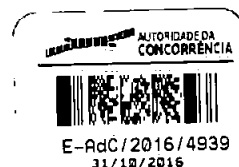




Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt



200460-11324070



Exma. Senhora

Av.ª de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

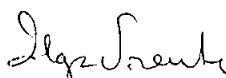
Processo: 195/16.1YUSTR	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	N/Referência: 153216 Data: 28-10-2016
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Banco Santander Totta Sa e outro(s)...		

Assunto: Despacho de admissão de Recursos e Sentença

Fica V. Ex.ª notificado, na qualidade de Mandatário do Recorrido Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

- De todo o conteúdo do despacho, de admissão de recursos, proferido nos autos acima indicados de fls. 687 a 688, cuja cópia se junta.
- Da interposição de recursos e respetivas motivações apresentadas nos presentes autos, de fls. 569/633 e 640/665, remetendo-se duplicado dos mesmos, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 411º, nº 6 do C. P. Penal, e art.º 74º, nº 4º, do RGCO.
- De todo o conteúdo da sentença, proferida de fls. 688 a 737, de que se junta cópia.
- Mais se solicita a V. Exa., o envio para o *e-mail* do Tribunal, em formato *word*, da eventual resposta que venha a remeter aos autos.

A Escrivã Auxiliar,


Olga Vicente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisoao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

152653

CONCLUSÃO - 25-10-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Olga Vicente)

=CLS=

A. Recursos de 19-10-2016 – fls. 569 a 594 (ref.ª 23884) e fls. 640 a 665 (ref.ª 23893).

Nos presentes autos, em 27-09-2016, considerando que o *novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO* (MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, LEI DA CONCORRÊNCIA, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822); considerando que as decisões administrativas em causa não configuram actos decisórios de que dependam a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do PRC n.º 2015/9¹, tratando-se de decisões que visam conformar o acesso à prova através do cumprimento do art.º 30.º do NRJC; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, **foi proferido despacho pelo qual se fixou ao presente recurso efeito meramente devolutivo.**

Não se conformando com o referido conteúdo do despacho proferido, as visadas, aqui recorrentes, **Banco Santander Totta, S.A. e Banco Santander Consumer Portugal, S.A.** vieram interpor recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, a subir em separado, imediatamente e com efeito devolutivo.

*

Porque são legais, tempestivos e interpostos por quem tem legitimidade, estando devidamente instruído com as respectivas alegações e conclusões, **admito os recursos de 19-10-2016 – fls. 569 a 594 (ref.ª 23884) e fls. 640 a 665 (ref.ª 23893), interpostos pelas visadas e recorrentes do despacho de 27-09-2016, quanto ao efeito da admissão do recurso das medidas administrativas, com subida com o recurso interposto da decisão**

¹ Ao contrário do juízo que se fez das decisões impugnadas nos processos n.º 1/16.7YUSTR; n.º 20/16.3YUSTR e n.º 90/16.4YUSTR, e com a salvaguarda de que a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa proferida no âmbito do primeiro processo versou sobre a competência do Tribunal, com declaração da nulidade da decisão por simples despacho e não do despacho prévio que fixou o efeito do recurso.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

que tiver posto termo à causa², e com efeito meramente devolutivo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 83.º; 85.º, n.º 3 e 89.º, n.º 1, al. b) do novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio; 399.º; 401.º, n.º 1 al. b); 406.º, n.º 1, parte final; 407.º, n.º 1 a 3 – *recorribilidade, legitimidade e subida*; 408.º, n.º 1 a 3 - *efeito devolutivo*; 411.º, n.º 1 al. a); 412.º; 414.º, n.º 1 e 2 – *prazo; motivação, conclusões e recebimento*, todos do C.P.P., e artigos 41.º, n.º 1; 73.º, n.º 1 al. a) e 74.º, n.º 4, do R.G.CO.

Notifique a autoridade administrativa e o Ministério Público, nos termos do art.º 411.º, n.º 6 do C.P.P.

* * *

*

B. Requerimentos de 24-10-2016 (ref.ª 23960 e ref.ª 23962).

Salvo o devido respeito e possivelmente por má-gua do nosso entendimento, não se vislumbra atendibilidade aos requerimentos de 24-10-2016, posto que, nesta data, desconhecemos a referida decisão de 23 de Setembro de 2016 (a qual nem sequer é objecto de alegação no presente processo) ou o recurso de 10 de Outubro de 2016 (que não se encontra sequer distribuído a este Juízo).

Por outro lado, assinalando que se pode tratar de um processo conexo com este, considerando que o Tribunal irá proferir de imediato decisão final, a comunicação afigura-se inócua ou inoportuna, nada havendo a conhecer ou decidir.

* * *

*

C. DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO.

I.1.1. Por deliberação de 14 de Junho de 2016, proferida no processo de contra-ordenação PRC n.º 9/2015 (cfr. fls. 13 e 14), a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) solicitou a identificação de confidencialidade da totalidade da informação apreendida nas instalações das visadas, a preparação de resumos de informação confidencial e a

² Por aplicação, *a contrario*, do art.º 407.º, n.º 1 e n.º 2 do C.P.P., atenta que nesta mesma conclusão, por falta de oposição à decisão por simples despacho, o Tribunal está habilitado a conhecer de mérito sobre os recursos de impugnação judicial deduzidos pelas visadas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

preparação de versões não confidenciais dos documentos considerados parcialmente confidenciais, na parte relativa à preparação de resumos de informação/documentação confidencial.

1.2. Nos presentes autos, a visada, aqui recorrente, **Banco Santander Totta, S.A. (doravante BST)**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa (cfr. fls. 17 a 69) da decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência – AdC**, de 14 de Junho de 2016.

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

1) Em 28 de Janeiro de 2016, as instalações do BST foram objecto de diligências de busca e apreensão, realizadas no âmbito do processo contraordenacional da AdC PRC n.º 9/2015, relativo a alegados indícios de infração do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como do Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, por parte das associações em causa e/ou de diversas instituições de crédito com atividade em Portugal;

2) Em 14 de Junho de 2016, o BST foi notificado pela AdC para, no prazo de 40 dias úteis, em relação à totalidade dos documentos apreendidos nas suas instalações no decurso das mencionadas diligências realizadas em 28 de Janeiro de 2016: *(i)* identificar a informação confidencial; *(ii)* preparar resumos da informação/documentação confidencial; e *(iii)* preparar versões não confidenciais dos documentos, quanto aplicável;

3) De facto, através da notificação de 14 de Junho de 2016, a AdC exigiu ao BST que procedesse ao resumo da informação/documentação confidencial incluída nos cerca de mais de 600 ficheiros (um número que poderá ser, inclusivamente, duplicado, tendo em conta que muitos destes incluem documentos anexos) apreendidos nas instalações desta instituição de crédito no decurso das referidas diligências de busca e apreensão;

4) Na Decisão, a AdC estatui que toda a documentação identificada pela empresa como confidencial cujos resumos não sejam fornecidos pela Recorrente nos termos estabelecidos pela AdC será considerada como não confidencial;

5) O objecto do presente Recurso é, precisamente, a parte da Decisão através da qual a AdC interpelou o BST para elaborar resumos da documentação confidencial apreendida, sob pena de a mesma ser considerada não confidencial;

— **Subida e efeito do recurso**

6) Considerando que a legalidade (em sentido amplo) do pedido de elaboração de resumos da informação / documentação confidencial apreendida nas instalações do BST está dependente da decisão a proferir no presente Recurso, é evidente que este último deve ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-École Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis *ex vi*, artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

7) Em primeiro lugar, o presente recurso deve ter subida imediata, na medida em que a sua retenção (para decisão apenas a final) torná-lo-ia absolutamente inútil, visto que, na sua pendência, o BST seria, desde já, forçado a elaborar resumos da documentação confidencial, tal como requerido pela AdC, sob pena de, caso contrário, essa documentação ser considerada como não confidencial pela AdC e utilizada nessa qualidade no processo;

8) Por outro lado, não há menor dúvida de que o processo contra-ordenacional em causa nos presentes autos constitui um “processo monstruoso”, pelo que não há a menor dúvida de que o mesmo deve ter subida imediata, sob pena de um hipotético risco de anulação do processado acarretar danos para o princípio da economia processual e prestígio das instituições;

9) Em segundo lugar, e considerando que tem subida imediata, é evidente que o presente recurso deve ter efeito suspensivo, na medida em que a validade ou eficácia dos actos subsequentes depende da apreciação deste mesmo recurso, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 408.º do CPP;

10) De facto, e considerando que o presente Recurso incide sobre a manifesta ilegalidade da exigência pela AdC da realização pelo BST de resumos da documentação confidencial apreendida, assim como sobre a manifesta ilegalidade da cominação da AdC segundo a qual, caso o BST não prepare esses resumos, a documentação apreendida se presume como não confidencial -, resulta manifesto que toda a tramitação subsequente neste processo se encontra dependente da sentença a proferir no presente recurso;

11) De resto, este douto Tribunal já fixou subida imediata e efeito suspensivo de recursos com um objecto que se pode considerar paralelo ao que o que se encontra aqui em causa nos autos, tendo em conta que estava em causa o desentranhamento de documentos e o modelo de acesso a informação confidencial no âmbito de processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, caso dos recursos apresentados nos processos n.º 1/16.7YUSTR, 20/16.3YUSTR e 90/16.4YUSTR;

12) Assim sendo, deve o presente recurso ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis *ex vi* artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

— Fundamentos do recurso

13) A parte da Decisão recorrida que impôs ao Recorrente o ónus de elaborar resumos da informação / documentação confidencial apreendida não tem qualquer fundamento legal;

14) Com efeito, a Decisão invoca, genericamente, como base legal para os pedidos dirigidos ao Recorrente – em particular, a exigência de preparação de resumos que permitam apreender o conteúdo da informação omitida por motivos de confidencialidade -, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência;

15) Em primeiro lugar, e como é evidente, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência não permite sustentar a existência de um dever de um interveniente num processo contra-ordenacional elaborar resumos de informação / documentação confidencial apreendida;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

16) Na verdade, o artigo 30.º da Lei da Concorrência estabelece que compete à AdC acautelar o interesse legítimo das empresas intervenientes em processos de práticas restritivas na protecção dos seus segredos de negócio;

17) Para efeitos de protecção dos segredos de negócio, o artigo 30.º da Lei da Concorrência prevê o dever jurídico de a AdC conceder um prazo aos visados para a identificação da confidencialidade da documentação apreendida;

18) Concomitantemente, os visados têm a faculdade jurídica de identificar, fundamentadamente, a documentação / informação confidencial;

19) Caso os visados não exerçam esta faculdade jurídica, i.e., na hipótese de a entidade em causa não identificar, de forma fundamentada, as informações que considere confidenciais ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos confidenciais – mas só nestes casos -, a documentação presume-se não confidencial, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

20) Deste modo, resulta evidente que o artigo 30.º da Lei da Concorrência em lado algum refere a obrigação (ou o ónus) de o interessado elaborar resumos da informação confidencial e muito menos estatui que esta se terá por não confidencial na hipótese de o interessado não elaborar esses mesmos resumos;

21) De resto, a interpretação do artigo 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que seria admissível considerar informação confidencial como não confidencial caso o visado não entregasse resumos dessa informação é, em qualquer caso, manifestamente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 61.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa, tendo em conta que os segredos de negócio de uma empresa estão incluídos no direito fundamental de propriedade (art. 62.º, da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, da CRP);

22) Em segundo lugar, é também manifesto que a suposta preparação dos resumos da informação confidencial não se inclui nos deveres de colaboração implícitos na Lei da Concorrência;

23) Com efeito, o artigo 18.º da Lei da Concorrência confere à AdC, no âmbito de um processo sancionatório, poderes para solicitar documentos e outros elementos de informação às empresas, bem como recolher e aprender prova nas instalações destas empresas;

24) Todavia, é patente que esses poderes não incluem a exigência da preparação de resumos de informação/documentação confidencial ou de qualquer outra informação susceptível de ser integrada em processos de práticas restritivas;

25) Tal como relembra o Advogado Geral Wahl no caso C 247/14 P - *HeidelbergCement AG*, as obrigações de colaboração correspondem à apresentação de informações e não ao desempenho de funções da entidade administrativa, entendimento que é também sufragado pela jurisprudência nacional;

26) Em terceiro lugar, para além de desprovida de base legal, a Decisão viola também o dever acessório da AdC de tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º da Lei da Concorrência;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

27) Com efeito, no Processo 1/16.7YUSTR, o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão foi claro ao considerar que cabe à AdC e não aos buscados, potenciais visados ou visados proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada dos documentos do processo, configurando esta obrigação como um dever processual acessório do dever de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do disposto no artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

28) Ademais, nas Linhas de Orientação da AdC, relativas à instrução de processos de práticas restritivas, a própria AdC reconhece o dever acessório de tratamento de gestão dos documentos, ao comprometer-se a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que as visadas possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais, e, nessa medida, possam, ulteriormente, se tal se revelar pertinente, fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos;

29) Além disso, a jurisprudência no plano União Europeia fornece apoio à conclusão de que compete às autoridades administrativas que conduzem os processos contra-ordenacionais sumariar e descrever a informação confidencial, não aos particulares, conforme resulta, por exemplo do acórdão Solvay (T-30/91);

30) É, por isso, que a Decisão é manifestamente ilegal na parte em que pretende efectuar um verdadeiro outsourcing de um dever jurídico que a Lei atribui à própria AdC, razão pela qual a solicitação da preparação de resumos da informação confidencial constitui o incumprimento por parte da AdC deste dever acessório de tratamento da informação / documentação, em violação do Artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

