REFLEXÕES "SOLTAS" SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO EM MATÉRIA DE CONFIDENCIALIDADE E ACESSO À PROVA*

*Sérgio Martins P. de Sousa***

Abstract: *This paper, written to a conference organized by the Portuguese Competition Lawyers Association, discusses the impact and contribution of the Competition Tribunal case law to the comprehension, on a law in action perspective, of the dilemma between the confidentiality of some documents and the need and right to access by the defendants. Despite of the main focus, the article also takes a concise look to the understanding of the right to defense according the implications of sanctioning procedures in the Portuguese Competition Authority and the consequent judicial appeals.*

Agradeço, reconhecido e grato, em nome pessoal e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o convite do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência para estar presente nesta, muito meritória, iniciativa, estendendo, na pessoa do Dr. Carlos Pinto Correia, os meus respeitosos cumprimentos a todos os presentes.

1.

Proponho-me, movido pela temática que molda este painel, exercer uma ligeira reflexão sobre a mais recente jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão a propósito da interposição de vários recursos interlocutórios, quase sempre no âmbito de um mesmo procedimento contraordenacional, e que tem relevado na interpretação dos artigos 30.º a

* O vertente texto corresponde a comunicação efetuada na IV Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência.
Faz-se menção das sentenças, porque aí se encontra o grosso da fundamentação relevante, mas sempre e implicitamente se aludindo aos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa que as confirmaram.

** Juiz de direito no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

33.º, do Regime Jurídico da Concorrência, dentro da compreensão do binómio acesso ao processo e confidencialidade por contraponto ao exercício do direito de defesa, limitando o nosso incurso à problemática do processo contraordenacional.

2.

De onde partimos?

Tudo começa no segredo de negócio.

É matéria trazida da propriedade intelectual e consabida de todos os presentes.[1]

3.

Do segredo de negócio chegamos à suscetibilidade de classificação como confidencial. Estão nesta condição aqueles documentos que, além de serem secretos ou conterem elementos que importem segredo, sejam classificáveis enquanto confidenciais, ditando a sua genérica inacessibilidade a outras entidades que não a própria empresa que os submeteu ao procedimento de classificação de confidencialidade junto da Autoridade da Concorrência.

Mas dissemos genericamente. E genericamente, porque casos há em que, não obstante a confidencialidade dos documentos, é premente conceder o acesso à informação existente. E premente para garantir o exercício do direito de defesa.

E adiantemos! Não é só direito de defesa circunscrito ao contraditório. É a imposição constitucional da garantia de um processo justo e equitativo. A garantia de um *fair trial*, com a natureza e dimensão trilhadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

1 Nos termos do artigo 318.º, do Código da propriedade Industrial, são segredos de negócio as informações que (i) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configurarão e ligarão exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; (ii) que tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; e (iii) que tenham sido objeto de diligencias consideráveis, atendendo às circunstancias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas.

4.

Prosseguindo.

Quando sobrevém pedido de acesso à prova, urge distinguir consoante as informações confidenciais relevam para a formulação da *acusação* ou nota de ilicitude aos visados, ou possam relevar para um juízo de não culpabilidade ou ilibação dos visados.

O primeiro grupo de casos mereceu tratamento jurisprudencial em sentença proferida pelo Tribunal do Comércio de Lisboa[2], que opunha a Nestlé à Autoridade da Concorrência, e que não só firmou jurisprudência, pacificamente aceite e constantemente acolhida, no sentido de a falta de acesso à prova com fundamento em confidencialidade determinar nulidade insanável por violação dos direitos de defesa, quando, claro está, a prova da acusação só por essa via possa ser alcançada; como logo tratou de alumiar a matéria respeitante ao acesso à prova (confidencial) enquanto potencial fundamento exculpatório, evidenciando que só quando tal exercício foi tentado nos autos, isto é, só quando a arguida requereu efetivamente o acesso à prova, e ele lhe foi negado, é que pode impetrar pela violação dos seus direitos de defesa.

5.

E isto nos leva ao segundo grupo de casos: quando o acesso à prova (confidencial) se funde na potencial ilibação da arguida.

Ora, aqui os documentos estão no processo, os documentos são confidenciais, e a visada ou arguida quer: primeiro poder identificar os documentos; segundo pedir o acesso aqueles que hipoteticamente demonstrem interesse exculpatório[3], seja ele qual for.

