpatórios, o TCL decidiu não apreciar esta questão.

Transpondo para o direito português a solução preconizada pela jurisprudência comunitária, Nuno Ruiz considera que quando o arguido invoca o desconhecimento de documentos potencialmente exculpatórios, cabe ao tribunal pedi-los e apreciar se a respetiva não divulgação afetou a defesa: “[h]averá violação dos direitos de defesa caso exista uma possibilidade, ‘mesmo reduzida’, de o processo ter tido um resultado diferente se o arguido tivesse podido pronunciar-se sobre os documentos a que não teve acesso”¹².

O autor acrescenta ainda que a possibilidade da proteção do segredo de negócio ter de ceder perante o direito de defesa “[...] só parece fazer sentido em situações excecionais 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”¹³.

José Lobo Moutinho parece considerar que esta “*submissão da questão a decisão judicial*” levanta problemas, nomeadamente a dificuldade para o tribunal em determinar a “*exata relevância probatória da informação em causa*”, para além de não suprir o problema do arguido ser colocado numa posição passiva, aguardando uma decisão unilateral de outrem sobre os meios de prova utilizáveis¹⁴.

10 Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, processo 766/06.4TYLSB.

11 Ruiz, 2008: 131.

12 Ruiz, 2008: 132.

13 Ruiz, 2008: 133.

14 Gorjão-Henriques, 2013: 339.

A este respeito, considera-se que os critérios avançados pelo TCL não se destinavam a determinar o regime de acesso aos documentos confidenciais (mas antes a aferir a validade de uma decisão final da AdC). A isto acresce que a acima referida Sentença foi proferida ainda ao abrigo da anterior lei da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho).

Atualmente, o RJC dispõe expressamente, no n.º 3 do artigo 31.º, que a AdC pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio¹⁵. E no que respeita ao acesso por parte das visadas a tais documentos classificados como confidenciais mas utilizados como meio de prova (para sustentar a Nota de Ilicitude e a decisão final condenatória), o RJC esclarece os termos em que tal acesso se processa.

Com efeito, conforme decorre do n.º 4 do artigo 33.º do RJC, o acesso a tais documentos é permitido apenas a advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos de exercício de defesa no âmbito da resposta à Nota de Ilicitude ou da impugnação judicial da decisão da AdC em que tais elementos sejam utilizados como meio de prova, não sendo, contudo, permitida a sua reprodução ou utilização para qualquer outro fim. Os pontos 191 e 192 das Linhas de Orientação sobre a instrução de processos contêm clarificações adicionais relativamente aos termos em que tal acesso se processa.

Deste modo, contrariamente à regra do pleno acesso ao processo consagrada nos n.º 1 e 3 do artigo 33.º do RJC, o legislador restringiu os termos de acesso aos documentos confidenciais utilizados como meio de prova (documentos inculpatórios¹⁶), de forma a acautelar a necessidade de harmonização entre, por um lado, a proteção do segredo de negócio e, por outro lado, o direito de defesa das visadas.

No entanto, subsiste determinar o modo como se poderá aceder aos documentos classificados como confidenciais pelas visadas, não utilizados pela AdC como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas

15 A este respeito, considera Nuno Ruiz (Gorjão-Henriques, 2013: 326) que “[a] AdC não deve fazer uso do artigo 31.º, n.º 3, do RJC sem, previamente, e atendendo às circunstâncias do caso concreto, ter esgotado todas as possibilidades de tutelar os segredos de negócio, ou seja, sem ponderar devidamente se a utilização de elementos que tem obrigação de manter confidenciais é indispensável à prova da infração e se o conhecimento de tais informações pode contribuir para excluir a ilicitude ou a culpa caso em que deve absolutamente tê-los em consideração”.

16 Remete-se para o disposto na nota 6.

da concorrência, mas com potencial valor exculpatório (documentos exculpatórios¹⁷). Ou seja: como deve a AdC atuar quando as visadas não titulares da informação classificada como confidencial pretendem, ao abrigo dos seus direitos de defesa, aceder a tal informação para aferir do respetivo valor exculpatório?

O RJC é omissivo quanto a esta questão, não existindo norma que expressamente regule o acesso aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela AdC como meio de prova (ainda que potencialmente exculpatórios).

Sem prejuízo, os tribunais têm vindo a ser chamados a pronunciar-se sobre a forma de compatibilizar, nestes casos, os direitos de defesa das visadas com a proteção dos seus segredos de negócio.

Por esta razão, considere oportuno empreender uma análise relativa ao teor da jurisprudência que se debruça sobre esta questão, face ao RJC.

Para o efeito apresentarei, em primeiro lugar, um enquadramento jurídico das questões discutidas nas decisões judiciais relevantes e, de seguida, apresentarei algumas conclusões extraídas da análise exposta.

2. JURISPRUDÊNCIA RECENTE

2.1. Processo 225/15.4YUSTR (Sentença de 28.09.2015¹⁸ e Acórdão de 05.04.2016¹⁹)

Na sequência da adoção pela AdC de uma Nota de Ilicitude no âmbito do processo de contraordenação sob o n.º PRC/2012/09, três visadas vieram requerer à AdC o acesso genérico a todos os documentos confidenciais não utilizados pela AdC como meio de prova da infração.

A AdC veio indeferir esse mesmo pedido, tendo convidado as visadas requerentes a identificar com maior rigor os documentos que entendiam poderem ser relevantes para a sua defesa, após o que a AdC decidiria sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio.

¹⁷ Remete-se para o disposto na nota 6.

¹⁸ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28 de setembro de 2015, processo 225/15.4YUSTR.

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de abril de 2016, processo 225/15.4YUSTR.L1.

As visadas requerentes impugnaram judicialmente esta decisão administrativa junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”) argumentando, em essência, que a AdC, enquanto entidade instrutora, deve optar por: i) considerar que determinados elementos são irrelevantes e expurgar os autos dos mesmos; ou ii) manter tais elementos no processo, caso em que as visadas deverão ter o direito de analisá-los para assegurar o respetivo direito de defesa, uma vez que os mesmos já foram escrutinados pela AdC (ainda que não sejam utilizados como meio de prova e ainda que sejam confidenciais por motivo de segredo de negócio).