31) **Em quarto lugar**, e em qualquer caso, a parte da Decisão que impõe a elaboração de resumos de informação / documentação confidencial viola ainda o princípio constitucional da proporcionalidade, ao qual se encontra adstrita a actuação das autoridades administrativas, incluindo no âmbito de processos de contraordenação nos termos do Artigo 18.º e 266.º da Constituição da República Portuguesa;

32) O princípio da proibição do excesso também é tutelado no plano da UE, como o TJUE já salientou, em várias ocasiões;

33) De facto, as pessoas coletivas ou singulares devem ser protegidas contra intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na sua esfera privada, mesmo quando se trata de fazer cumprir as regras da concorrência, o que constitui um princípio geral de direito da UE (conforme resulta, por exemplo, dos acórdãos C 46/87 e 227/88 - *Hoechst/Comissão* e C-94/00 - *Roquette Frères*);

34) No caso concreto, é manifesto que a parte da Decisão que obriga à elaboração de resumos gera significativa perturbação da atividade da empresa, chamada a identificar e explicar um conjunto significativo de informação que, provavelmente, será em grande medida confidencial (afinal as diligências de busca e apreensão tiveram lugar numa instituição bancária), com os custos inerentes a alocação de colaboradores para estas tarefas, e inclusivamente, prolongada assessoria jurídica quanto a esta matéria;

35) Esta perturbação é particularmente injustificada, pelo que esta parte da Decisão infringe o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso em todos os seus subprincípios;

36) Por um lado, é manifesto que a exigência de preparação de resumos de informação/documentação confidencial não é apropriada para atingir qualquer fim de interesse público no sentido da promoção da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

concorrência, mas somente intuitos de conveniência por parte da AdC que não justificam a imposição deste pesado ónus à Recorrente;

37) Por outro, ainda que se admita, por mero dever de patrocínio, e sem conceder, apenas para efeitos deste raciocínio, que as medidas tinham o objectivo abstracto da promoção da concorrência, tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo, a imposição à Recorrente de preparação de resumos da informação/documentação confidencial não é necessária e muito menos corresponde à forma menos onerosa de prosseguir este objectivo;

38) Por fim, uma vez mais, ainda que descortinásemos um objectivo de interesse público atendível, *quod non*, é claríssimo que a exigência da preparação de resumos da informação/documentação confidencial, que acresce às exigências de indicação e fundamentação de confidencialidade e preparação detalhada de versões não confidenciais, excede o limite da “justa medida”;

39) O tratamento da informação exigido à Recorrente em virtude da Decisão é de tal modo extenso, complexo e exigente em termos de tempo que, na prática, a Recorrente, enquanto empresa alvo das buscas parece ter sido “subcontratada” para organizar os processos da AdC, o que não é compatível com o princípio da proporcionalidade, como resulta Conclusões do Advogado Wahl no processo C 267/14 - *Buzzi Unicom SpA*;

40) Deste modo, é manifesto que a parte da Decisão que impõe à Recorrente a elaboração de resumos da informação/documentação confidencial constitui um ónus excessivo, desnecessário e injustificado em violação do princípio da proporcionalidade;

41) De resto, interpretar o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de que a exigência por parte da AdC da preparação de resumos da informação / documentação confidencial seria admissível é manifestamente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 18.º e 266, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa;

42) **Em quinto lugar**, e em qualquer caso, a possibilidade de a AdC exigir que um visado efectuasse resumos da documentação confidencial apreendida seria, em qualquer caso, lesiva do princípio da proibição da auto-incriminação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”);

43) Na Decisão recorrida, a AdC não referiu - como era sua obrigação - em que qualidade jurídica deveria o ora Recorrente elaborar resumos da documentação confidencial apreendida, apesar de, nos seus pedidos de colaboração formulados ao abrigo do artigo 15.º da Lei da Concorrência, a AdC deve, entre outras informações, explicar ao destinatário em que qualidade jurídica é demandado (para efeitos desse pedido de colaboração);

44) Por conseguinte, em 23 de Junho, a Recorrente solicitou à AdC que a esclarecesse em que qualidade jurídica lhe foi endereçada a notificação de 14 de Junho de 2016, uma vez que, caso a Recorrente tenha sido notificada pela AdC na qualidade de “*visada*”, é evidente que o pedido da AdC deveria ter feito constar isso mesmo na notificação em causa nos autos;

45) **Assim, e enquanto esta questão - saber em que qualidade jurídica é que a Recorrente foi notificada pelo BST - não for esclarecida pela AdC, deverá o presente recurso ficar suspenso ao abrigo do disposto na parte**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

final do n.º 1 do artigo 272.º do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP;

46) Caso a AdC tenha notificado o BST na qualidade de “visado” - o que não se concede e apenas por mero dever de patrocínio se equaciona, tendo em conta que não existem fundamentos para o efeito e que o Recorrente nunca foi constituído visado -, é evidente que, sem prejuízo do *supra* exposto, o BST jamais poderia ser obrigado a efectuar resumos da informação apreendida sob pena de violação grave e grosseira do princípio da não auto-incriminação;

47) De facto, tendo em conta o princípio da proibição da auto-incriminação no âmbito de processos contra-ordenacionais, é manifesto que uma entidade visada tem o direito de recusar colaboração quando tal lhe for solicitado pela AdC;

48) Caso a AdC solicite colaboração para a instrução de um processo contraordenacional sem prestar a informação de que o visado pode recusar colaborar, tal constituirá um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos e para os efeitos no artigo 126.º do Código de Processo Penal, como entendeu, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 15.02.2011 no Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5;

49) Com efeito, o “visado” de um processo contra-ordenacional não poderá ser forçado a «escavar a sua própria cova» - elaborando resumos da documentação apreendida pela AdC - a troco de garantir a confidencialidade da documentação relativa a segredos de negócio;

50) De resto, e mesmo na linha da jurisprudência da UE que considera que, no âmbito de processos de contraordenação, as autoridades administrativas poderão requerer a colaboração de visados - que têm a obrigação de colaborar - para entrega de elementos puramente factuais ou documentos pré-existentes, a verdade é que a obrigação de elaborar resumos de documentação pelos visados nem sequer se encontra incluída nesta corrente jurisprudencial;

51) Assim sendo, é manifesto que a exigência pela AdC da obrigação de a Recorrente elaborar resumos da informação apreendida é absolutamente ilegal.

52) De resto, é evidente que a interpretação dos artigos 15.º e 18.º da Lei da Concorrência no sentido de que a AdC poderia exigir dos visados a preparação de resumos da informação confidencial sempre seria inconstitucional por violação do princípio constitucional da proibição da auto-incriminação implícito nos artigos 1.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa.

53) Em face do *supra* exposto, deve a Decisão da AdC ser anulada na parte em que determina a preparação de resumos da informação / documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016.

Terminou, requerendo a admissão do recurso - **com subida imediata e efeito suspensivo** - e, em consequência, a **anulação da parte da Decisão da AdC que exige ao BST a preparação de resumos de toda a informação/documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

Juntou 7 documentos, cópias e cópia de procuração.

1.3. Nos presentes autos, a visada, aqui recorrente, **Banco Santander Consumer Portugal, S.A. (doravante BSC)**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa (cfr. fls. 223 a 274) de decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência – AdC**, de 14 de Junho de 2016, que indeferiu o pedido de exclusão de documentos sujeitos a sigilo profissional, bem como dos documentos pessoais sujeitos à reserva da intimidade privada, em particular informação protegida por sigilo bancário sem qualquer relevância para o âmbito do processo, apreendidos durante as diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016.

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

1) Em 28 de Janeiro de 2016, as instalações do BSC foram objecto de diligências de busca e apreensão, realizadas no âmbito do processo contraordenacional da AdC PRC n.º 9/2015, relativo a alegados indícios de infração do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como do Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, por parte das associações em causa e/ou de diversas instituições de crédito com atividade em Portugal;

2) Em 14 de Junho de 2016, o BSC foi notificado pela AdC para, no prazo de 40 dias úteis, em relação à totalidade dos documentos apreendidos nas suas instalações no decurso das mencionadas diligências realizadas em 28 de Janeiro de 2016: *(i)* identificar a informação confidencial; *(ii)* preparar resumos da informação/documentação confidencial; e *(iii)* preparar versões não confidenciais dos documentos, quanto aplicável;

3) De facto, através da notificação de 14 de Junho de 2016, a AdC exigiu ao BSC que procedesse ao resumo da informação/documentação confidencial incluída nos cerca de 500 ficheiros (um número que poderá ser, inclusivamente, duplicado, tendo em conta que muitos destes incluem documentos anexos) apreendidos nas instalações desta instituição de crédito no decurso das referidas diligências de busca e apreensão;

4) Na Decisão, a AdC estatui que toda a documentação identificada pela empresa como confidencial cujos resumos não sejam fornecidos pela Recorrente nos termos estabelecidos pela AdC será considerada como não confidencial;

5) O objecto do presente Recurso é, precisamente, a parte da Decisão através da qual a AdC interpelou o BSC para elaborar resumos da documentação confidencial apreendida, sob pena de a mesma ser considerada não confidencial;

— **Subida e efeito do recurso**

6) Considerando que a legalidade (em sentido amplo) do pedido de elaboração de resumos da informação / documentação confidencial apreendida nas instalações do BSC está dependente da decisão a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.N.º 195/16.1YUSTR

proferir no presente Recurso, é evidente que este último deve ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis *ex vi*, artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

7) Em primeiro lugar, o presente recurso deve ter subida imediata, na medida em que a sua retenção (para decisão apenas a final) torná-lo-ia absolutamente inútil, visto que, na sua pendência, o BSC seria, desde já, forçado a elaborar resumos da documentação confidencial, tal como requerido pela AdC, sob pena de, caso contrário, essa documentação ser considerada como não confidencial pela AdC e utilizada nessa qualidade no processo;

8) Por outro lado, não há menor dúvida de que o processo contra-ordenacional em causa nos presentes autos constitui um “processo monstruoso”, pelo que não há a menor dúvida de que o mesmo deve ter subida imediata, sob pena de um hipotético risco de anulação do processado acarretar danos para o princípio da economia processual e prestígio das instituições;

9) Em segundo lugar, e considerando que tem subida imediata, é evidente que o presente recurso deve ter efeito suspensivo, na medida em que a validade ou eficácia dos actos subsequentes depende da apreciação deste mesmo recurso, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 408.º do CPP;

10) De facto, e considerando que o presente Recurso incide sobre a manifesta ilegalidade da exigência pela AdC da realização pelo BSC de resumos da documentação confidencial apreendida, assim como sobre a manifesta ilegalidade da cominação da AdC segundo a qual, caso o BSC não prepare esses resumos, a documentação apreendida se presume como não confidencial -, resulta manifesto que toda a tramitação subsequente neste processo se encontra dependente da sentença a proferir no presente recurso;

11) De resto, este douto Tribunal já fixou subida imediata e efeito suspensivo de recursos com um objecto que se pode considerar paralelo ao que o que se encontra aqui em causa nos autos, tendo em conta que estava em causa o desentranhamento de documentos e o modelo de acesso a informação confidencial no âmbito de processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, caso dos recursos apresentado no processo n.º 1/16.7YUSTR;

12) Assim sendo, deve o presente recurso ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis *ex vi* artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO;

— Fundamentos do recurso

13) A parte da Decisão recorrida que impôs ao Recorrente o ónus de elaborar resumos da informação / documentação confidencial apreendida não tem qualquer fundamento legal;

14) Com efeito, a Decisão invoca, genericamente, como base legal para os pedidos dirigidos ao Recorrente – em particular, a exigência de preparação de resumos que permitam apreender o conteúdo da informação omitida por motivos de confidencialidade -, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência;

15) Em primeiro lugar, e como é evidente, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência não permite sustentar a existência de um dever de um interveniente num processo contra-ordenacional elaborar



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

resumos de informação / documentação confidencial apreendida;

16) Na verdade, o artigo 30.º da Lei da Concorrência estabelece que compete à AdC acautelar o interesse legítimo das empresas intervenientes em processos de práticas restritivas na protecção dos seus segredos de negócio;

17) Para efeitos de protecção dos segredos de negócio, o artigo 30.º da Lei da Concorrência prevê o dever jurídico de a AdC conceder um prazo aos visados para a identificação da confidencialidade da documentação apreendida;

18) Concomitantemente, os visados têm a faculdade jurídica de identificar, fundamentadamente, a documentação / informação confidencial;

19) Caso os visados não exerçam esta faculdade jurídica, i.e., na hipótese de a entidade em causa não identificar, de forma fundamentada, as informações que considere confidenciais ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos confidenciais – mas só nestes casos –, a documentação presume-se não confidencial, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

20) Deste modo, resulta evidente que o artigo 30.º da Lei da Concorrência em lado algum refere a obrigação (ou o ónus) de o interessado elaborar resumos da informação confidencial e muito menos estatui que esta se terá por não confidencial na hipótese de o interessado não elaborar esses mesmos resumos;

21) De resto, a interpretação do artigo 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que seria admissível considerar informação confidencial como não confidencial caso o visado não entregasse resumos dessa informação é, em qualquer caso, manifestamente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 61.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa, tendo em conta que os segredos de negócio de uma empresa estão incluídos no direito fundamental de propriedade (art. 62.º, da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, da CRP);

22) **Em segundo lugar**, é também manifesto que a suposta preparação dos resumos da informação confidencial não se inclui nos deveres de colaboração implícitos na Lei da Concorrência;