E a este propósito, vejamos o sentido trilhado pela intervenção do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, procurando na análise jurisprudencial lançar um olhar de futuro, ainda que limitado pela poeira rarefeita imposta pela proximidade das decisões. Sempre na expectativa de encontrar, com apelo à incontornável expressão de Brejnev, a boa teoria que confirme a sua melhor prática.

---

2 Processo n.º 766/06.4TYLSB, acessível em *concorrencia.pt*.

3 Assim se identifica o problema por facilidade de exposição, bem se sabendo que, não só os documentos assumem maior riqueza do que a oferecida pela sua catalogação entre inculpatórios e exculpatórios, como mais propriamente se deve destrinçar entre os documentos que estão presentes e servem o procedimento decisório, e aqueloutros que não lo servem.

6.
Na esmagadora maioria, todas as decisões tiveram na sua génese um mesmo caso judicial, cuja essencialidade dinâmica assenta no seguinte: no âmbito de processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência, a Autoridade da Concorrência procede à busca, exame, recolha e apreensão de vários documentos e em vários suportes, nas instalações de empresas visadas no processo. Tal diligência probatória conduz à apreensão de um universo de documentação muito significativo, na ordem das dezenas de milhar. Porém, só uma parte da documentação apreendida é utilizada na nota de ilicitude, contanto se tenha optado por manter a integralidade dos documentos apreendidos no processo.

7.
Num primeiro momento, e quanto ao que importa, a Autoridade da Concorrência indefere o pedido genérico de acesso a todos os documentos confidenciais não utilizados como meio de prova da infração, convidando as visadas a identificar com maior rigor os documentos que entendam ser relevantes para a sua defesa, e indefere igualmente o pedido de cópia de documentos classificados como confidenciais, por conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais.

Num segundo momento, depois de decisão judicial e em face desta, resolve deferir o acesso de todas as visadas aos documentos classificados como confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, mediante compromisso de confidencialidade e processando-se a consulta em data room e através de advogados e assessores económicos externos das visadas.

8.
Ora, a primeira decisão judicial (P. 225/15.4YUSTR) que, ao cabo e ao resto, constitui o *leitmotiv* de todo o processado posterior, julga improcedentes os recursos das decisões da Autoridade da Concorrência.

E aí se começa por aludir à constância jurisprudencial visando a boa harmonia entre o dever de proteção dos segredos de negócio e a garantia do exercício dos direitos de defesa, efetivada através da consecução de um juízo de prognose que, fazendo apelo aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade pondere a preservação dos valores constitucionais em

presença, e por isso afasta da interpretação do n.º4, do artigo 33.º, do Regime Jurídico da Concorrência, a possibilidade de reprodução da documentação confidencial, assim descortinando uma coerência sistemática do Regime Jurídico da Concorrência quando compulsado o teor da norma atinente aos pedidos de clemência e documentação confidencial (conferir artigo 81.º, n.º2).[4]

Mas sobretudo nesta decisão o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão evidencia a necessidade expressa pela jurisprudência comunitária de ser elaborada uma lista com a catalogação da informação confidencial, que dê aos visados, informações suficientemente precisas e detalhadas para lhes permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos são suscetíveis de ser pertinentes para a sua defesa, porquanto só se torna possível fundamentar o que é minimamente conhecido.

E partindo de tal premissa, entende convocar a Autoridade da Concorrência a uma mais funda reflexão sobre a suficiência da descrição dos documentos em causa, de molde a obviar debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa.

9.

E a Autoridade da Concorrência refletiu, e achou por bem infletir no procedimento até aí trilhado, o que nos conduz ao segundo momento. Precisamente aquele que analisou a interposição de recurso da deliberação do conselho de administração da Autoridade da Concorrência datada de 17 de Novembro de 2015, no sentido já explicitado de deferir o acesso de todas as visadas aos documentos classificados como confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação.