De acordo com a argumentação das visadas, a interpretação da AdC do n.º 4 do artigo 33.º do RJC no sentido de que as visadas têm de apresentar fundamentação quando ao potencial valor exculpatório dos documentos não utilizados como meio de prova, comprime, de forma desproporcional, o direito de defesa dos arguidos e viola o princípio da igualdade de armas (este último decorrente do artigo 20.º, n.º 4, da CRP).

O TCRS veio julgar o recurso improcedente rejeitando o acesso indiscriminado e não fundamentado das visadas aos documentos confidenciais juntos ao processo e não utilizados pela AdC como meio de prova, nos termos do excerto da Sentença que se transcreve:

*“É inegável aceitar a argumentação da Autoridade da Concorrência no sentido de indeferir o pedido de acesso genérico e integral das visadas à documentação confidencial não utilizada como meio de prova – e que por isso não se encontra abrangida pela exigência plasmada no artigo 33.º, n.º 4 do Regime Jurídico da Concorrência – sem que seja identificado com rigor os documentos que entendem poder ser relevantes para a sua defesa. Só depois, e concorda-se, a Autoridade da Concorrência poderá decidir de forma crítica sobre a oportunidade de acesso à documentação e necessariamente mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio, porquanto é esta a visão que se afigura obediente às consabidas coordenadas constitucionais que presidem ao processo de tomada de decisão: preservação dos segredos de negócio e garantia dos direitos de defesa.”*²⁰

Sem prejuízo de considerar, nos termos acima referidos, que o pedido de acesso das visadas a documentos confidenciais não utilizados na imputação

20 As páginas da Sentença não se encontram numeradas, sendo que o excerto transcrito consta da antepenúltima página.

da infração terá de ser devidamente fundamentado, o TCRS alertou a AdC para a eventualidade de as visadas não terem acesso a todos os elementos necessários para proceder a essa mesma fundamentação, suscitando a dúvida sobre se o índice elaborado pela AdC relativo aos documentos confidenciais continha uma descrição suficientemente detalhada de forma a possibilitar a identificação concreta dos elementos com potencial interesse para a defesa:

“[...] estendendo o olhar aos anexos juntos com as notas de ilicitude constatam-se que os mesmos indicam a proveniência do documento, indicam a data, indicam a localização, indicam a classificação (pública, parcialmente confidencial ou confidencial) mas podem subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se realizam uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efetivo exercício dos direitos de defesa. [...] Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece.

Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente.

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

[...] a comumente invocada ‘jurisprudência das cautelas’ poderá determinar uma mais funda reflexão sobre a suficiência da descrição dos documentos em causa, de modo a obviar a debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa, com as decerto indesejadas consequências daí resultantes.”²¹

As visadas interpuseram recurso da referida Sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”).

Não obstante, na pendência do referido recurso, a AdC decidiu permitir o acesso aos documentos confidenciais não utilizados como meio de prova nos termos explicitados em seguida em 2.2 (Deliberação do conselho de administração da AdC, de 17 de novembro de 2015). O TRL considerou por isso que o objeto do recurso se havia tornado supervenientemente inútil, não tendo conhecido da questão relativa à exigência de fundamentação para o acesso aos referidos documentos.

21 As páginas da Sentença não se encontram numeradas, sendo que o excerto transcrito consta da antepenúltima e penúltima páginas.

2.2. Processo 1/16.7YUSTR²² (Sentenças de 7.02.2016²³ e 15.07.2016²⁴; Acórdãos de 11.05.2016²⁵ e 7.12.2016²⁶)

No âmbito do já referido processo de contraordenação sob o n.º PRC/2012/09, e concomitantemente aos recursos referidos em 2.1., diversas visadas requereram à AdC o acesso a documentos não utilizados como meio de prova mas com valor potencialmente exculpatório.

A AdC notificou então todas as visadas no sentido de informarem se levantavam a confidencialidade relativamente aos respetivos documentos ou, em alternativa, permitiam o acesso das co-visadas aos mesmos, exclusivamente para o exercício do direito de defesa. Apenas uma das visadas (a recorrente no âmbito do processo judicial sob análise) negou o acesso à sua documentação pelas co-visadas nestes termos (sem prejuízo da própria ter requerido o acesso aos documentos das restantes visadas).

A AdC tentou ainda obter consenso entre as visadas ao solicitar que as mesmas identificassem, relativamente aos respetivos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova, aqueles que consideravam conter valor exculpatório. Não obstante, diversas visadas (incluindo a recorrente) não procederam à identificação solicitada.

Neste contexto, a AdC decidiu permitir o acesso pelos mandatários/assessores económicos externos de cada visada aos documentos classificados como confidenciais não utilizados como meio de prova da infração, exclusivamente para o exercício dos direitos de defesa e sem que fosse permitida a sua reprodução (i.e., a AdC permitiu o acesso aos documentos potencialmente exculpatórios nos termos previstos no n.º 4 do artigo 33.º do RJC para os documentos utilizados como meio de prova)²⁷.

Refira-se que o acesso aos documentos obedecia ainda a um conjunto de regras específicas, devendo ser realizado nas instalações da AdC mediante um

22 Conforme melhor explicitado adiante, este processo foi apensado ao Processo 225/15.4.YUSTR, passando a correr como Processo 225/15.4.YUSTR-A.L1.

23 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 7 de fevereiro de 2016, processo 1/16.7YUSTR.

24 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15 de julho de 2016, processo 1/16.7YUSTR.

25 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de maio de 2016, processo 1/16.7YUSTR.L1.

26 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de dezembro de 2016, processo 225/15.4.YUSTR-A.L1.

27 Deliberação do conselho de administração da AdC, de 17 de novembro de 2015.

data room que apenas podia ser visualizado em simultâneo por dois membros da equipa de mandatários/assessores económicos externos de cada visada, os quais deviam assinar um compromisso de não divulgação da informação em causa e não podiam utilizar quaisquer meios técnicos que permitissem a reprodução dos documentos.