23) Com efeito, o artigo 18.º da Lei da Concorrência confere à AdC, no âmbito de um processo sancionatório, poderes para solicitar documentos e outros elementos de informação às empresas, bem como recolher e aprender prova nas instalações destas empresas;

24) Todavia, é patente que esses poderes não incluem a exigência da preparação de resumos de informação/documentação confidencial ou de qualquer outra informação susceptível de ser integrada em processos de práticas restritivas;

25) Tal como relembra o Advogado Geral Wahl no caso C 247/14 P - *HeidelbergCement AG*, as obrigações de colaboração correspondem à apresentação de informações e não ao desempenho de funções da entidade administrativa, entendimento que é também sufragado pela jurisprudência nacional;

26) **Em terceiro lugar**, para além de desprovida de base legal, a Decisão viola também o dever acessório da AdC de tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º da Lei da Concorrência;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

27) Com efeito, no Processo 1/16.7YUSTR, o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão foi claro ao considerar que cabe à AdC e não aos buscados, potenciais visados ou visados proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada dos documentos do processo, configurando esta obrigação como um dever processual acessório do dever de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do disposto no artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

28) Ademais, nas Linhas de Orientação da AdC, relativas à instrução de processos de práticas restritivas, a própria AdC reconhece o dever acessório de tratamento de gestão dos documentos, ao comprometer-se a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que as visadas possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais, e, nessa medida, possam, ulteriormente, se tal se revelar pertinente, fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos;

29) Além disso, a jurisprudência no plano União Europeia fornece apoio à conclusão de que compete às autoridades administrativas que conduzem os processos contra-ordenacionais sumariar e descrever a informação confidencial, não aos particulares, conforme resulta, por exemplo do acórdão Solvay (T-30/91);

30) É, por isso, que a Decisão é manifestamente ilegal na parte em que pretende efectuar um verdadeiro *outsourcing* de um dever jurídico que a Lei atribui à própria AdC, razão pela qual a solicitação da preparação de resumos da informação confidencial constitui o incumprimento por parte da AdC deste dever acessório de tratamento da informação / documentação, em violação do Artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

31) Em quarto lugar, e em qualquer caso, a parte da Decisão que impõe a elaboração de resumos de informação / documentação confidencial viola ainda o princípio constitucional da proporcionalidade, ao qual se encontra adstrita a actuação das autoridades administrativas, incluindo no âmbito de processos de contraordenação nos termos do Artigo 18.º e 266.º da Constituição da República Portuguesa;

32) O princípio da proibição do excesso também é tutelado no plano da UE, como o TJUE já salientou, em várias ocasiões;

33) De facto, as pessoas coletivas ou singulares devem ser protegidas contra intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na sua esfera privada, mesmo quando se trata de fazer cumprir as regras da concorrência, o que constitui um princípio geral de direito da UE (conforme resulta, por exemplo, dos acórdãos C 46/87 e 227/88 - *Hoechst/Comissão* e C-94/00 - *Roquette Frères*);

34) No caso concreto, é manifesto que a parte da Decisão que obriga à elaboração de resumos gera significativa perturbação da atividade da empresa, chamada a identificar e explicar um conjunto significativo de informação que, provavelmente, será em grande medida confidencial (afinal as diligências de busca e apreensão tiveram lugar numa instituição bancária), com os custos inerentes a alocação de colaboradores para estas tarefas, e inclusivamente, prolongada assessoria jurídica quanto a esta matéria;

35) Esta perturbação é particularmente injustificada, pelo que esta parte da Decisão infringe o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso em todos os seus subprincípios;

36) Por um lado, é manifesto que a exigência de preparação de resumos de informação/documentação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345. Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

confidencial não é apropriada para atingir qualquer fim de interesse público no sentido da promoção da concorrência, mas somente intuitos de conveniência por parte da AdC que não justificam a imposição deste pesado ónus à Recorrente;

37) Por outro, ainda que se admita, por mero dever de patrocínio, e sem conceder, apenas para efeitos deste raciocínio, que as medidas tinham o objectivo abstracto da promoção da concorrência, tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo, a imposição à Recorrente de preparação de resumos da informação/documentação confidencial não é necessária e muito menos corresponde à forma menos onerosa de prosseguir este objectivo;

38) Por fim, uma vez mais, ainda que descortinásemos um objectivo de interesse público atendível, *quod non*, é claríssimo que a exigência da preparação de resumos da informação/documentação confidencial, que acresce às exigências de indicação e fundamentação de confidencialidade e preparação detalhada de versões não confidenciais, excede o limite da “justa medida”;

39) O tratamento da informação exigido à Recorrente em virtude da Decisão é de tal modo extenso, complexo e exigente em termos de tempo que, na prática, a Recorrente, enquanto empresa alvo das buscas parece ter sido “subcontratada” para organizar os processos da AdC, o que não é compatível com o princípio da proporcionalidade, como resulta Conclusões do Advogado Wahl no processo C 267/14 - *Buzzi Unicem SpA*;

40) **Deste modo, é manifesto que a parte da Decisão que impõe à Recorrente a elaboração de resumos da informação/documentação confidencial constitui um ónus excessivo, desnecessário e injustificado em violação do princípio da proporcionalidade;**

41) De resto, interpretar o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de que a exigência por parte da AdC da preparação de resumos da informação / documentação confidencial seria admissível é manifestamente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 18.º e 266, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa;

42) **Em quinto lugar**, e em qualquer caso, a possibilidade de a AdC exigir que um visado efectuasse resumos da documentação confidencial apreendida seria, em qualquer caso, lesiva do princípio da proibição da auto-incriminação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

43) Na Decisão recorrida, a AdC não referiu - como era sua obrigação - em que qualidade jurídica deveria o ora Recorrente elaborar resumos da documentação confidencial apreendida, apesar de, nos seus pedidos de colaboração formulados ao abrigo do artigo 15.º da Lei da Concorrência, a AdC deve, entre outras informações, explicar ao destinatário em que qualidade jurídica é demandado (para efeitos desse pedido de colaboração);

44) Por conseguinte, em 27 de Junho, a Recorrente solicitou à AdC que a esclarecesse em que qualidade jurídica lhe foi endereçada a notificação de 14 de Junho de 2016, uma vez que, caso a Recorrente tenha sido notificada pela AdC na qualidade de “visada”, é evidente que o pedido da AdC deveria ter feito constar isso mesmo a notificação em causa nos autos;

45) Assim, e enquanto esta questão - saber em que qualidade jurídica é que a Recorrente foi notificada pelo BSC - não for esclarecida pela AdC, deverá o presente recurso ficar suspenso ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 272.º do Código de Processo Civil, aplicável ex vi artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP;

46) Caso a AdC tenha notificado o BSC na qualidade de “visado” - o que não se concede e apenas por mero dever de patrocínio se equaciona, tendo em conta que não existem fundamentos para o efeito e que o Recorrente nunca foi constituído visado -, é evidente que, sem prejuízo do *supra* exposto, o BSC jamais poderia ser obrigado a efectuar resumos da informação apreendida sob pena de violação grave e grosseira do princípio da não auto-incriminação;

47) De facto, tendo em conta o princípio da proibição da auto-incriminação no âmbito de processos contra-ordenacionais, é manifesto que uma entidade visada tem o direito de recusar colaboração quando tal lhe for solicitado pela AdC;

48) Caso a AdC solicite colaboração para a instrução de um processo contraordenacional sem prestar a informação de que o visado pode recusar colaborar, tal constituirá um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos e para os efeitos no artigo 126.º do Código de Processo Penal, como entendeu, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 15.02.2011 no Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5;

49) Com efeito, o “visado” de um processo contra-ordenacional não poderá ser forçado a «escavar a sua própria cova» - elaborando resumos da documentação apreendida pela AdC - a troco de garantir a confidencialidade da documentação relativa a segredos de negócio;

50) De resto, e mesmo na linha da jurisprudência da UE que considera que, no âmbito de processos de contraordenação, as autoridades administrativas poderão requerer a colaboração de visados - que têm a obrigação de colaborar - para entrega de elementos puramente factuais ou documentos pré-existentes, a verdade é que a obrigação de elaborar resumos de documentação pelos visados nem sequer se encontra incluída nesta corrente jurisprudencial;

51) Assim sendo, é manifesto que a exigência pela AdC da obrigação de a Recorrente elaborar resumos da informação apreendida é absolutamente ilegal.

52) De resto, é evidente que a interpretação dos artigos 15.º e 18.º da Lei da Concorrência no sentido



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

de que a AdC poderia exigir dos visados a preparação de resumos da informação confidencial sempre seria inconstitucional por violação do princípio constitucional da proibição da autoincriminação implícito nos artigos 1.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa.

53) Em face do *supra* exposto, deve a Decisão da AdC ser anulada na parte em que determina a preparação de resumos da informação / documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016.

Terminou, requerendo a admissão do recurso - **com subida imediata e efeito suspensivo - e, em consequência, a anulação da parte da Decisão da AdC que exige ao BSC a preparação de resumos de toda a informação/documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016.**

Juntou 5 documentos, cópias e cópia de procuração.

1.4. A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos do artigo 85.º, n.º 1 e 2 do NRJC (cfr. fls. 1 e 2 e fls. 429 a 488).

1.5. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos do artigo 62.º, nº 1 do R.G.CO. (cfr. fls. 527 e 528).

* *

1.6. Por deliberação de 7 de Julho de 2016, proferida no processo de contra-ordenação PRC n.º 9/2015 (cfr. fls. 29 a 31), a **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) indeferiu o pedido de exclusão de documentos sujeitos a sigilo profissional, bem como dos documentos pessoais sujeitos à reserva da intimidade privada, em particular informação protegida por sigilo bancário sem qualquer relevância para o âmbito do processo, apreendidos durante as diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016.

1.7. No processo n.º 229/16.0YUSTR (apensado sob a referência A), a visada, aqui recorrente, **Banco Santander Totta, S.A.**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa (cfr. fls. 39 a 91 do apenso A) de decisão administrativa da **Autoridade da Concorrência – AdC**, de 7 de Julho de 2016, proferida no processo de contra-ordenação PRC n.º 9/2015 (cfr. fls. 29 a 31), que indeferiu o pedido de exclusão de documentos sujeitos a sigilo profissional, bem como dos documentos pessoais sujeitos à reserva da intimidade privada, em particular informação protegida por sigilo bancário sem qualquer relevância para o âmbito do processo, apreendidos durante as diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

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

1) No âmbito do processo n.º PRC 9/2016, tiveram lugar, em 28 de Janeiro de 2016, mediante mandado judicial emitido pelo TIC, diligências de busca e apreensão nas instalações do Recorrente, sujeitas à observância das formalidades legais previstas no Artigo 20.º da Lei da Concorrência no caso de instituições bancárias, *i.e.*, na presença do juiz de instrução criminal (estas diligências tiveram lugar simultaneamente em relação ao processo PRC n.º 9/2015 no âmbito do qual se insere o presente recurso, mas também em relação do PRC n.º 8/2015).

2) Estas diligências resultaram na apreensão de vários milhares de ficheiros informáticos nos computadores de colaboradores do Recorrente, que, nos termos do referido mandado, teriam de estar relacionados com os pretensos factos em investigação, relativos a alegadas práticas restritivas da concorrência por parte da associação comercial ASFAC - Associação de Instituições de Crédito Especializado, ou das empresas que a integram, em particular, práticas relativas a alegados intercâmbios de informação comercial neste âmbito.

3) Aquando da realização das referidas buscas, o Recorrente não teve oportunidade de se manifestar quanto ao facto de os documentos apreendidos poderem estar cobertos por sigilo e fora do âmbito do mandado, tendo em conta que que estes foram copiados de forma massiva em suporte electrónico, sendo que, uma revisão posterior da cópia dos documentos disponibilizada pela AdC (e que incluía, indistintamente, aproximadamente 2.200 ficheiros relativos aos processos PRC 8/2015 e ao PRC 9/2015) revelou que estavam compreendidos nessa documentação ficheiros cuja inclusão no processo é violadora da Lei e do próprio objecto do mandado, por dizerem respeito a informação sujeita a sigilo profissional de advogado, bem como informação sujeita a sigilo bancário sem qualquer relevância para o objecto do processo.

4) Tendo em conta a manifesta falta de condições para a verificação da conformidade da apreensão da informação em causa com a Lei e com o objecto do mandado, tendo em conta a quantidade de documentos em causa, o facto destes se encontrarem em suporte informático, bem como a duração da diligência, no entender do Recorrente deveria ter tido lugar, à semelhança do que sucedeu em processos anteriores, uma revisão da informação apreendida no sentido de excluir do processo toda a informação cuja inclusão nos autos apresentasse problemas de legalidade.

5) Neste sentido, o Recorrente, quando, ao iniciar a revisão dos referidos documentos, e ainda antes da conclusão da mesma, constatou que tinham sido apreendidos documentos cuja inclusão no processo era contrária à Lei e ao objecto do mandado, realizou junto do TIC, bem como junto da AdC, diligências no sentido de obter a exclusão desta documentação dos autos em epígrafe.

6) Com efeito, no que ao objecto do presente recurso diz respeito, o Recorrente requereu à AdC, em 18 de Abril de 2016, que excluísse do processo n.º PRC/2015/9 os documentos sujeitos a sigilo profissional de advogado, bem como documentos abrangidos pela reserva de intimidade da vida privada, em particular



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém .
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 195/16.1YUSTR

informação de clientes sujeita a sigilo bancário sem qualquer relevância para o objecto do processo, indicando, exemplificativamente alguns documentos que deviam ser desentranhados por se incluírem nestas categorias.