E aqui o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (P. 225/15.4YUSTR-A), salientando que o escopo da sentença anterior foi precisamente o de obstar a um acesso indiscriminado e indiferenciado pelas visadas, instando a Autoridade da Concorrência a uma melhor descrição dos documentos referenciados nas respetivas notas de ilicitude, sustenta que a deliberação da Autoridade da Concorrência defrauda, precisamente, a imposição legal de, na instrução dos processos, acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, uma vez que, com

4 Tal leitura foi depois corroborada em outras duas decisões, uma proferida nestes mesmos autos (por enquanto sob o n.º20/16.3YUSTR, mas a ser futuramente apensada aos autos principais) e a outra no âmbito do processo n.º291/16.5YUSTR.

aquela decisão, se prescinde, por completo, de conferir proteção à preservação do segredo, consagrando a indiferenciação de regimes de acesso a documentos confidenciais com valor inculpatório e exculpatório.

Sendo certo que, descortinado um dever acessório de elaborar uma catalogação dos documentos confidenciais inerente à responsabilidade fiduciária de preservar o segredo de negócio, cumpre à Autoridade da Concorrência, enquanto *domina* da fase de investigação e fiduciária dos documentos apreendidos, privilegiar, para efeitos do pedido de consulta, uma razoável compreensão do teor dos documentos em termos tais que essa fundamentação não fosse feita por *defeito e atacado.* E nestes termos declarou procedente o recurso e anulou a deliberação da Autoridade da Concorrência.

10.

Neste conspecto, importa ainda aludir a duas outras decisões (P. 194/16. 3YUSTR e P. 195/16.1YUSTR) que abordaram a temática das diligências a que estão obrigados os visados quanto ao procedimento de catalogação da documentação.

Numa das decisões, a segunda, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão declarou improcedentes os recursos e concluiu no sentido de não suscitar qualquer reserva quanto à decisão da Autoridade da Concorrência de exigir às visadas a preparação de resumos de toda a informação/documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão.

Já na outra, a primeira, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão formulou a distinção entre o que seja o dever de colaborar na catalogação da documentação e preparação, inclusivamente no segmento relativo ao ónus de apresentação de cópia não confidencial, e bem assim na exigência de que as versões não confidenciais de documentos parcialmente confidenciais sejam acompanhadas de uma descrição resumida da informação identificada como confidencial, quando tal se mostre necessário para compreender o conteúdo das partes suprimidas. E outra, bem diversa, quando se trate de exigir resumos, cuja única aptidão é o de servirem o propósito da própria organização e gestão do processado, que incumbe à Autoridade da Concorrência, sempre se recusando, nesta medida, qualquer advertência cominatória que redunde na classificação de não confidencialidade dos documentos que não cumpram a demandada exigência não compreendida na norma legal.

11.

É tempo de lançar o almejado olhar a que nos comprometemos e concluir.

Temos como seguro que:

A Autoridade da Concorrência tem por responsabilidade garantir o segredo de negócio.

Como seu dever acessório, cabe à Autoridade da Concorrência elaborar uma lista da prova documental existente nos autos classificada como confidencial, assumindo o visado o direito de intervir contraditoriamente e controlar a classificação dos documentos efetuada pela Autoridade da Concorrência e o seu juízo de relevância probatória final.

Em circunstância alguma pode ser facultada reprodução de documentos classificados como confidenciais.

A lista de enunciação da prova documental classificada como confidencial carece de suficiência, havendo que ser descritiva, pormenorizada e detalhada, de molde a garantir um exercício efetivo do direito de defesa, com vista à formulação de pedidos de acesso concretos e, na medida do possível, fundamentados por parte dos visados.

O exercício deste direito de defesa tem de ser pontuado com a tutela dos segredos de negócio, cumprindo à Autoridade da Concorrência a sua compatibilização, sempre de forma fundamentada.

Tal compatibilização não deve passar por um acesso imediato e indiscriminado aos documentos classificados como confidenciais.

A Autoridade da Concorrência não consentirá um tratamento equivalente no acesso a documentos que instruem a nota de ilicitude e documentos não utilizados com potencial exculpatório.

12.

Mas neste momento, é inescapável referir a alteração legislativa que se perspetiva, com a assumida *boleia* permitida pela transposição[5] da diretiva *private enforcement*.

Aí se propõe que o artigo 33.º, n.º 4, passe a ter a seguinte redação: "o acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para

5 Proposta de Lei n.º 101/XIII, correspondendo à transposição da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014.

efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º1 do artigo 25.ºe da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.ºe 16.ºdo [DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO]".