A AdC enunciou diversos fatores que levaram à tomada da decisão em apreço, nomeadamente a especial complexidade do processo em causa, a advertência do TCRS acima referida relativa à insuficiência do índice dos documentos (“[...] parece razoável admitir que as visadas não tenham condições para, em tempo útil e sem comprometer a investigação e a descoberta da verdade, assegurar, como adverte o Tribunal, a produção de um descritivo detalhado e pormenorizado de cada informação suprimida que classificaram como confidencial”²⁸) e ainda o dever de diligenciar pela eficiência, economicidade e celeridade da investigação de modo a assegurar o tempo útil do processo sancionatório.

Na sequência desta decisão da AdC, uma das visadas veio recorrer da mesma junto do TCRS alegando em essência que tal decisão violou o dever de acautelar o interesse legítimo na não divulgação dos seus segredos de negócio.

O TCRS considerou que tal decisão da AdC resultava no absoluto esvaziamento do dever de proteção da confidencialidade das informações (e não numa harmonização entre este e o direito de defesa) e conduzia a uma indiferenciação no acesso a informações com valor inculpatório e exculpatório contrária à ratio do n.º 4 do artigo 33.º do RJC.

Nestes termos, o TCRS anulou a decisão da AdC na parte que permitia às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos da recorrente classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova da infração, sem qualquer exigência quando à fundamentação do pedido de consulta.

Adicionalmente, o TCRS levou mais longe a advertência anteriormente realizada no âmbito da Sentença proferida no Processo 225/15.4YUSTR. Deste modo, afirmou o TCRS expressamente que a AdC “[...] deve previamente diligenciar pela suficiente descrição dos documentos apreendidos, de forma a possibilitar que a decisão do seu acesso pelas visadas se faça de modo informado e esclarecido, permitindo a compreensão do seu teor para efeitos da sua utilização exculpatória.”²⁹

Segundo o tribunal, esta responsabilidade configura um dever procesual acessório ao dever do n.º 1 do artigo 30.º do RJC e realiza o interesse legítimo

28 P. 16 da Sentença referida na nota 24, referindo-se ao ponto 40 da decisão da AdC.

29 P. 25 da Sentença referida na nota 24.

das empresas na proteção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas.

Salientou ainda o tribunal que as Linhas de Orientação sobre Instruções de Processos adotadas pela AdC ao abrigo dos seus poderes de regulamentação confirmam este mesmo entendimento no respetivo parágrafo 187 que dispõe o seguinte:

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

A AdC interpôs recurso da referida Sentença para o TRL mas este não conheceu do objeto do recurso interposto: declarou a nulidade insanável do processado por violação da regra da competência do tribunal prevista no n.º 3 do artigo 85.º do RJC (violação do princípio do juiz natural) e determinou a apensação do processo 1/16.7YUSTR ao Processo 225/15.4.YUSTR (analisado acima em 2.1.), passando a correr como Processo 225/15.4.YUSTR-A.L1³⁰.

Sem prejuízo, o TCRS produziu nova Sentença³¹ que manteve, na íntegra, o conteúdo da Sentença anteriormente proferida nos termos já descritos, tendo a AdC recorrido da nova Sentença para o TRL.

Invocou a AdC (entre outros argumentos) que a Sentença partiu da premissa que o acesso aos documentos confidenciais das visadas não utilizados como meio de prova da infração tem um caráter incondicional e irrestrito e que tal não correspondia à realidade, designadamente porque o mesmo era limitado às instalações da AdC, a dois advogados ou assessores económicos de cada visada que deveriam assinar um termo de confidencialidade, podendo

30 Acórdão referido na nota 26.

31 Sentença referida na nota 25.

os documentos ser exclusivamente utilizados para o exercício de direitos de defesa e não podendo ser reproduzidos.

Desta feita, o TRL³² conheceu do objeto do recurso e negou provimento ao mesmo. Considerou o tribunal que a questão em discussão não era afetada pela forma de acesso aos documentos “[...] porque o que está em causa é a legalidade do puro acesso a esses elementos, processe-se ele nas condições materiais em que se processar³³” e que a AdC, “[...] ao invés de corrigir as insuficiências detetadas nos sumários dos documentos confidenciais referidos na nota de ilicitude, se escudou numa directriz que criou – a deliberação de 17/11/2015 – por força da qual o interesse da celeridade e publicidade do processo determinou o incumprimento do dever que lhe é acometido, de garante do segredo de negócio, nos termos do artº30º/1, do NRJC. [...] se a recorrente entende que a sua atuação deve compatibilizar os dois interesses em presença (segredo de negócio e exercício dos direitos de defesa) impõe-se-lhe a adoção de medidas que não neutralizem um dos fatores em exclusivo benefício do outro, como se prova que sucede com a deliberação em apreço [...]”³⁴.

2.3. Processo 291/16.5YUSTR (Sentença de 14.12.2016³⁵) e 337/16.7YUSTR (Sentença de 02.02.2017³⁶)

O entendimento do TCRS já expresso nas decisões judiciais referidas em 2.1. e 2.2. (relativas ao PRC/2012/09) foi confirmado posteriormente em sentenças proferidas no contexto de processos contraordenacionais distintos (PRC/2015/4 e PRC/2014/5).

No âmbito do PRC/2015/4, a AdC adotou uma Nota de Ilicitude contra os CTT – Correios de Portugal S.A. (CTT), acusando esta empresa de abusar da sua posição dominante ao recusar o acesso à sua rede de distribuição de correio tradicional, desde 2012, aos operadores postais concorrentes³⁷.

32 Acórdão referido na nota 27.

33 P. 15 do Acórdão referido na nota 27.

34 P. 14 e 15 do Acórdão referido na nota 27.

35 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14 de dezembro de 2016, processo 291/16.5YUSTR.

36 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 2 de fevereiro de 2017, processo 337/16.7YUSTR.

37 Comunicado da AdC, de 22 de agosto de 2016, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201617.aspx.

No âmbito do processo, mediante deliberação de 7 de setembro de 2016, a AdC recusou aos CTT o acesso e reprodução dos documentos confidenciais exculpatórios, tendo por isso os CTT recorrido para o TCRS³⁸.