7) Em 7 de Julho de 2016, a AdC proferiu a Decisão ora impugnada recusando-se a desentranhar do processo os documentos neste incluídos em desconformidade com a Lei e com o objecto do mandado.

8) Na Decisão a AdC manifestou o entendimento de que cabe ao TIC delimitar o universo da prova apreendida, não obstante, de forma contraditória com este entendimento inicial, ter empreendido uma análise de alguns dos documentos exemplificativamente indicados no requerimento de 18 de Abril de 2016, tendo, ainda assim, concluído pelo indeferimento do pedido de desentranhamento destes.

9) Não se conformando com a Decisão proferida pela AdC, tendo em conta a ilegalidade da mesma, o Recorrente vem por este meio interpor o presente recurso de anulação, ao abrigo do disposto no artigo 401.º do CPP, aplicáveis ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência e n.º 1 do artigo 41.º do RGCO.

— Subida e efeito do recurso

10) No entender do Recorrente, a legalidade (em sentido amplo) da inclusão da documentação controvertida, apreendida nas instalações do BST, está, naturalmente, dependente do desfecho do presente recurso.

11) Em primeiro lugar, importa notar que o n.º 1 do artigo 407.º do CPP estipula que “*sobem imediatamente os recursos cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis*”, sendo manifesto, no caso concreto, que a retenção do presente recurso torná-lo-ia absolutamente inútil, na medida em que, na pendência deste, continuariam a fazer parte do processo e a estar acessíveis à AdC e, potencialmente, num momento subsequente, até a outros intervenientes no processo, os documentos controvertidos.

12) Noutro prisma, e em qualquer caso, não há a menor dúvida de que o processo contraordenacional em causa nos presentes autos constitui um “processo monstruoso”, tendo em conta que terão tido lugar neste processo diligências de busca e apreensão em 13 instalações de diversas instituições de crédito, estimando-se que tenham sido apreendidos vários milhares de documentos, devendo por isso, em qualquer caso, o recurso ter subida imediata, na medida em que uma eventual anulação do processado num processo com estas características acarretaria graves danos para o princípio da economia de meios e para o prestígio das instituições.

13) Em segundo lugar, e considerando o facto de ter subida imediata, o presente recurso deve ter efeito suspensivo, na medida em que a validade ou eficácia dos atos subsequentes neste processo depende da apreciação deste mesmo recurso, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 408.º do CPP.

14) De resto, este douto Tribunal já fixou subida imediata e efeito suspensivo de recursos com um objecto que se pode considerar paralelo ao que o que se encontra aqui em causa nos autos, tendo em conta que estava em causa o desentranhamento de documentos e o modelo de acesso a informação confidencial no âmbito de processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, caso dos recursos apresentados nos processos n.º 1/16.7YUSTR, 20/16.3YUSTR e 90/16.4YUSTR;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329. Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

15) Assim sendo, deve o presente recurso ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO.

— Da ilegalidade da Decisão Recorrida

16) No que respeita aos fundamentos concretos da anulação da Decisão impugnada o Recorrente realça, a título prévio, que não é inócuo que estes documentos permaneçam no processo, tendo em conta que os documentos incluídos nos autos, ainda que não sejam utilizados na imputação de uma alegada infração de direito da concorrência, podem ser potencialmente acessíveis, desde logo aos co-visados pelo processo, nos termos do Artigo 33.º da Lei da Concorrência.

17) Na verdade, os direitos da Recorrente e de todas as entidades abrangidas pela documentação em causa (em particular clientes e advogados) só podem ser plenamente salvaguardados com o desentranhamento da informação em causa, pelo que o Recorrente não pode concordar com a posição adotada pela AdC, muito menos com as justificações por esta avançadas para indeferir o requerimento de 18 de Abril de 2016, de forma contrária à Lei e ao objecto do Mandato, pelo que a Decisão recorrida deverá ser anulada, tendo em conta, por um lado, que a AdC pode desentranhar os documentos (*i.e.*, tem competência para o efeito) e, por outro, que está, ademais, obrigada a fazê-lo por força do enquadramento normativo aplicável.

a) Da competência da AdC para apreciar questões relativas à documentação por si apreendida

18) Entende o Recorrente que cabe sempre à AdC a direcção do inquérito em processos de práticas restritivas da concorrência, não obstante ter sido, no caso concreto, e nos termos da Lei, assistida nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar nesta fase pelo TIC, tendo em conta que estava em causa uma instituição de crédito.

19) Nesse sentido, cumpre notar que, nos termos do n.º 1 do Artigo 263.º do CPP “*a direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal*”, sendo que, e não obstante a subsidiariedade do processo penal face ao processo contraordenacional – por força da aplicação do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO –, o legislador conferiu expressamente à autoridade administrativa os poderes que no processo penal são atribuídos ao Ministério Público.

20) O legislador atribuiu à AdC, por força do artigo 17.º da Lei da Concorrência, a competência para dirigir a fase de inquérito no processo sancionatório relativo a práticas restritivas, ainda que coordenada, em determinadas circunstâncias, com a competência do Juiz de Instrução Criminal, sem que a intervenção deste juiz implique que à AdC, enquanto titular do poder de direcção do inquérito não tenha competência para determinar a exclusão de prova irrelevante (ainda que a mesma tenha sido apreendida em virtude de decisão do TIC, por estar em causa uma instituição de crédito).

21) Consequentemente, tendo a AdC competência exclusiva para conduzir o inquérito, bem como para determinar a relevância dos elementos probatórios, não só podia, como devia, ter ordenado a exclusão de documentação irrelevante para o objecto do presente processo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

22) Aliás, a própria Decisão acaba por reconhecer a competência da AdC neste particular, na medida em que, apesar de reiterar em relação a todas as categorias de documentos em causa, incluindo os documentos sujeitos a sigilo profissional, que “*não cabe à AdC decidir sobre a exclusão e destruição de documentos que o TIC de Lisboa considerou que devem constar do processo*”, prossegue na apreciação destes documentos, exemplificativamente referidos no requerimento de 18 de Abril de 2016.

23) Deste modo, é forçoso concluir-se pela competência da AdC, enquanto dominus da fase de inquérito em processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência, para determinar o desentranhamento de prova apreendida em desconformidade com a Lei e com o objecto do mandado.

b) Da documentação apreendida sem relevância para o objecto do processo/das diligências de busca e apreensão

24) No entender do Recorrente, neste momento constam do processo 153 ficheiros irrelevantes para o objecto das diligências de busca e apreensão determinado pelo TIC e ou protegidos por sigilo profissional de advogado, documentos estes que devem, por isso, ser desentranhados e destruídos.

25) Em primeiro lugar, encontra-se também apreendida documentação respeitante a dados concretos de clientes do Recorrente (atuais ou potenciais) que, como decorre dos exemplos supra incluídos e dos documentos enunciados em anexo, se apresenta como absolutamente irrelevante para o (pretense) objecto de prova dos autos de contraordenação supra identificados.

26) Com efeito, nos termos das disposições conjugadas do Artigo 78.º e 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e do Artigo 20.º, n.º 8, da Lei da Concorrência, que são ademais, uma emanção do direito constitucional à reserva da intimidade da vida privada, resulta manifesto que não podem ser integrados no processo da AdC documentos sujeitos a sigilo bancário, em particular informação detalhada da situação patrimonial de clientes da instituição, que não têm qualquer ligação, nem mesmo remota, com os factos em investigação nos presentes autos.

27) Deste modo, e em resultado da aplicação do n.º 1 do artigo 124.º do CPP, aplicável ex vi n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, os referidos elementos não deverão ser objecto de levantamento do sigilo bancário neste caso, devendo ser desentranhados do processo.

28) Além disso, interpretar o Artigo 20.º da Lei da Concorrência (ou qualquer outra disposição deste enquadramento normativo) no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sujeita a sigilo bancário, em particular informação de clientes, sem qualquer relevância para o objecto do processo, ou pelo menos no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por infração ao Artigo 26.º da CRP.

29) Em segundo lugar, encontra-se também apreendida e integrada nos autos, como decorre dos exemplos supra incluídos e dos documentos enunciados em anexo, documentação respeitante a comunicações estabelecidas com advogados, internos e externos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

30) O n.º 1 do artigo 76.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro, proíbe a apreensão de comunicações relativas ao exercício da advocacia, em particular de correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado, sendo a que a tutela do sigilo profissional de advogado é requisito essencial do livre exercício da advocacia, da boa administração da justiça e do acesso dos cidadãos à justiça, enquanto emanação de várias disposições constitucionais (em particular os Artigos 2.º, 20.º, 32.º e 208.º da CRP).

31) A protecção conferida à informação relativa ao exercício da advocacia no âmbito de processos da AdC foi já reconhecida pelo Acórdão do Tribunal de Comércio de Lisboa, em sentença proferida no âmbito do Processo n.º 572/07.9TYLSB, que equiparou a tutela de advogados externos e de advogados internos e ordenou o desentranhamento da informação apreendida da autoria do advogado interno com inscrição na Ordem dos Advogados, independentemente do local em que esta havia sido apreendida.

32) Além disso, a jurisprudência da União Europeia relativa a comunicações entre advogados e clientes garante também, e de forma inapelável, o sigilo profissional nestas comunicações, especialmente no que se refere a “advogados independentes”, por exemplo nos acórdãos T-125/03 e n.º T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd*

33) Por último a Decisão da AdC contrasta flagrantemente até com o entendimento da própria autoridade nas Linhas de Orientação, em que nos parágrafos 193 e seguintes, reconhece a proibição de apreensão de correspondência, aberta u fechada, respeitante ao exercício da profissão de advogado (incluindo advogado interno e externo).

34) Consequentemente, **deve ser desentranhada do processo toda a documentação relativa a comunicações entre advogados externos e internos e os seus clientes, independentemente do local em que tenham sido apreendidas.**

35) Além disso, **interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sujeita a sigilo profissional de advogado, ou pelo menos no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por desconformidade com os Artigos 2.º, 20.º, 32.º e 208.º da CRP.**

36) Em **terceiro lugar**, encontra-se apreendida documentação respeitante a **comunicações que, em geral, não têm qualquer relevância ou ligação com o objecto da diligência determinado pelo mandato do TIC**, uma vez que como decorre dos exemplos supra incluídos e dos documentos enunciados em anexo, se trata de informação totalmente desligada ou, no mínimo, muito periférica em relação às actividades em causa, e que poderá inclusivamente, em alguns casos, na medida em que se prenda com aspectos da organização Recorrente constituir segredo de negócio.

37) A manutenção de informação deste tipo nos autos em epígrafe gerará apenas entropias, num processo que já é de si monstruoso, em prejuízo de direitos de defesa dos potenciais visados, podendo inclusivamente estar em causa documentos relacionados com aspectos logísticos da organização Recorrente susceptíveis de constituir segredo de negócio e, por isso, uma intromissão injustificada na vida da empresa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

38) Em resultado da aplicação do n.º 1 do artigo 124.º do CPP, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, os referidos elementos, deverão ser desentranhados no processo.

39) Importa ainda ter em conta que, interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência (ou qualquer outra disposição deste enquadramento normativo) no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sem qualquer relevância para o objecto do processo, em particular informação relativa à organização interna da empresa, sobrecarregando o processo com centenas de documentos inúteis, ou pelo menos a interpretação no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por infração aos Artigos 32.º e 34.º da CRP.

c) Da exclusão e destruição de documentação irrelevante para o objecto do processo/das diligências de busca e apreensão

40) Quanto à necessidade de destruição da documentação desentranhada, o Recorrente gostaria de realçar que, nos termos do n.º 1 do artigo 186.º do CPP, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, *“logo que se tornar desnecessário manter a apreensão para efeito de prova, os objectos apreendidos são restituídos a quem de direito”*.

41) Da aplicação deste preceito resulta que, demonstrada a irrelevância da documentação em análise, a sua apreensão torna-se desnecessária, devendo proceder-se à restituição da mesma, não obstante, no caso concreto os documentos controvertidos são ficheiros electrónicos, pelo que uma restituição dos objectos apreendidos se apresenta, desprovida de sentido, tendo em consideração que os exemplares originais se mantêm na posse do Recorrente.

42) Por conseguinte, a única via por meio da qual este preceito pode ver alcançado o seu efeito útil no caso em apreço é através do desentranhamento e consequente destruição dos objectos apreendidos cuja manutenção é manifestamente desnecessária para efeitos de prova.

— Da confidencialidade do processo

43) De forma a acautelar o efeito útil do presente recurso, que tem como objecto o desentranhamento de informação, pela sua própria natureza, confidencial, no âmbito de um processo sujeito a segredo de justiça, o Recorrente vem pelo presente requerer a V.ª Ex.ª, nos termos do n.º 1 do artigo 164.º do CPC, se digne ordenar a sujeição do presente processo a estrita confidencialidade, atendendo aos motivos *supra* elencados.

Terminou, requerendo a admissão do recurso - com subida imediata e efeito suspensivo - e, em consequência, a revogação da Decisão impugnada, que indeferiu o pedido - apresentado pelo ora Recorrente - de exclusão do processo de toda a informação sujeita a sigilo profissional de Advogado, informação pessoal, informação relativa a clientes sujeita a sigilo bancário, bem como informações gerais irrelevantes



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

para o objecto de prova do presente processo, solicitando-se a suspensão do acesso e de todos os actos conexos com esta documentação no âmbito dos autos de contra-ordenação supra identificados, na pendência do presente recurso.