Ora, clarifica-se a questão da reprodução da documentação, negando a sua possibilidade – em consonância com a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – mas alarga-se a esfera de acesso aos documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova. Ou seja, documentos que fundam a nota de ilicitude, e por isso inculpatórios, e documentos que não são enunciados como meio de prova, mas potencialmente exculpatórios.

Bem, considerada a necessária ponderação de interesses e observação do princípio da proporcionalidade, com necessária conotação constitucional, importa referir que a concessão de acesso à prova para os documentos inculpatórios, ou, dito de outra forma, os documentos que fazem parte da nota de ilicitude ou da decisão, apresenta-se, à partida, como de valia preponderante à necessidade de preservação do segredo de negócio.

No entanto, parece-nos, sem prejuízo de reflexão mais profunda[6], que o mesmo juízo não resulta já de forma imediata para os documentos exculpatórios, ou, mais latamente, aqueles que não são enunciados enquanto meio de prova. Isto é, parece discutível, que em relação a estes se possa dizer o mesmo que em relação aos inculpatórios, porquanto parecem acarretar uma maior necessidade de avaliação casuística por parte da Autoridade da Concorrência, com especiais necessidades de fundamentação.

Tudo para dizer que, pese embora a nova redação que se pretende imprimir ao artigo 33.º, n.º4, do Regime Jurídico da Concorrência, só a logramos compreender dentro de parâmetros interpretativos, ou dentro de um desígnio interpretativo que não prescinda quer da necessidade de criação de uma lista dos documentos confidenciais com as características já determinadas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quer da carência

6 É matéria que carece de mais séria reflexão, sendo que a mesma só pode ser plenamente alcançada quando na posse da integralidade das alterações legislativas que decorrerão da publicação da aludida transposição da diretiva comunitária.

de pedidos fundamentados para o seu acesso, quer da análise e apreciação fundamentadas por parte da Autoridade da Concorrência aquando do seu deferimento ou indeferimento[7].

13.

Terminar, pegando numa ideia inicial.

Dissemos que o direito de defesa não pode estar circunscrito à ideia de um contraditório. O que se pretende é a garantia de um processo justo e equitativo. A garantia de um *fair trial,* com a natureza e dimensão trilhadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Acolhendo a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, relevante é que se ergam as traves mestras de um conceito materialmente penal de sanção.[8]

Isto, porque a mais das vezes a fuga para o direito contraordenacional, pelo menos para o que temos atualmente, mais não significa que uma tentação para potenciar o afastamento das regras gerais do direito ao processo equitativo e prevalência da legalidade.

Os quadros dogmáticos entre Direito Penal e Direito Contraordenacional estão sobremaneira impercetíveis.

O Direito Penal não se conteve em patamares de intervenção mínima.

O ilícito de mera ordenação social galgou fronteiras, sobrepondo, por um lado, bens jurídicos já acolhidos pelo legislador como tendo relevância criminal e, por outro, invadindo todas as áreas da regulação económica e financeira do Estado, tomando uma preponderância quer na amplitude da previsão normativa, quer na gravidade das sanções impostas.

E os sobreditos princípios impõem-se, seja no processo contraordenacional, seja num outro e de génese mais administrativista.[9]

Acontece, como bem demonstra a dinâmica jurisprudencial potenciada pela apreciação da casuística que enunciámos, que os desafios de garantia do

---

7 Aliás, só se admite a exigência de fundamentação precisa e fundada nos pedidos para acesso a documentos, como *ab initio* o fez a Autoridade da Concorrência (e que não mereceu reparo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão), quando seja para não ser franqueado o acesso (genérico e indiscriminado) aos documentos existentes no processo.

8 Conferir, com muito interesse, o discurso do Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. António Henriques Gaspar, proferido na sessão de abertura das Primeiras Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, disponível em *stj.pt*.

9 Conferir INÊS FERREIRA LEITE, "A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional", in e-book: Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais, Setembro 2015, disponível em *cej.mj.pt*.

fair trial no direito das contraordenações são bem maiores do que no direito penal.

E para adensar o quadro de compreensão, estamos no domínio de entidades que estabelecem a norma e que a regulamentam, procedem igualmente à sua execução e fiscalização, a tudo acrescendo a imposição de sanções na sequência da instauração de procedimentos sancionatórios, cuja iniciativa, instrução e decisão pertencem à mesma pessoa coletiva.

É esse, estamos em crer, o grande desafio que atravessa o direito contraordenacional, o direito sancionatório público.