Argumentou a recorrente que não cabia à AdC escolher os documentos relevantes para a defesa mas apenas aqueles que devem permanecer no processo. E tendo a AdC decidido manter nos autos determinados documentos, tal apenas se pode justificar pela sua relevância para os factos sob investigação, independentemente de serem ou não documentos inculpatórios. Na eventualidade de tais documentos não serem relevantes para o processo, a AdC devia ter expurgado os mesmos dos autos, mas mantendo-se os documentos nos autos, tais documentos constituem forçosamente meios de prova que foram escrutinados pela AdC ainda que não mencionados na Nota de Ilicitude.

Nestes termos, a recorrente considerou que o regime previsto no n.º 3 do artigo 31.º e no n.º 4 do artigo 33.º do RJC permite o acesso (condicionado) pelas visadas aos documentos que constituem meios de prova, o que abrange todos os documentos constantes dos autos, e a interpretação da AdC segundo a qual os referidos preceitos apenas permitem o acesso aos documentos confidenciais inculpatórios viola o direito de defesa das visadas, bem como o princípio da igualdade de armas.

Sem prejuízo, o TCRS considerou que a deliberação da AdC se encontrava conforme ao disposto no artigo 33.º n.º 4 do RJC e manteve o entendimento de acordo com o qual deve haver diferenciação de regime para a prova com valor inculpatório e exculpatório, reproduzindo parte da Sentença proferida no âmbito do Processo 225/15.4YUSTR. Esta Sentença foi objeto de recurso para o TRL, o qual se encontra pendente à data da elaboração do presente trabalho.

No que concerne ao PRC/2014/5, o TCRS novamente citou a Sentença proferida no âmbito do Processo 225/15.4YUSTR considerando que o dever de confidencialidade merece compressão quando estão em causa documentos inculpatórios mas o acesso a documentos confidenciais com eventual relevo exculpatório não pode ser tratado de forma idêntica sob pena de subversão do dever imposto à AdC pelo n.º 1 do artigo 30.º do RJC.

38 O TCRS salienta na Sentença que a recorrente apenas requereu à AdC cópia integral dos documentos considerados confidenciais utilizados para a demonstração da infração mas analisa a questão como um pedido genérico de acesso a todos os documentos constantes dos autos.

Entendeu o tribunal que o acesso aos documentos confidenciais exculpatórios carecia de fundamentação (a qual era possível) pelos recorrentes, o que não sucedeu. Esta Sentença não foi objeto de recurso.

2.4. Processo 195/16.1YUSTR (Sentença de 25 de outubro de 2016³⁹)

No âmbito do processo contraordenacional PRC/2015/09, foi interposto recurso junto do TCRS, tendo as visadas recorrentes invocando a ilegalidade de duas decisões da AdC:

a) A deliberação de 14 de junho de 2016 em que a AdC solicitou às visadas a identificação de confidencialidade da informação apreendida nas respetivas instalações, bem como a preparação de resumos de informação confidencial, sob pena da mesma ser considerada como não confidencial, ao abrigo do disposto nos n.º 2 e 3 do artigo 30.º do RJC.

As recorrentes alegaram que a decisão era ilegal na parte em que impunha a elaboração de resumos da documentação confidencial, designadamente porque:

- (i) não existe fundamento legal para a exigência pela AdC da elaboração de resumos uma vez que o artigo 30.º do RJC apenas prevê a faculdade das visadas de identificação fundamentada da documentação confidencial e o artigo 18.º do RJC apenas inclui a obrigação de colaboração na prestação de informações e não o desempenho de funções da autoridade administrativa;
- (ii) no âmbito do Processo 1/16.7YUSTR (analisado acima em 2.2.), o TCRS clarificou que cabe à AdC a elaboração de descrições pormenorizadas dos documentos do processo, ao abrigo do dever processual acessório do dever de assegurar a proteção do segredo de negócio (artigo 30.º do RJC confirmado pelas Linhas de Orientação sobre Instruções de Processos);
- (iii) a exigência da elaboração de resumos de documentação confidencial viola o princípio constitucional da proporcionalidade já que gera custos e significativa perturbação da atividade da empresa por mera conveniência da AdC na organização do processo; e
- (iv) a mesma exigência viola ainda o princípio da proibição da autoincriminação (artigo 32.º n.º 1 da CRP).

³⁹ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 25 de outubro de 2016, processo 195/16.1YUSTR.

Sem prejuízo, o TCRS considerou que a exigência da AdC era legal e proporcional, encontrando-se aquela entidade a cumprir a advertência do tribunal em decisões anteriores⁴⁰ no sentido de produzir um descritivo detalhado e pormenorizado da informação confidencial de modo a compatibilizar um efetivo exercício do direito de defesa com a proteção do segredo de negócio, o que só pode ser realizado com a colaboração das visadas (que dispõem do domínio da confidencialidade dos documentos) sob pena de entorpecimento do processo sancionatório do RJC. Deste modo, entendeu o tribunal que o n.º 2 do artigo 30.º do RJC permite sustentar um ónus de colaboração das visadas com o regime de acesso a informação confidencial, o qual é no interesse das próprias visadas.

Refira-se que as recorrentes não apresentaram os resumos na sequência da deliberação 14 de junho de 2016, pelo que a AdC solicitou novamente a descrição do teor de cada documento confidencial por decisão de 22 de setembro de 2016 enquanto o recurso ainda se encontrava pendente. As visadas em causa também recorreram desta decisão de 22 de setembro de 2016, tendo o recurso sido apensado nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do RJC. Uma vez que o objeto deste novo recurso era idêntico ao anterior e a Sentença já havia entretanto sido proferida, o TCRS seguiu a decisão proferida nos autos principais que julgou o recurso improcedente nos termos já referidos⁴¹.

b) A deliberação de 17 de julho de 2016 em que a AdC recusou o requerimento da recorrente no sentido de desentranhar do processo documentos irrelevantes para o objeto do processo e/ou protegidos por sigilo profissional e bancário, tendo considerado que cabe ao TIC delimitar o universo da prova apreendida⁴².

A recorrente considerou que a AdC tem competência para desentranhar os documentos (cabendo-lhe a direção do inquérito nos termos do artigo 17.º do RJC) e estava obrigada a fazê-lo face ao enquadramento normativo aplicável (nomeadamente o n.º 1 do artigo 263.º do CPP aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do RGCO).