Juntou 12 documentos, cópias e cópia de procuração.

1.8. A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos do artigo 85.º, n.º 1 e 2 do NRJC (cfr. fls. 2 e 3 e fls. 331 a 363 do apenso A).

1.9. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos do artigo 62.º, n.º 1 do R.G.CO. (cfr. fls. 380 do apenso A).

* *

1.10. Por terem sido tempestivamente interpostos, por quem tem legitimidade para o efeito, e com respeito pelas legais exigências de forma, foi proferido despacho a **admitir os presentes recursos de medidas de autoridade administrativa, proferidas no processo contra-ordenacional n.º PRC n.º 9/2015**, datadas de 14 de Junho de 2016 e de 7 de Julho de 2016, interpostos pelos recorrentes **Banco Santander Totta, S.A. e Banco Santander Consumer Portugal, S.A.**, em harmonia com o disposto no art.º 85.º do novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

1.11. Considerando que o *novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO* (MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, LEI DA CONCORRÊNCIA, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822); considerando que as decisões administrativas em causa não configuram actos decisórios de que dependam a validade ou a eficácia da tramitação subsequente do PRC n.º 2015/9³, tratando-se de decisões que visam conformar o acesso à prova através do cumprimento do art.º 30.º do NRJC; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, **foi proferido despacho a fixar efeito meramente devolutivo ao presente recurso tem.**

³ Ao contrário do juízo que se fez das decisões impugnadas nos processos n.º 1/16.7YUSTR; n.º 20/16.3YUSTR e n.º 90/16.4YUSTR, e com a salvaguarda de que a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa proferida no âmbito do primeiro processo versou sobre a competência do Tribunal, com declaração da nulidade da decisão por simples despacho e não do despacho prévio que fixou o efeito do recurso.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

1.12. Compulsando os termos da motivação do recurso e atendendo ao objecto das decisões administrativas em causa, relevando a posição manifestada pelo Ministério Público, afigurando-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, notificou-se as visadas/recorrentes e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância

1.13. Regularmente notificados, os sujeitos processuais nada vieram opor à decisão por simples despacho, tendo as visadas/recorrentes procedido ao pagamento da taxa de justiça respectiva (cfr. fls. 554 a 560 e fls. 564 a 566).

* * *

*

II. O juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras” (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável “ex vi” arts.º 4.º, do Código de Processo Penal; 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO. e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

Impõe o presente recurso que se apreciem as seguintes questões:

- A decisão da ADC de 14 de Junho de 2016 é legal e conforme ao regime de protecção de segredos de negócio previsto no art.º 30.º do novo Regime da Concorrência?

- A decisão da ADC de 7 de Julho de 2016 é legal e conforme ao regime de acesso de documentos previsto no novo Regime da Concorrência?

* * *

*

III. Para resposta às questões enunciada, cabe explanação do *iter* processual e do contexto das medidas da AdC aqui impugnadas, seguindo-se a exposição das peças processuais que não se mostra posta em crise e merece insofismável convicção:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

- Em 28 de Janeiro de 2016, as instalações do BST e do BSC foram objecto de diligências de busca e apreensão, realizadas no âmbito do processo contra-ordenacional da AdC PRC n.º 9/2015, relativo a alegados indícios de infração do artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como do Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, por parte das associações em causa e/ou de diversas instituições de crédito com atividade em Portugal;

- Estas diligências resultaram na apreensão de vários milhares de ficheiros informáticos nos computadores de colaboradores do BST, que, nos termos do referido mandado, teriam de estar relacionados com os pretensos factos em investigação, relativos a alegadas práticas restritivas da concorrência por parte da associação comercial ASFAC - Associação de Instituições de Crédito Especializado, ou das empresas que a integram, em particular, práticas relativas a alegados intercâmbios de informação comercial neste âmbito.

- Aquando da realização das referidas buscas, o BST não teve oportunidade de se manifestar quanto ao facto de os documentos apreendidos poderem estar cobertos por sigilo e fora do âmbito do mandado.

- Em 14 de Junho de 2016, o BST foi notificado pela AdC para, no prazo de 40 dias úteis, em relação à totalidade dos documentos apreendidos nas suas instalações no decurso das mencionadas diligências realizadas em 28 de Janeiro de 2016: (i) identificar a informação confidencial; (ii) preparar resumos da informação/documentação confidencial; e (iii) preparar versões não confidenciais dos documentos, quanto aplicável;

- Em 14 de Junho de 2016, o BSC foi notificado pela AdC para, no prazo de 40 dias úteis, em relação à totalidade dos documentos apreendidos nas suas instalações no decurso das mencionadas diligências realizadas em 28 de Janeiro de 2016: (i) identificar a informação confidencial; (ii) preparar resumos da informação/documentação confidencial; e (iii) preparar versões não confidenciais dos documentos, quanto aplicável;

- Na Decisão, a AdC estatui que toda a documentação identificada pela empresa como confidencial cujos resumos não sejam fornecidos pela Recorrente nos termos estabelecidos pela AdC será considerada como não confidencial.

- O BST, ao iniciar a revisão dos referidos documentos, e ainda antes da conclusão da mesma, constatou que tinham sido apreendidos documentos cuja inclusão no processo era



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

contrária à Lei e ao objecto do mandado, realizou junto do TIC, bem como junto da AdC, diligências no sentido de obter a exclusão desta documentação dos autos em epígrafe.

- No que ao objecto do presente recurso diz respeito, o BST requereu à AdC, em 18 de Abril de 2016, que excluísse do processo n.º PRC/2015/9 os documentos sujeitos a sigilo profissional de advogado, bem como documentos abrangidos pela reserva de intimidade da vida privada, em particular informação de clientes sujeita a sigilo bancário sem qualquer relevância para o objecto do processo, indicando 3 documentos apreendidos no âmbito do PRC 9/2015.

- Em 7 de Julho de 2016, a AdC proferiu a decisão de recusa de desentranhamento dos documentos apreendidos nas diligências de busca e apreensão no âmbito do PRC 09/2015.

* * *

*

IV. Feita a primeira pergunta que radica o dissídio da causa e exposto o iter processual respectivo, cumpre carrear os argumentos relevantes para a decisão final.

No âmbito dos seus poderes de investigação e dos poderes acessórios de inquirição, busca e apreensão previstos no art.º 18.º, o art.º 30.º, n.º 1 do NRJC acomete à AdC uma **função garantística de protecção do segredo de negócio**: *na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio.*

Para tal, realizadas buscas e apreensões de documentos e outro material escrito, a AdC deve promover, com a colaboração do visado, pela identificação dos documentos que possam integrar o conceito de segredo de negócio e de modo a proteger o seu acesso: *a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas* - art.º 30.º, n.º 2 do NRJC.

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

Por outro lado, *sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações susceptíveis de ser classificadas como segredos de negócio, concede à empresa, associação de empresas ou outra entidade a que as mesmas se referem a oportunidade de se pronunciar, nos termos do número anterior- art.º 30.º, n.º 3 do NRJC.*

A falta de colaboração ou motivação do visado faz presumir a não confidencialidade das informações - art.º 30.º, n.º 4 do NRJC, podendo a AdC discordar da classificação e do pedido de confidencialidade -- art.º 30.º, n.º 5 do NRJC.

*

O problema em análise e sindicância tange, em nosso entender, com este ponto maiêutico: **quando a AdC solicita a preparação de resumos de informação confidencial está a dar cumprimento ao art.º 30.º, n.º 3 no segmento *identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio?***

No seguimento do enquadramento deste regime enunciado na nossa decisão proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR⁴, que correu termos neste Tribunal, **temos de avançar com uma inequívoca resposta que a deliberação de 14-06-16 representa uma conformação legal, proporcionada e equilibrada do regime de definição de acesso a informação confidencial.**

Vejamos.

Em primeiro lugar, a deliberação corresponde a um exercício de concordância prática entre o **interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os deveres de custódia impostos à AdC pela tutela de documentos apreendidos e que lhe incumbe enquanto titular dos poderes de investigação e direcção do processo sancionatório.**

O exercício de concordância prática não pode ignorar a circunstância do problema de acesso decorrer, *prima facie*, da precedente sujeição das visadas aos poderes de apreensão e

⁴ Cumpre assinalar que a nossa decisão foi anulada pelo Tribunal da Relação por falta de competência e depois novamente seguida pela decisão sequente do JI deste Tribunal, estando ainda em recurso. O que vale para nós é a nossa visão e interpretação do regime, a qual já mereceu oportunidade de pronúncia e que, aparte a natural sindicância, não justifica revisão da sua fundamentação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

recolha de prova da competência da AdC, enquanto entidade de regulação e supervisão do regime jurídico da concorrência.

Neste conspecto, não pode ser despicienda para a questão ou liminarmente dispensada a apontada função garantística do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, pela maior razão de que os documentos cujo acesso se quer compreender foram apreendidos para instrução de processo sancionatório e, depois, desconsiderados e inutilizados para efeitos de imputação.

Parece-nos elementar a asserção de que, sendo a AdC responsável pelo tratamento dos documentos apreendidos, a função de protecção do segredo de negócio só pode ser feita com a colaboração das visadas.

Como já dissemos noutra instância, as especiais circunstâncias deste tipo de casos - *processos que envolvem várias co-visadas com um grande e complexo volume de documentação apreendida* – demandam da AdC medidas cautelares do processo casuísticas. Essas exigências casuísticas não podem é implicar a derrogação, *tout court*, dos deveres de protecção de segredo de negócio, especialmente quando, do ponto de vista prático, existem soluções de conformação menos lesivas daquele interesse.

Deste modo, a actuação da AdC parece procurar exactamente a possibilidade de conformação entre a tutela dos documentos apreendidos e a colaboração das visadas na definição do segredo de negócio, ainda dentro dos poderes discricionários que o art.º 30.º permite.

Por assim dizer, **as circunstâncias especiais deste processo devem respeitar, antes de mais, princípios de actuação administrativos de subsidiariedade, de intervenção mínima e de proibição do excesso perante valores transversais como seja a protecção de informações confidenciais não utilizadas como prova e com potencial valor exculpatório.**

Independentemente do juízo de legalidade a efectuar, a solução adoptada pela AdC é uma solução de *primeira ratio* ou de intensidade diminuta na lesão dos interesses das visadas na preservação das informações confidenciais.

Em segundo lugar, a AdC esta deliberação vem dar sequência ao factor de decisão a advertência do TCRS exposta na decisão do proc. n.º 225/15.4YUSTR (transitada em julgado) e referente ao processo sancionatório PRC/2012/09, conexionado com o presente PRC 9/2015, ponderando-se que, não obstante se ter indeferido o acesso indiscriminado à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed EX-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

informação não confidencial e não utilizada como meio de prova, a informação disponibilizada pela AdC sobre os documentos apreendidos é insuficiente para que as visadas pudessem identificar a utilidade para a defesa e que o cumprimento do ónus do art.º 30, n.º 2 do NRJC se tenha revelado demasiado oneroso.

Por conseguinte, parece razoável admitir que um determinado PRC tenha de, através da direcção do processo pela AdC, assegurar condições para que, em tempo útil e sem comprometer a investigação e a descoberta da verdade, se produza um descritivo detalhado e pormenorizado de cada informação suprimida que classificaram como confidencial.

E esse desiderato só pode ser logrado com a colaboração dos visados, sob pena de apertar a actuação da AdC num espartilho de impedimentos processuais sobre obrigações de tratamento da informação confidencial que redundará numa obstaculização da acção sancionatória.

Aliás, o caminho de síntese processual entre a colaboração das visadas e a assunção dos deveres de tutela processual dos documentos pela AdC parece-nos ser garantisticamente adequado ao regime de acesso a informação confidencial e à efectividade da acção sancionatória.

A motivação da deliberação de 14-06-16 não suscita qualquer desacordo e parece guindar o processo à perspectiva mais eficiente, nomeadamente a da garantia de descrição suficiente, pormenorizada e detalhada de cada documento de forma a possibilitar um efectivo exercício do direito de defesa e um escrutínio na eventual definição do acesso pelas demais visadas.

Em terceiro lugar, aqui *alumiados* pelo princípio de concordância prática, a decisão da AdC segue também um importante factor de conformação da decisão: **o dever de diligenciar pela eficiência, economicidade e celeridade da investigação e de modo a assegurar o tempo razoável do processo sancionatório.**

Na prossecução desse dever, a AdC terá de, ulteriormente, definir um regime em que todas as visadas tenham acesso às informações reputadas como confidenciais pelas demais, com vista à avaliação da sua utilidade para a defesa.

Para tanto a AdC terá de criar um regime de acesso a toda a documentação pelos advogados e assessores económicos externos das visadas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

Salvo o devido respeito e desmerecendo qualquer veleidade de interpretação autêntica, o escopo da sentença proferida no proc. n.º 225/15.4YUSTR foi precisamente o de obstar a um acesso indiscriminado e indiferenciado pelas visadas, instando a AdC a uma melhor descrição dos documentos referenciados nas respectivas notas de ilicitude.