40 Sentenças do Processo 225/15.4YUSTR (analisado acima em 2.1.) e Processo 1/16.7YUSTR (analisado acima em 2.2.).

41 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 20 de dezembro de 2016, processo 195/16.1YUSTR-B.

42 A prova havia sido apreendida em virtude de decisão do TIC por estar em causa uma instituição de crédito.

O TCRS julgou improcedente a anulação da decisão em causa mas clarificou que não existe impedimento legal para que a AdC proceda ao desentranhamento e devolução de documentos considerados irrelevantes para o apuramento da responsabilidade das visadas. A AdC tem competência para conduzir o inquérito, ainda que coordenada em determinadas circunstâncias com a competência do JIC, sem que a intervenção do juiz implique que a AdC não possa determinar a relevância dos elementos probatórios, pelo que, conclui o tribunal, a AdC pode ordenar a exclusão de documentação irrelevante.

2.5. Processo 194/16.3YUSTR (Sentença de 5 de janeiro de 2017⁴³)

Também no âmbito do processo contraordenacional PRC/2015/08 foi interposto recurso junto do TCRS, tendo as visadas recorrentes invocado a ilegalidade de decisões da AdC relativas à apresentação de resumos da informação confidencial (ofício da AdC de 8 de junho de 2016) e desentranhamento de documentos (ofício da AdC de 7 de julho de 2016) com argumentos semelhantes aos acima mencionados.

Na Sentença proferida pelo TCRS, este manteve o entendimento acima mencionado em 2.4. em relação a estes dois temas mas concretizou a respetiva aplicação prática.

No que concerne à elaboração de resumos confidenciais, sem prejuízo de confirmar que os mesmos podem ser exigidos ao abrigo dos n.º 2 e 4 do artigo 30.º do RJC, esclareceu o tribunal que a AdC não pode exigir às visadas tarefas para fins de compilação, organização e sistematização da informação.

Considerou o tribunal que no caso dos documentos integralmente confidenciais é legítimo exigir a descrição resumida do conteúdo das informações suprimidas por motivo de segredo de negócio quando se torne necessário para compreender o conteúdo das partes suprimidas.

No entanto, em relação aos documentos parcialmente confidenciais, a AdC apenas pode exigir a apresentação de versões não confidenciais desses documentos mas não a elaboração de um resumo pois tal já consubstancia uma pura tarefa material de compilação de informação. A AdC apenas poderá fazer essa exigência se a narrativa da versão não confidencial do documento parcialmente confidencial, em que as partes confidenciais foram suprimidas, não torne compreensível o conteúdo das informações confidenciais.

43 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 5 de janeiro de 2017, processo 194/16.1YUSTR.

Quanto ao desentranhamento de documentos pela AdC com fundamento na sua irrelevância, o tribunal confirmou que aquela entidade tem essa faculdade mas deve assegurar o exercício do direito de defesa das demais visadas notificando-as para se pronunciarem sobre o desentranhamento (e desta forma controlarem o juízo de relevância probatória efetuado pela AdC).

3. ANÁLISE

Não obstante a omissão legal relativa a este tema, as decisões judiciais analisadas permitem que exista atualmente uma maior certeza e segurança jurídica relativamente ao modo de acesso aos documentos não utilizados como meio de prova e com potencial valor exculpatório no âmbito dos processos contra-ordenacionais de Direito da Concorrência.

De seguida apresentarei um resumo de algumas das conclusões que podem ser extraídas de tais decisões judiciais e ainda de algumas questões em aberto ou dificuldades de aplicação prática que podem ser suscitadas face ao entendimento dos tribunais.

3.1. Desentranhamento dos autos

Desde logo, encontra-se hoje clarificada judicialmente a possibilidade da AdC expurgar dos autos documentos que considere irrelevantes, devolvendo-os às visadas, o que poderia, em tese, evitar o problema de definir os termos de acesso aos documentos não utilizados como meios de prova pela AdC⁴⁴, uma vez que estes deixariam de constar do processo.

Para Miguel Sousa Ferro, a omissão no RJC relativa ao regime de acesso aos documentos exculpatórios pode estar relacionada com o facto do legislador ter partido do pressuposto que apenas ficariam no processo os documentos utilizados como meio de prova sendo que os restantes seriam desentranhados (à semelhança do que faz a Comissão Europeia), não se suscitando por isso questões quanto ao acesso de outros documentos⁴⁵.

No entanto, as duas decisões acima referidas em que o TCRS se pronunciou sobre o desentranhamento levam a conclusões diferentes sobre a forma como o mesmo se poderá processar.

Por um lado, na Sentença do Processo 195/16.1YUSTR, o TCRS afirma claramente que não existe obstáculo legal ou processual “[...] para que a AdC

44 Por esta entidade considerar que os mesmos não têm carácter inculpatório nem exculpatório.

45 Sousa Ferro, 2016.

proceda ao desentranhamento e devolução de documentos considerados irrelevantes, inócuos e desnecessários para o apuramento da responsabilidade sancionatória das visadas⁴⁶.” Refere o TCRS que é à AdC que cabe “[...] decidir quais os documentos que devem permanecer no processo, em função do seu valor exculpatório e inculpatório⁴⁷” e ainda que tendo a AdC “[...] competência exclusiva para conduzir o inquérito, bem como para determinar a relevância dos elementos probatórios, pode ordenar a exclusão de documentação irrelevante para o objeto do presente processo⁴⁸.

Por outro lado, na Sentença do Processo 194/16.3YUSTR, o TCRS afirma expressamente que quando a AdC pretenda desentranhar documentos “[...] previamente deve assegurar o exercício do direito de defesa dos demais visados em controlarem o juízo de relevância probatória efetuado por si, designadamente notificando-os para se pronunciarem sobre o desentranhamento. E se porventura os documentos em causa estiverem incluídos em alguma esfera de sigredo, merecedora de tutela em termos de restrição de acesso ao processo, nada obsta a que seja aplicado, para o efeito, um regime similar e por identidade de razões àquele que a lei reserva para os segredos de negócio⁴⁹.”

A este respeito, não se acompanha o entendimento do TCRS no sentido de que o desentranhamento de documentos durante a fase de inquérito implica a pronúncia pelas visadas relativamente ao mesmo.

Nos termos do artigo 17.º do RJC, o legislador conferiu à AdC a competência para dirigir a fase de inquérito, sendo por isso esta entidade competente para determinar quais os documentos obtidos no âmbito da sua investigação que devem manter-se no processo porque relevantes para decisão final de inquérito e quais os documentos que devem ser expurgados do mesmo porque irrelevantes.

Na própria Sentença do Processo 194/16.3YUSTR⁵⁰ o tribunal considera que está no âmbito dos poderes de direção do inquérito a organização pela AdC da sua atividade de investigação, à semelhança do Ministério Público no processo-crime (artigos 263.º e 267.º do CPP), competindo-lhe por isso determinar

46 P. 46 da Sentença referida na nota 40.

47 P. 45 da Sentença referida na nota 40.

48 P. 47 da Sentença referida na nota 40.

49 P. 100 da Sentença referida na nota 44.

50 P. 101 da Sentença referida na nota 44.

o momento em que alcançou o juízo acabado sobre a relevância dos meios de prova apreendidos, bem como o momento da respetiva restituição (artigo 186.º n.º 1 aplicável *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º n.º 1 do RJC).

No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque salienta que “[n]a fase de inquérito”, a autoridade competente para restituir os objetos é o Ministério Público, no exercício das suas funções de direção de inquérito [...]. O Ministério Público é que sabe se os objetos apreendidos são ou não necessários para fazer a prova da acusação⁵¹, pelo que o mesmo será aplicável à AdC no âmbito dos seus poderes de inquérito.

Entende-se a preocupação do tribunal no sentido de salvaguardar o exercício do direito de defesa das visadas.

No entanto, tal como no âmbito do processo penal o arguido não tem acesso aos autos do processo na fase de inquérito (durante a qual vigora fundamentalmente o princípio inquisitório) e desconhece as provas recolhidas contra si⁵², também no âmbito do processo contraordenacional por práticas restritivas da Concorrência, os direitos de defesa das visadas encontram-se em determinadas circunstâncias limitados até à estabilização do objeto do processo que ocorre no final da fase de inquérito, momento em que aquelas tomam conhecimento dos factos relativamente aos quais se têm de “defender”.

Para além das limitações impostas pela sujeição do processo a segredo de justiça (artigo 33.º n.º 2 do RJC), refira-se que o acesso a documentos confidenciais para efeitos do exercício do direito de defesa pelas visadas apenas se encontra previsto no RJC após terminada a fase de inquérito, i.e., para efeitos de apresentação da pronúncia à Nota de Ilicitude ou de impugnação judicial da decisão da AdC (artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4).

Ao exposto acresce que as visadas podem juntar ao processo os documentos exculpatórios que entendam relevantes. A necessidade de aceder a um documento que a AdC pretende desentranhar e que foi apreendido nas instalações de uma co-visada com o argumento de que o mesmo pode em tese ter valor exculpatório apenas se coloca em cenários quase teóricos. A título de exemplo, num processo de cartel, pode ter sido apreendido, no âmbito de uma diligência de busca realizada nas instalações da empresa A, um documento contendo uma referência à recusa da empresa B em participar no acordo ilegal, tendo por isso eventual valor exculpatório relevante para o exercício do direito de defesa de B.

51 Pinto de Albuquerque, 2011: 520.

52 Marques da Silva, 2000: 63.

Não obstante, mesmo neste cenário, parece-me que estamos perante uma falsa questão já que, ou bem que a AdC apresenta prova inculpatória relativamente ao envolvimento direto da empresa B, caso em que o documento em causa se torna pouco relevante, ou bem que a AdC não apresenta essa prova, tornando uma vez mais esse documento irrelevante.

Adicionalmente, para que as visadas se possam pronunciar sobre o desentranhamento dos documentos em causa, terão necessariamente de aceder aos mesmos e estes podem conter informação confidencial.

Isso significaria que a AdC terá de notificar as visadas para que classifiquem todos os documentos como confidenciais ou não confidenciais, quando na realidade já determinou que não vai utilizar os elementos em causa como prova, onerando assim as empresas desnecessariamente.

Para além disso, as visadas terão de fundamentar o potencial valor exculpatório de um documento para acederem ao mesmo e se poderem pronunciar sobre o respetivo desentranhamento, o que levantará as mesmas dificuldades práticas referidas nas subsecções seguintes relativas à solução atualmente preconizada pelo tribunal para o acesso aos documentos potencialmente exculpatórios. Assim, o desentranhamento dependente de pronúncia prévia pelas visadas não evitará o problema de definir os termos de acesso aos documentos não utilizados como meios de prova, questionando-se mesmo se terá sequer qualquer efeito útil.

Pelo que se conclui que a AdC deve ter o poder de desentranhar documentos que determinou serem irrelevantes durante a fase de inquérito, evitando assim a sobrecarga dos processos com documentos irrelevantes, a oneração das empresas com classificações de confidencialidade de documentos desnecessários, bem como o problema do acesso aos documentos não utilizados como meios de prova na medida em que os mesmos deixem desde logo de constar do processo.

3.2. Diferenciação entre regime a aplicar a documentos inculpatórios e exculpatórios

Os tribunais têm vindo a entender que a AdC, quando define os termos do acesso ao processo, não pode tratar as informações confidenciais com valor potencialmente exculpatório da mesma forma que trata as informações confidenciais com valor inculpatório, sob pena de subverter o dever previsto no n.º 1 do artigo 30.º do RJC e de afetar, desproporcionalmente, a proteção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro.

Para os tribunais, o acesso a documentos com potencial valor exculpatório deve ser mais restrito (resultando numa compressão menor do segredo de negócio) do que o acesso a documentos inculpatórios porque no primeiro caso a AdC já determinou a respetiva inocuidade probatória.

A este respeito, importa atentar ao seguinte excerto da Sentença do TCRS no âmbito do Processo 1/16.7YUSTR⁵³ (e quase inteiramente reproduzido na Sentença do Processo 291/16.5YUSTR):

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

Esta é a ratio do art. 33.º, n.º4 do NRJC.