Ora, **afigura-se-nos preclaro e de evidente razoabilidade que só se consegue evitar a consequência de um aceso indiscriminado ou menos protectivo do segredo de negócio se a AdC dispuser de um documento descritivo proficiente que permita uma decisão mais assertiva sobre o deferimento do acesso. E essa descrição não pode subestimar, ignorar ou prescindir da colaboração das visadas sob pena de entorpecimento do processo sancionatório do NRJC.**

Deixando incólume a legitimidade técnica e discricionária da decisão, **subsiste manifesta concordância entre a posição deste Tribunal em situações próximas ou análogas e a execução dessa posição pela AdC nos respectivos processos sancionatórios.**

Em quarto lugar, cabe identificar, clara e frontalmente, os interesses que se inscrevem na sempre difícil regulação administrativa do acesso ao processo.

“A questão da protecção dos segredos de negócio num processo sancionatório suscita a necessidade de conciliar, sobretudo, três ordens de interesses: (i) o da transparência e da publicidade do processo⁵; (ii) o do pleno exercício do direito de defesa que pressupõe o conhecimento de toda a informação reunida pela AdC; (iii) o da protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro” (NUNO RUIZ, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 324).

Nesta orientação a publicidade do processo é um valor originário e de cúpula (cfr. art.º 32.º do NRJC) da organização do processo a par da celeridade como realização do processo equitativo, e, enquanto o direito de defesa⁶ pode ser compreendido como um

⁵ Estendendo este valor à necessidade de diligenciar por uma tramitação eficiente e célere que permita o exercício da actividade administrativa em tempo útil.

⁶ As garantias normativas deste direito de defesa em sede de processo sancionatório encontram *reducto pretoriano* nos artigos 32., n.º 10 da Constituição da República Portuguesa e no art.º 50.º do Regime Geral das Contra-ordenações.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

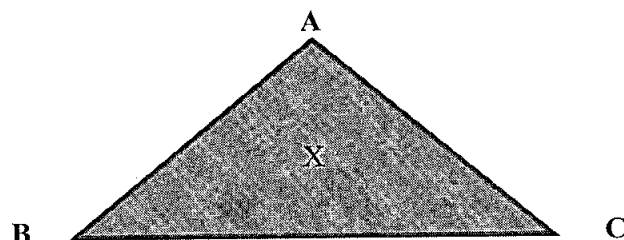
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

corolário do valor da publicidade do processo, o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC funciona como uma excepção ou circunscrição desse livre acesso.

Neste esquema, a área em causa representa a contribuição delimitativa de cada um desses valores.



- A: Publicidade e Celeridade do Processo**
B: Exercício Direito de Defesa
C: Protecção da confidencialidade das informações
X: Acesso ao Processo pela Visadas (informações e documentos)

Noutra perspectiva de função das variáveis, o X é o resultado da soma de A e B, subtraído ao C ($X=A+B-C$).

Claro que a polarização destes três interesses não equivale a uma igualdade de efeitos na conformação da concordância prática.

“Os dois primeiros valores comprimem o terceiro ao ponto de o poderem circunscrever ao essencial, não sendo conveniente, nem justo, nem lícito que o aniquilem. Por outro lado, a inadequada harmonização da protecção dos segredos de negócio e do direito de defesa pode, em certos casos, comprometer a missão da AdC” (NUNO RUIZ, ob. cit., pág. 324).

Esta regra de harmonização surge-nos como crucial, no sentido em que o acesso ao processo nunca pode resultar no absoluto esvaziamento do dever de protecção da confidencialidade das informações, o que vale por dizer que, em tese, a elasticidade deste factor não pode levar ao ponto de o tornar irrelevante na conformação do regime de acesso.

Cada um dos interesses ou factores referidos deve também ser objecto de conformação parcelar em face do objecto ou conteúdo do acesso que se pretende regular no caso particular, isto é, o valor da prevalência ou contributo de cada um dos factores para o resultado final



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

deve corresponder à importância do documento/informação para a realização dos poderes sancionatórios da AdC.

A AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual, não pode abdicar da protecção dos seus segredos de negócio, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente.

Mas vale também o raciocínio inverso ou, por assim dizer, complementar: enquanto visadas no processo sancionatório e principais interessadas na protecção do segredo de negócio, as entidades devem colaborar com a definição da regulação do acesso à informação confidencial, **pelo que aqui se consigna o entendimento de que a colaboração prevista no art.º 30.º, n.º 2 e 3 deve configurar um ónus processual da defesa, no sentido em que o seu regular cumprimento visa salvaguardar a prevalência do próprio direito ao exercício de defesa.**

Assim, a deliberação de 14-07-16 representa uma **equilibrada síntese** daqueles três vectores, e cuja motivação é precisamente a protecção da confidencialidade das informações no interesse das próprias visadas.

Em quinto lugar, a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual não pode tratar as informações confidenciais com valor exculpatório da mesma forma que trata as informações confidenciais com valor inculpatório, sob pena de subverter o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 e de afectar, desproporcionalmente, a protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro.

Para melhor concretização dos seus limites no juízo de conformação do regime de acesso e de concordância prática no preenchimento da lacuna, **o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC encerra ou consagra materialmente princípios de actuação da AdC diametralmente opostos ao dever de sujeição pelas visadas às diligências de busca e apreensão de informações e documentos.**

Os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos na alínea c) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC traduzem-se numa *das linhas de força do novo R.JC: a maior agressividade em*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

termos de meios coactivos, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte (LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, ob. cit., pág. 209).

Ainda que se subordine tais diligências a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária com protecção qualificada de espaços domiciliários (cfr. artigos 19.º a 21.º do NRJC) em linha com os poderes de investigação criminal, não pode deixar de se notar que a AdC, enquanto entidade administrativa reguladora e de supervisão, na qual se concentram ao mesmo tempo poderes de investigação e de sancionamento, dispõe de mecanismos de ingerência nas entidades reguladas manifestamente invasivos e tributários de fundada suspeita da prática de infracções concorrências.

Por conseguinte, a **acima anunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC adquire a devida concretização pela atribuição à AdC de uma responsabilidade de *cariz fiduciário ou de custódia* na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.**

Aquí, levamos mais longe o entendimento expresso *ad latere* na sentença do proc. n.º 225/15.4YUSTR quanto aos avisos da jurisprudência comunitária e das melhores cautelas tempo (das quais o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 29 de Junho de 1995, Solvay vs. Comissão Europeia, processo T-30/91, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu>, é o guia de referência), **ao ponto de afirmarmos que a responsabilidade da AdC de proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada nos anexos juntos com as notas de ilicitude configura um dever processual acessório do dever do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e que realiza, em *primazia da sua materialidade subjacente*, o interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas.**

Há, para nós, uma efectiva vinculação normativa no cumprimento desse dever acessório de prestação das informações descritivas e classificativas dos documentos, que enforma o interesse da protecção da confidencialidade das informações e, por via dele, o direito ao legítimo exercício de defesa por parte das visadas na regulação do acesso processual.

A responsabilidade processual de *cariz fiduciário ou de custódia* pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos e imputável à AdC advém, pois, do grau de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

ingerência e sujeição decorrente da maior agressividade em termos de meios coactivos que se reconhece nos poderes de investigação e de apreensão de documentos, independentemente do seu valor inculpatório ou exculpatório.

Se já havíamos depositado esta opinião jurisprudencial na decisão do processo n.º 1/16.7YUSTR (óbvia e profusamente repetida nesta decisão), a deliberação aqui impugnada permite colher uma perspectiva dinâmica de como aqueles deveres de cariz fiduciário ou de custódia podem ser cumpridos sem obrigar o processo a uma paralisação ou contemporização de *calendas gregas*.

Ou seja, se a deliberação de 14-07-16 não demite a AdC do seu dever de tutela sobre os documentos apreendidos através da obrigação de elaboração de descritivo, também não imputa às visadas um dever de colaboração disfuncional, arbitrário ou desproporcionado, pois que a protecção dos segredos de negócio nos processos sancionatórios da concorrência corresponde uma garantia processual de protecção dos seus interesses sobre os demais valores enunciados de celeridade e eficácia processual.

É assaz ingente que se possa imputar à AdC falta de diligência informativa na elaboração do índice geral específico e a sequente diminuição do exercício de defesa das visadas por aquele índice, e, ao mesmo tempo, recusar a conformação discricionária do dever de colaboração previsto no art.º 30.º, n.º 2 e 3 do NRJC.

Se a actuação processual da AdC estiver permanentemente circundada pela proibição de um regime de acesso indiscriminado a documentos com possível informação sigilosa e, por outro, pelo impedimento de conformar o dever de colaboração 30.º, n.º 2 e 3 do NRJC, então o que surge no horizonte pode ser a própria ablação da celeridade do processo.

As decisões dos Tribunais devem, portanto, ser coerentes entre si e perspectivadas de forma dinâmica. Daí que a deliberação de 14-06-16 nos pareça em linha com as pronúncias deste Tribunal nos processos 1/16.7YUSTR e 225/15.4YUSTR⁷.

Em sexto lugar, entendemos que a deliberação de 14-06-16 cumpre e integra poderes discricionários da AdC na conformação do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC, concretamente no segmento *identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas*.

⁷ Cujá apensação se encontrava a aguardar a descida do processo principal.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 195/16.1YUSTR

O critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência serve, à luz do art.º 7.º, n.º 1, como princípio orientador do desempenho das atribuições e missão da AdC, previstas no art.º 1.º, n.º 3⁸ dos Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, **o qual não deixa de configurar um conceito indeterminado** a concretizar ao nível infra legal.

Há então uma limitação da discricionariedade administrativa da AdC, ou por outras palavras, subsiste um espaço de vinculação no cometimento geral das suas atribuições atinente à obediência do critério geral de prossecução do interesse público de promoção e defesa da concorrência.

Sendo doutrinaria e jurisprudencialmente certo que o *“princípio da divisão ou da separação de poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração e que tal princípio implica tão-só uma proibição funcional do juiz afectar a essência do sistema de administração executiva, ou seja, não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o núcleo essencial da sua discricionariedade], enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração, deve-se sempre assinalar que os poderes dos tribunais administrativos abarcam apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, ficando de fora da sua esfera de sindicabilidade o ajuizar sobre a conveniência e oportunidade da actuação da Administração, mormente o controlo actuação ao abrigo de regras técnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse público, salvo ofensa dos princípios jurídicos enunciados no art. 266.º, n.º 2 da CRP”*., cabendo aos Tribunais, no exercício da sua função, apreciar *“da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem*

⁸ A AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos sectores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed EX-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.) – Ac. TCAN de 01-10-2010, proc. n.º 00514/08.4BEPNF, Relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt., nosso destacado.

A génese desta dinâmica relacional entre poder administrativo e judicial encontra-se no espaço de livre valoração e conformação do interesse público pelas entidades administrativas e, especialmente, no préenchimento de conceitos indeterminados.

“O domínio da sindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade, na medida em que só existem a discricionariedade e a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados que a lei especificamente conceder. No juízo de valoração por recurso a conceitos jurídicos indeterminados nos primeiros têm lugar as regras próprias da interpretação jurídica em via de aplicação puramente subsuntiva passível de controlo judicial. No juízo de valoração de conceitos técnicos regem os conhecimentos e regras próprias da ciência ou da técnica que estejam em causa, não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciência ou a boa técnica empregues pela entidade administrativa, por manifesta falta de competência nas matérias extrajurídicas para tanto necessária” – Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06, Relator CRISTINA DOS SANTOS, disponível em dgsi.pt.

Tal vale por dizer que, em respeito pela discricionariedade técnica da administração, por princípio, não compete ao juiz actuar como um decisor administrativo, com repetição da decisão discricionária, mas somente como instância de controlo e fiscalização da juridicidade da decisão, nos pontos axiais da apreciação da violação de direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e de legalidade ínsitos à actuação administrativa.

Ultrapassada qualquer pretensão de caracterização do poder discricionário como possibilidade de arbitrariedade, valendo antes *como um poder de resolver, de decidir pelo discernimento sem vínculos estreitos*, qualquer acto administrativo está subordinado à lei, nos termos do princípio da legalidade, sendo que *umas vezes a regulamentação legal é precisa (vinculação) e noutras é imprecisa (discricionariedade)*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

A variação da amplitude da discricionariedade depende, pois, do conteúdo da habilitação legal para a administração decidir de entre várias soluções possíveis em adequação ao interesse público, sendo certo que *não existem poderes totalmente vinculados ou poderes totalmente discricionários já que os actos administrativos são quase sempre uma mistura ou combinação, em doses variadas, entre exercício de poderes vinculados e o exercício de poderes discricionários, pelo que a “discricionariedade na Administração está ou pode ser limitada de duas formas.*

- *Uma primeira por intermédio de limites legais, nos quais se incluem: a) a adequabilidade subjectiva do comportamento escolhido à realização do fim legal (o interesse público como meta padrão da escolha discricionária) (cfr. art. 266.º, n.º 1 da CRP); b) o princípio da justiça que se traduz no dever da Administração harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afectados (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP); c) o princípio da imparcialidade (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP).*

Mais depurada nos parece ser a distinção entre *discricionariedade na autonomia administrativa de conformação do sentido da decisão* e *discricionariedade na autonomia administrativa de valoração e prognose* ou *discricionariedade de margem de apreciação* pela qual é conferida à Administração um poder jurídico de avaliação subjectiva sobre *propriedades não jurídicas decerto componente da decisão a regular*, de modo a que o resultado corresponda a uma adequada prossecução dos interesses públicos tutelados pela norma (neste sentido, cfr. JOÃO CAUPERS, Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo judicial, Cadernos da Justiça Administrativa n.º 70, 2008, pág. 42-45.

A determinação do sentido e alcance de conceitos eminentemente valorativos (discricionariedade de previsão) não equivale, apodictamente, a escolha discricionária (discricionariedade de estatuição).