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

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

Por outro lado, que razão há em permitir essa amplitude de acesso quando a autoridade sancionatória classificou tais documentos como inúteis para a demonstração da infração, para a punibilidade ou para a determinação da medida da coima?”

Esta distinção jurisprudencial entre o regime de acesso aplicável a documentos qualificados pela AdC como inculpatórios ou inócuos não é isenta de críticas.

José Lobo Moutinho alerta para as dificuldades da qualificação de uma determinada prova como inculpatória ou exculpatória, salientado “[...] o alcance probatório de um determinado meio de prova é o resultado de uma complexa atividade hermenêutica, de resultados raras vezes unívocos, e que, além disso, não considera cada qual apenas em si mesmo, mas na conjugação com todos os demais, enquanto

53 Posteriormente apensado no Processo 225/15.4.YUSTR, passando a correr como Processo 225/15.4.YUSTR-A.L1.

*todos confluem, de uma forma ou de outra, para o juízo sobre os factos relevantes [...] Além disso, muitas vezes, um meio de prova não é exclusivamente inculpatório ou exculpatório, é uma coisa, em certos sentidos; é outra, noutros sentidos*⁵⁴.”

A este propósito, Miguel Sousa Ferro⁵⁵ discorda com a distinção entre documentos inculpatórios e exculpatórios por vários motivos:

- (i) os documentos inculpatórios podem não o ser (só porque a AdC qualifica determinado documento como inculpatório não significa que este o seja verdadeiramente, pelo que adotar esta distinção como critério para determinar o regime de acesso é uma solução formalista);
- (ii) os documentos exculpatórios podem incluir documentos com efeitos inculpatórios (um elemento supostamente irrelevante mas incluído no processo pode ser levado em conta por um tribunal que entenda que o mesmo confirma elementos de prova citados na decisão);
- (iii) os documentos “não inculpatórios” não são “exculpatórios”, mas sim irrelevantes (se a AdC concluiu que determinados documentos são exculpatórios tem a obrigação de os levar em conta na decisão, pelo que se um documento é desnecessário para a sua decisão, tal significa que o mesmo é irrelevante); e
- (iv) o tribunal não pode confiar na qualificação dos documentos pela autoridade administrativa (as empresas pretendem precisamente aferir se os documentos não utilizados pela AdC são verdadeiramente inócuos ou têm valor exculpatório, pelo que é incorreto fazer variar os direitos de defesa das arguidas com base numa qualificação de uma autoridade administrativa sobre o conteúdo dos elementos probatórios).

Conclui por isso o autor que deverá existir um regime homogêneo para o acesso pelas empresas visadas a todos os documentos incluídos no processo, sem qualquer pressuposto quanto ao conteúdo inculpatório ou exculpatório dos mesmos.

No que concerne a este tema, compreende-se a *ratio* do tribunal, de acordo com a qual o acesso aos documentos inculpatórios (que foram efetivamente utilizados pela AdC como meio de prova) deve ser mais amplo porque permitir o acesso aos documentos exculpatórios significa comprimir a proteção do

54 Gorjão-Henriques, 2013: 338.

55 Sousa Ferro, 2016.

segredo de negócio apenas porque no plano hipotético poderá existir algum teor ilibatório nos mesmos.

No entanto, tende-se a concordar com os argumentos acima expostos no sentido da não distinção entre documentos inculpatórios e exculpatórios na determinação do regime de acesso.

Conforme referido em 3.2, a AdC deve ter o poder de expurgar do processo os documentos que considere irrelevantes. Mas relativamente aos documentos constantes dos autos, para garantir o efetivo exercício do direito de defesa das visadas, é necessário que estas possam aceder aos mesmos, com os limites impostos pela salvaguarda do segredo de negócio mas sem que deva caber à AdC escolher, substituindo-se às visadas, quais os documentos que são relevantes para a sua defesa e assim determinar o respetivo regime de acesso.

Sem prejuízo, a atual tendência jurisprudencial parece ser no sentido de distinguir os documentos inculpatórios dos exculpatórios e, conseqüentemente, diferenciar o respetivo regime aplicável, nos termos explicitados de seguida.

3.3. Exigência de fundamentação para o acesso a documentos exculpatórios; elaboração de descrições detalhadas

As decisões judiciais analisadas vieram estabelecer uma orientação clara de acordo com a qual as visadas devem apresentar fundamentação quanto ao potencial valor exculpatório dos elementos confidenciais não utilizados como meio de prova a que pretendem aceder.

Esta exigência é justificada pela necessidade de proceder a uma ponderação, de acordo com o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), entre o direito à não divulgação dos segredos de negócio e o direito de defesa das visadas, a qual não pode ser realizada em abstrato devendo antes ter por referência o caso concreto.

Tal implica necessariamente a análise crítica e individualizada pela AdC relativamente a cada um dos elementos considerados confidenciais a que as visadas pretendem aceder (face aos descritivos disponibilizados e à fundamentação apresentada), a consulta da visada contrainteressada que é a titular do segredo de negócio, e ainda a aferição do prejuízo concreto que possa resultar da respetiva divulgação. Conforme salienta Patrícia Lopes⁵⁶, a ponderação depende desde logo, do segredo em específico violado cuja cedência perante os direitos de defesa pode até não acarretar prejuízos de maior para a empresa em causa.

⁵⁶ Lopes, 2010: 95.

Os tribunais entenderam ainda que, para que a exigência de fundamentação possa ser cumprida (e o direito de defesa possa ser, nestes termos, efetivamente exercido), é necessário que seja elaborada uma descrição detalhada e pormenorizada de cada informação suprimida classificada como confidencial, por forma a permitir que as visadas obtenham uma razoável compreensão do teor dessa informação e possam realizar pedidos de acesso concretos e devidamente fundamentados (quanto ao respetivo eventual valor exculpatório).

Mais, clarificaram os tribunais que o ónus de elaboração dessa descrição recai sobre as visadas, não podendo no entanto a AdC exigir às visadas tarefas para fins de compilação, organização e sistematização da informação.

Refira-se que o Projeto de Linhas de Orientação sobre proteção de confidencialidades refere expressamente que as empresas devem, na submissão à AdC de pedidos de proteção de confidencialidades, fornecer um resumo ou descrição concisa de cada informação suprimida por razões de confidencialidade (ponto 20).

No entanto, este ónus de fundamentação e de elaboração de descrições detalhadas apresenta necessariamente dificuldades práticas no âmbito dos processos contraordenacionais de Direito da Concorrência, os quais incluem frequentemente várias visadas e um volume muito elevado de documentos confidenciais.

É neste contexto particularmente complexo que a AdC terá de determinar se as descrições apresentadas são suficientes para a apreensão do teor dos documentos, analisar a fundamentação apresentada em cada pedido de acesso, consultar as contraintressadas titulares do segredo de negócio protegido, realizar a ponderação dos interesses em causa e ainda responder de forma fundamentada às visadas que requereram o acesso, o que se revelará necessariamente um processo moroso.

Este processo pode também vir a onerar os tribunais caso estes venham a ser chamados a sindicar a suficiência das descrições e da fundamentação apresentadas relativamente a cada documento individualmente considerado cujo acesso é requerido.

Miguel Sousa Ferro salienta que é impossível fazer uma descrição para cada documento com suficiente detalhe que permita a aferição do eventual conteúdo exculpatório pois tal implicaria “[...] a previsão de todos os argumentos hipotéticos de defesa que poderão vir a ser invocados pelas empresas visadas [...]”⁵⁷.

57 Sousa Ferro, 2016.

Segundo o autor, esta circunstância torna a exigência de fundamentação um “exercício cosmético” em que a visada que pretende aceder aos documentos apenas pode referir, por exemplo, que vem referida em determinado correio eletrónico (baseando-se nas descrições/índices de confidencialidade que constam do processo), sem que isso adiante nada sobre a natureza ou o conteúdo potencialmente exculpatório do documento.

Face ao exposto, o autor propõe a aplicação aos documentos exculpatórios do regime previsto na lei para os documentos inculpatórios, já que é uma solução intermédia de equilíbrio entre os dois interesses a salvaguardar (segredo de negócio e direito de defesa).

Com efeito, considera-se que não parece haver razão ponderosa que justifique este regime de acesso diferenciado para os documentos exculpatórios, o qual é extremamente oneroso, quer para a AdC, quer para as visadas.

Para uma visada, tão relevante será consultar e contestar um documento utilizado como meio de prova pela AdC como consultar e invocar um documento não utilizado como meio de prova mas que afasta a sua responsabilidade contraordenacional.

E quanto à ponderação do segredo de negócio com o direito de defesa, note-se que o n.º 1 do artigo 31.º e o n.º 4 do artigo 33.º do RJC estabelecem em conjunto um regime em que o direito de defesa se sobrepõe à proteção do segredo de negócio, ainda que temperado pela restrição à possibilidade de consulta pelos mandatários/assessores económicos externos, utilização da informação confidencial apenas para efeitos de defesa e impossibilidade de reprodução.

Se o legislador considerou que, mediante a aplicação destas restrições ao acesso, o segredo de negócio se encontra suficientemente salvaguardado no caso dos documentos inculpatórios, não se vislumbra razão para proceder de modo diferente apenas no caso de acesso a um documento exculpatório.

4. CONCLUSÃO

Em suma, embora as recentes decisões dos tribunais tenham trazido nova luz relativamente ao tema em análise, restam ainda dúvidas relativamente à sua adequação prática à complexidade dos processos contraordenacionais de Direito da Concorrência. Por essa razão, é de esperar que a discussão relativa a esta temática continue a ser apreciada jurisdicionalmente, nomeadamente nos casos de recurso de decisões da AdC interpostos pelos titulares do segredo de negócio dos documentos em causa (que discordarão com a

decisão da AdC no sentido de considerar que o pedido de acesso se encontra devidamente fundamentado) ou pelas visadas que requerem o acesso (que discordarão da decisão da AdC no sentido da recusa do acesso a um documento por entender que a fundamentação do seu teor potencialmente excludatório não procede).

JURISPRUDÊNCIA

- Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, processo 766/06.4TYLSB.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28 de setembro de 2015, processo 225/15.4YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 7 de fevereiro de 2016, processo 1/16.7YUSTR.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de abril de 2016, processo 225/15.4YUSTR.L1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de maio de 2016, processo 1/16.7YUSTR.L1.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15 de julho de 2016, processo 1/16.7YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 25 de outubro de 2016, processo 195/16.1YUSTR.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de dezembro de 2016, processo 225/15.4YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14 de dezembro de 2016, processo 291/16.5YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 20 de dezembro de 2016, processo 195/16.1YUSTR-B.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 2 de fevereiro de 2017, processo 337/16.7YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 5 de janeiro de 2017, processo 194/16.1YUSTR.

BIBLIOGRAFIA

- BOTELHO MONIZ, C. (coord.)
2016 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Almedina.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (dir.)
2013 *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina.
- LOPES, P.
2010 “Segredos de Negócio Versus Direitos de Defesa do Arguido nas Contra-Ordenações da Concorrência”, 4 *Revista de Concorrência e Regulação*: Almedina.

MARQUES DA SILVA, G.

2000 *Curso de Processo Penal I: Verbo.*

PINTO DE ALBUQUERQUE, P.

2011 *Comentário do Código de Processo Penal (à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – 4.ª edição atualizada):* Universidade Católica Editora.

PINTO DE ALBUQUERQUE, P.

2011 *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações (à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem):* Universidade Católica Editora.

RUIZ, N.

2008 “Comentário à Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa no Proc. 766/06.4TYLSB Nestlé”, 40 *Sub Judice*: Almedina.

SIMAS SANTOS, M. & LOPES SOUSA, J.

2011 *Contra-ordenações, Anotações ao Regime Geral*: Áreas Editora.

SOUSA FERRO, M.

2016 “A investigação, a publicidade e o segredo na jurisdição da concorrência, regulação e supervisão”, artigo apresentado nas I Jornadas do TCRS realizadas em 31 de março.