À luz deste entendimento, a conformação do pedido de colaboração do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC está igualmente próxima de uma discricionariedade de conformação do sentido da decisão, incidente o conteúdo do acto administrativo em sindicância – identificação, de maneira fundamentada, das informações recolhidas –, e de uma discricionariedade de valoração e prognose, incidente sobre os elementos da decisão, no



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

sentido em que oferece ampla margem de conformação no seu resultado através da integração de conceitos indeterminados.

O princípio de legalidade previsto no art.º 3.º do Código de Procedimento Administrativo, enquanto exigência de compatibilidade ou conformidade com a lei⁹, deve valer na exacta medida em que enformam os critérios de decisão previstos no art.º 7.º, n.º 1 e 2 e no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC.

Concluída a margem de livre apreciação dos critérios de decisão no regime de acesso a documentos que contenham segredos de negócio, a decisão da AdC de conformação da enunciada colaboração reveste uma grande discricionariedade pela previsão normativa do conteúdo do acto.

Ou seja, a identificação fundamentada das informações serve, compreende e alcança o conteúdo da decisão de *preparação de resumos da informação/documentação confidencial*, submetendo a omissão dessa colaboração à consequência processual da parte final do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC.

Atente-se que o Tribunal não quer cair numa argumentação de natureza semântica, de hermenêutica valorativa ou de teoria do declaratório da metalinguagem jurídica do NRJC.

Parece-nos que a nossa perspectiva segue um trilho menos pedregoso e pode ser traduzido em raciocínio silogístico (apesar da preterição da cadência de 2 premissas):

se a AdC tem o dever de diligenciar pela protecção do segredo de negócio como realização de finalidade de actuação de prossecução do interesse público e defesa da concorrência;

se a protecção do segredo de negócio é um interesse fundamental no cumprimento dos seus deveres de custódia e tutela dos documentos no processo sancionatório;

se, paralelamente, a AdC deve diligenciar pela publicidade e celeridade do processo em respeito pelo direito de defesa das visadas;

se a elaboração de descritivo da documentação realiza e efectiva, em melhor concordância prática, o regime de acesso a documentação confidencial apreendida;

⁹ Cfr. para melhor desenvolvimento do debate doutrinário, ESTEVES DE OLUVEIRA, PACHECO AMORIM, COSTA GONÇALVES, Código de Procedimento Administrativo, 2.ª Edição, Almedina.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

se a protecção do segredo de negócio aproveita aos interesses das visadas, protegendo informações confidenciais do acesso de potenciais concorrentes visadas;

se as visadas dispõem do domínio da confidencialidade desses documentos, **ergo, a conformação discricionária do que seja a colaboração de identificação fundamentada deve privilegiar actos administrativos que lhe atribuam um conteúdo útil, necessário, proporcional e pertinente para a realização do desiderato assinalado, nomeadamente através da elaboração de resumos detalhados da informação.**

Estes critérios de conformação da solicitação prevista no art.º 30.º, n.º 2 do NRJC envolvem, neste dispositivo, ampla discricionariedade administrativa, em que a dimensão da valoração e prognose implicam uma maior autonomia administrativa do sentido da decisão.

De contrário, julgamos que não se pode defender que a *identificação fundamentada* reflecte um conceito de reduzida discricionariedade administrativa, em que a natureza eminentemente técnica dos critérios permite, por sua vez, um controlo judicial de natureza jurídica correspondente ao controlo judicial do recurso de impugnação de decisão condenatória.

Em sétimo lugar, no seguimento do acima dito, as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22 de Março de 2013, adoptadas pela AdC ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, vêm dar respaldo a esta perspectiva.

Nos termos do §187: *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 directamente do tipo de informação em causa.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

Também em rebate das contra-alegações, torna-se evidente que a solução adoptada pela AdC vem dar total e integral procedência aos procedimentos das Linhas de Orientação. Ora, sendo uma regra geral, a excepção da sua aplicação não pode ser arbitrária ou desproporcional como parece ser o caso. Com certeza que aquelas orientações *não criam direitos ou obrigações que decorram de quaisquer outros dispositivos legais aplicáveis a cada caso concreto*, mas não deixam, todavia, de vincular os procedimentos administrativos e de criar expectativas de concretização prática dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, as quais, por sua vez, reflectem o *estado da arte* e o padrão de actuação administrativa na afectação dos interesses de protecção de segredo de negócio.

Como tal, consubstanciam regras operacionais e de conformação prática e que não podem ser afastadas por submissão automática ao princípio de interpretação *literalizante* do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC.

Outrossim, partindo-se da legalidade das diligências de apreensão dos documentos e da noção do dever e responsabilidade *de cariz fiduciário ou de custódia* pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos, é possível alcançar outra *regra* para efeitos do juízo de concordância prática exigido pela questão decidenda.

A AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual, deve previamente diligenciar pela suficiente descrição dos documentos apreendidos, de forma a possibilitar que a decisão do seu acesso pelas visadas se faça de modo informado e esclarecido, permitindo a compreensão do seu teor para efeitos da sua utilização exculpatória.

A decisão de 14-06-16 vem, precisamente, servir de veículo àquele dever de diligência, cabendo a colaboração requerida no exercício do direito de defesa quando entendido na perspectiva da defesa dos próprios interesses das visadas, sem que o seu cumprimento onere excessivamente a sua posição processual.

Em oitavo lugar, adequando a nossa pronúncia aos fundamentos do recurso, a deliberação de 14-06-16 procede a um juízo de concordância prática dentro da discricionariedade conferida pelo art.º 30.º, n.º 2 do NRCJ, sem dar qualquer prevalência do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

interesse na tramitação célere do processo sobre o direito de protecção e informações confidenciais.

Assim, assinalando que está em causa o regime de acesso dos documentos classificados como confidenciais e que podem não ser utilizados pela AdC como meios de prova da infração, a deliberação de 14-06-16 **não transfere** para as visadas o ónus de análise individual dos elementos considerados confidenciais e o ónus de aferição do prejuízo concreto que possa comprovadamente resultar da divulgação de informação confidencial em causa, porquanto essa análise e aferição dependem não só do resultado da colaboração da visada, mas também do eventual pedido de acesso por parte de outras visadas e até da classificação desses documentos como inculpatório, seguindo o regime de acesso previsto nos arts.º 31.º, n.º 3 e 33.º, n.º 4 do NRJC.

A posição das visadas sobre a afectação do regime do segredo de negócio e do seu direito de defesa é prematura e desgarrada de atendibilidade prática.

Recusamos a expressão de que o cumprimento da deliberação de 14-06-16 corresponde ao desempenho de funções da entidade administrativa pelas destinatárias.

O cumprimento do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC tem claramente ínsito a necessidade de sobrestar o andamento do processo em função da protecção de informações que possam conter segredo de negócio.

No entanto, se a principal interessada na confidencialidade das informações, sabendo das implicações da omissão de resposta, recusa legitimamente a colaboração, prescinde de aduzir ao processo fundamentos que permitam à AdC o cabal exercício da função garantística prevista no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, comprometendo o próprio dever de tutela e de custódia desses documentos. Todavia, tal não se pode confundir com a actuação da AdC na definição do regime de acesso a documentos confidenciais, conseqüente daquela resposta.

Tratam-se de momentos autónomos do regime de acesso a segredos de negócio. O art.º 30.º, n.º 2 do NRJC representa um compasso de colaboração entre intervenientes processuais na defesa de interesses adjacentes e diferentes do que seja o interesse na investigação e condenação pela prática factos violadores do Direito da Concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. N.º 195/16.1YUSTR

Em nono lugar, como vimos, o ónus de elaborar resumos da informação/documentação confidencial apreendida tem qualquer legal e, além do mais, inscreve-se no escopo da actuação garantística da AdC na protecção do segredo de negócio.

Se o artigo 30.º, n.º 2 do NRJC não permite sustentar a existência de um dever ou sujeição de um interveniente num processo contra-ordenacional elaborar resumos de informação/documentação confidencial apreendida, permite, no entanto, sublinhar a existência de um ónus de colaboração com o regime de acesso a informação confidencial que aproveita à defesa dos próprios interesses da visada, a par e passo, com dos demais interesses a proteger na tramitação dos processos sancionatórios.

Em décimo lugar, em face do que vai exposto e expendido, não se vislumbra qualquer tangência com os direitos fundamentais de propriedade e de livre iniciativa económica previstos nos artigos 61.º e 62 da Constituição da República Portuguesa, atenta a actuação da AdC ao abrigo do princípio da legalidade conferido pelos artigos 7.º, n.º 1 e 30.º do NRJC.

A colaboração do visado na construção de um regime de protecção de informação confidencial, enquanto ónus, não é desrazoável, arbitrária ou excessiva perante a valência do interesse de garantia a efectividade da acção sancionatória na área da concorrência.

Em acerto com os nossos argumentos, não há qualquer preterição do princípio de proporcionalidade previsto no art.º 18.º da Constituição ou dos princípios fundamentais de actuação da administração pública previstos no art.º 266.º da mesma Constituição.

Em décimo primeiro lugar, a deliberação de 14-06-16 não viola o dever acessório no tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º do NRJC.

A nossa decisão do proc. n.º 1/16.7YUSTR e a decisão do proc. n.º 225/15.4YUSTR, se reconhecem à AdC o compromisso na elaboração de descritivos adequados que permitam a efectividade dos pedidos de consulta, recusando formas de consulta indiscriminada, ainda que sujeitos a deveres de confidencialidade, nem por isso podem ser invocadas como limitação imanente ao espaço de conformação previsto no art.º 30.º, n.º 2 do NRJC, precisamente porque não incidem sobre o mesmo e principalmente porque reconhecem que a casuística envolvida naquele PRC, extensível a este, demanda que se cotejem, dentro da legalidade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

administrativa, soluções que reflectiam princípios de concordância prática entre os interesses em causa.

Em décimo segundo lugar, a sujeição de uma empresa a um processo sancionatório implicará sempre a compressão da sua actividade normal e a alocação de meios na medida da gestão dos seus interesses processuais e substantivos.

Não vemos como poderia o Tribunal assinalar a ilegalidade de uma decisão administrativa em função da hipotética oneração logística que possa envolver para a destinatária, quando o cumprimento dessa colaboração visa proteger, unicamente, os próprios interesses empresariais da visada e correspectivamente ao interesse público de prossecução de actividades indiciariamente ilícitas.

Em décimo terceiro lugar, se vimos que a preparação de resumos de informação/documentação confidencial é adequada para atingir a *ratio* garantística do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, não está em causa no presente processo qualquer consequência sobre o incumprimento ou cumprimento deficiente do dever de colaboração para efeitos do disposto no art.º 30.º, n.º 4 e 5 do NRJC.

As visadas requerem que o Tribunal sinalize que qualquer pedido para elaboração de resumos, independentemente da resposta, seja considerado uma actuação ilegal. Esta pretensão afigura-se-nos excessiva e até contraproducente pois que, à partida, assinalámos a conformação desse pedido com a previsão legal da identificação fundamentada.

Este Tribunal não pode antecipar os termos em que determinada resposta pode ser desmerecida pela AdC com o fundamento de que não cumpriu cabalmente a solicitação. Este não é o objecto deste recurso. Apenas nessa situação e perante esse concreto enquadramento de *resposta vs classificação*, nos poderemos pronunciar sobre um excesso de oneração ou desproporcionalidade da consequência prevista no art.º 30.º, n.º 4 do NRJC.

Em décimo quarto lugar, a deliberação de 14-07-16 não suscita, de *per se*, qualquer preterição do princípio da proibição da auto-incriminação ou de *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Creemos que o enquadramento dado ao princípio surge *fora de mão* ou desencontrado no que interessa à apreciação da legalidade da deliberação de 14-06-16.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

A sindicância desse princípio serve para resolver a questão de saber até que ponto uma arguida ou visada pode ser sancionada pela falta de prestação de informações no âmbito de um processo contra-ordenacional, em suma, em que termos a omissão de resposta à autoridade administrativa encontra respaldo no direito à não auto-incriminação.

Ora, não é de sancionamento que trata o 30.º, n.º 4 do NRJC, e muito menos de afectação da posição substantiva da visada.

O art.º 30.º, n.º 2 do NRJC não importa tanto para a actividade instrutória como importa para a salvaguarda do segredo de negócio em processos sancionatórios. É essa a sua finalidade e o escopo do art.º 30.º, n.º 4 do NRJC.

“O direito à não auto-incriminação (com as expressões latinas nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se detegere ou nemo tenetur se ipsum prodere) significa, em termos simples, que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo, ou a fornecer coactivamente qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar, directa ou indirectamente, sem que dessa ausência de colaboração possa resultar para si qualquer prejuízo jurídico ou presunção de culpabilidade, sendo a principal manifestação deste princípio o direito ao silêncio” – Estudo de JOANA SOFIA MARTINS SANT’ANA BERNARDO, Mestrado Forense 2012/2013, de Março de 2013 O Direito à Não Autoincriminação e os Deveres de Colaboração com a Administração Tributária¹⁰.

Este princípio¹¹ (procuremos não intervir na discussão sobre a natureza do *nemo tenetur* enquanto princípio, garantia, prerrogativa, privilégio, faculdade ou direito) credita e investe na noção de que o visado num processo sancionatório tem o direito de, livremente e sem punição ou oneração, recusar colaborar com a acção sancionatória, seja através do mero silêncio ou, mais concretamente, através da recusa na apresentação de meios de prova.

¹⁰ Acessível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16443/1/Tese%20Joana%20Bernardo%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>.

¹¹ Sobre a evolução e contexto histórico do princípio, cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Supervisão, Direito ao Silêncio, e Legalidade da Prova, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

No presente processo, a prova documental já foi apreendida no âmbito dos poderes de investigação e dos poderes acessórios de inquirição, busca e apreensão da AdC, previstos no art.º 18.º do NRJC.

O cumprimento do art.º 30.º, n.º 2 do NRJC não visa, portanto, que a arguida contribua activamente para a instrução do processo, logo para a sua incriminação, pretendo, antes de mais, que a disponibilidade e acesso dos documentos na pendência do processo não implique divulgação de segredos de negócio.

Por fim, entendemos que não há qualquer omissão da decisão quanto à identificação da destinatária como visada ou quanto à qualidade processual da mesma que atinja a validade da deliberação, não sendo tal circunstância motivo relevante para tergiversão argumentativa.

Carece de fundamento e atendibilidade jurídica a pretensão de suspensão do processo ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 272.º do Código de Processo Civil.

* *

Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da anulação da decisão proferida pela AdC em 14 de Junho de 2016 que exige às visadas/destinatárias a preparação de resumos de toda a informação/documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016, em acordo com os objectos dos recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas recorrentes BST e BSC.

* * *

*

V. Feita a segunda pergunta que radica o dissídio da causa e exposto o *iter* processual respectivo, cumpre também carrear os argumentos relevantes para a decisão final.

Conhecendo da legalidade da decisão da AdC de 07-07-16, cumpre, desde já, desvendar a nossa posição sobre a total improcedência dos argumentos apresentados pela visada e recorrente BST.

Os fundamentos avançados pela decisão da AdC de indeferimento são preclaros, convincentes e manifestamente correspondentes do regime legal de sindicância das diligências de recolha e apreensão de documentos, confirmando, apenas, a legalidade da apreensão de 2



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

documentos cobertos pelo sigilo profissional de advogado (cfr. ponto III da decisão), a da apreensão de documento coberto pelo sigilo bancário (cfr. ponto IV da decisão).

Já consignamos no ponto antecedente que os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos na alínea c) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC traduzem-se numa *das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos*, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte (LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, ob. cit., pág. 209).

Já dissemos também que tais diligências estão sujeitas a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária com protecção qualificada de espaços domiciliários (cfr. artigos 19.º a 21.º do NRJC) em linha com os poderes de investigação criminal.

Cabe acrescentar o disposto no art.º 18.º, n.º 2 do NRJC: *as diligências previstas nas alíneas c) e d) do [n.º 1] dependem de decisão da autoridade judiciária competente.*

Considerando que este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica para sindicar as decisões das autoridades judiciárias competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) do NRJC; considerando que o PRC n.º 9/2015 se encontra na fase processual de instrução do processo e definição do regime de acesso a informação confidencial para protecção de segredo de negócio nos termos do art.º 30.º do NRJC, **a protecção que a visada/recorrente invoca só pode ser afirmada através da anunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e atribuição à AdC de uma responsabilidade de cariz fiduciário ou de custódia na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.**

Sobre tudo o mais, não pode este Tribunal pronunciar-se sob pena de ingerência inadmissível nos poderes de investigação e sancionamento, em violação do princípio de separação de poderes.

Quer isto dizer, que cabe à AdC, validadas as diligências instrutórias de busca e apreensão de documentos, decidir quais os documentos que devem permanecer no processo, em função do seu valor exculpatório e inculpatório.

Repare-se, todavia, que admitimos, frontalmente, que a AdC dispõe de competência para autorizar o desentranhamento de documentos apreendidos, mesmo posteriormente à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

diligência de apreensão – trata-se de uma actuação plenamente conforme com a actividade de investigação e apuramento de factos com relevância sancionatória, em função do contínuo apuramento de factos ao longo do processo.

Ou seja, a indicição probatória que subjaz à validade das diligências instrutórias do processo sancionatório não se confunde com os juízos ulteriores sobre a utilidade, pertinência e adequação de tais meios de prova para prova dos factos entretanto apurados.

Parece-nos até elementar assinalar a diferença entre os pressupostos que devem presidir ao deferimento de diligências de prova de natureza invasivas numa fase inicial do processo e os pressupostos que, após apuramento e aprofundamento das diligências de prova, devem presidir a um juízo de oportunidade processual sobre o interesse de manter tais elementos de prova no processo.

A decisão sobre a validade na obtenção de meios de prova não equivale nem delimita a decisão sobre a relevância/irrelevância dessa prova por confronto com outros elementos de prova e com os factos indiciados.

Essas decisões (aparte regimes excepcionais) são tomadas a todo o momento no âmbito do processo penal (em que as garantias do processo equitativo devem auferir de maior assertividade) pela autoridade judiciária competente e em respeito ao decurso do processo.

Numa palavra, não vemos obstáculo legal ou impedimento processual no NRJC ou no regime subsidiário do R.G.CO. para que a AdC proceda ao desentranhamento e devolução de documentos entretanto considerados irrelevantes, inócuos e desnecessários para o apuramento da responsabilidade sancionatória das visadas.

Os regimes processuais que obrigam a uma manutenção de todos os elementos de prova recolhidos por determinada autoridade competente para a investigação de factos com relevância sancionatória são de natureza excepcional - por exemplo o regime de interceptação e gravação de conversações telefónicas previsto nos artigos 188.º, n.º 12 do C.P.P. - não permitem a aplicação analógica e a obrigatoriedade de manutenção de suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova reflecte determinadas posições garantísticas sobre a precariedade e sensibilidade dos dados recolhidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

Por outro lado, neste seguimento, os argumentos invocados pela visada/recorrente sobre a competência da AdC para apreciar questões relativas à documentação por si apreendida são bem tirados:

-Nos termos do n.º 1 do Artigo 263.º do CPP “a direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal”, sendo que, e não obstante a subsidiariedade do processo penal face ao processo contraordenacional – por força da aplicação do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO –, o legislador conferiu expressamente à autoridade administrativa os poderes que no processo penal são atribuídos ao Ministério Público;

- O legislador atribuiu à AdC, por força do artigo 17.º da Lei da Concorrência, a competência para dirigir a fase de inquérito no processo sancionatório relativo a práticas restritivas, ainda que coordenada, em determinadas circunstâncias, com a competência do Juiz de Instrução Criminal, sem que a intervenção deste juiz implique que a AdC, enquanto titular do poder de direcção do inquérito não tenha competência para determinar a exclusão de prova irrelevante (ainda que a mesma tenha sido apreendida em virtude de decisão do TIC, por estar em causa uma instituição de crédito).

Podemos, por isso, concluir 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 objecto do presente processo.

Já não concluímos como visada/recorrente é que essa exclusão possa ser motivada pela desconformidade da apreensão com a Lei e com o objecto do mandado.

Este é um ponto crucial que convém frisar para a devida sindicância: a manutenção no processo dos documentos validamente apreendidos é um juízo posterior ao juízo da apreensão probatória, que depende a aferição da utilidade desses documentos como meio de prova de factos com relevância sancionatória.

Diferente problema é o que é trazido pela visada/recorrente que, numa fase inicial do processo, e antes da elaboração de nota de ilicitude, pretende que este Tribunal anule a decisão de 07-07-16 com fundamento na ilegalidade da diligência de busca e apreensão de documentos, por excesso e violação de mandado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

No fundo, como avisámos, é um problema resolvido pela medida da jurisdição e competência do TCRS, resolvido a favor da posição da AdC.

Olhemos de perto para os fundamentos do recurso.

Em primeiro lugar, a manutenção dos documentos no processo sancionatório não invalida qualquer protecção do segredo de negócio como já ficou expresso no ponto antecedente e na compreensão do regime previsto nos artigos 30.º a 33.º do NRJC, tomando também como referência as decisões nos processos 225/15.4YUSTR e 1/16.7YUSTR.

O desentranhamento é um expediente admissível mas não é o único capaz de providenciar pela salvaguarda do segredo de negócio.

Em segundo lugar, afigura-se-nos absolutamente prematuro que o juízo de manutenção vs desentranhamento dos documentos, em função da sua relevância probatória, seja imposto pelo Tribunal num momento precedente à decisão do inquérito prevista no art.º 24.º do NRJC, sem prejuízo tal ser realizado pela AdC a qualquer momento e no âmbito dos seus poderes de direcção e domínio do inquérito.

Como resulta do enunciado regime, mesmo documentos com informação confidencial ou que contenham segredos de negócio podem ser utilizados como prova da infracção, estando, em função do seu conteúdo, submetidos ao regime de acesso previsto no art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.

O domínio da relevância/irrelevância dos documentos apreendidos pertence à AdC, podendo, como vimos, pronunciar-se sobre a utilidade da manutenção dos mesmos no processo e sem tanger com a validade das diligências de instrução.

Em terceiro lugar, vale o mesmo entendimento para as comunicações estabelecidas com advogados, internos e externos e outras comunicações em geral, visto que o que a visada/recorrente pretende é a própria sindicância da decisão do JIC competente, pretensão *estratosfericamente* fora do âmbito da competência deste Tribunal.

O objecto da prova e o requisito de legalidade ínsito ao art.º 124.º do C.P.P. não contendem, directa e imediatamente, com a manutenção de elementos probatórios susceptíveis de serem relevados como meio de prova ou utilizados pela defesa.

Em quarto lugar, não concordamos exactamente com o argumento de que a decisão violou o disposto no art.º 78.º, n. 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 195/16.1YUSTR

Financeiras¹² e no art.º 20.º, n.º 8¹³ do NRJC, porquanto, no primeiro caso, não se trata de um valor absoluto ao ponto de interditar os poderes sancionatórios da AdC, e, no segundo caso, se trata apenas de uma regra de validação judiciária da apreensão.

O mesmo serve para eventuais alegações de violação do regime jurídico da protecção de dados pessoais, nos termos indicados nos artigos 6.º, 8.º, n.º 2, 17.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

Ainda assim, é nosso entendimento que tais normas são concretizações normativas da protecção transversal e constitucional que é conferida aos documentos confidenciais e aos segredos de negócio e cujo art.º 30.º, n.º 1 do NRJC torna vinculativo para efeitos de definição do acesso aos documentos apreendidos pela AdC no âmbito dos seus poderes sancionatórios.

Neste sentido, o interesse definido no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC configura uma norma de Direito Público, cuja presença na integração de lacunas, na análise hermenêutica do regime legal ou na sindicância da legalidade da actividade administrativa deve ser sempre acutelado *urbe et orbe, hic et nunc*.

Em quinto lugar e por fim, a visada/recorrente incorre em excesso interpretativo do art.º 186.º do C.P.P. aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do R.G.CO. e n.º 1 do artigo 13.º do NRJC, e cuja crítica vem entroncar na alavancagem argumentativa da nossa posição.

O juízo sobre se determinada manutenção da apreensão é desnecessária, previsto no art.º 186.º do C.P.P., apesar de evidenciar a amplitude dos poderes da AdC quanto ao desentranhamento, pertence exclusivamente àquela autoridade e, perante a fase do processo em debate, não pode ser assumida por este Tribunal.

Na verdade, a decisão da AdC de 7-07-2016 não versa sobre a relevância/irrelevância de alguns documentos apreendidos mas somente sobre a sua incompetência para rever, sindicatar ou reverter os mandados judiciais que determinaram a busca e apreensão dos documentos.

¹² Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços.

¹³ O exame é feito pessoalmente pelo juiz de instrução, coadjuvado, quando necessário, pelas entidades policiais e por técnicos qualificados da Autoridade da Concorrência, ficando ligados por dever de segredo relativamente a tudo aquilo de que tiverem tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

E, quanto a esse aspecto, a decisão é irrefutável.

No mais, especialmente quanto à questão *ad latere* sobre se é possível o desentranhamento e restituição de documentos anteriormente considerados irrelevantes para a prossecução da acção sancionatória, a resposta deste Tribunal é inteiramente positiva, com a glosa de que tal poderia diminuir a litigância processual interlocutória destes processos.

*

Não se vislumbra qualquer utilidade, premência ou utilidade no deferimento da limitação à publicidade do processo, sem prejuízo da oportuna apreciação de pedidos de acesso por terceiros e nos termos da normal tramitação do processo.

* *

Impõe-se, por tudo o que vai dito, a consequente improcedência da anulação da decisão proferida pela AdC em 7 de Julho de 2016 que indeferiu o pedido de exclusão de documentos sujeitos a sigilo profissional, bem como dos documentos pessoais sujeitos à reserva da intimidade privada, em particular informação protegida por sigilo bancário sem qualquer relevância para o âmbito do processo, apreendidos durante as diligências de busca e apreensão de 28 de Janeiro de 2016, em acordo com o objecto dos recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela recorrente BST.

* * *

*

VI. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido:

- Julgar totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas visadas/recorrentes Banco Santander Totta, S.A. e Banco Santander Consumer Portugal, S.A., absolvendo a AdC do pedido de anulação da decisão proferida em 14 de Junho de 2016 no âmbito do PRC n.º 9/2015;

- Julgar totalmente improcedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela visada/recorrente Banco Santander Totta, S.A., absolvendo a AdC do pedido de anulação da decisão proferida em 7 de Julho de 2016 no âmbito do PRC n.º 9/2015;

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 195/16.1YUSTR

Condenação em custas pelas visadas, em função do decaimento e complexidade das questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 3UC, na proporção de 2/3 para a visada BST e 1/3 para a visada BSC, nos termos do art.º 93.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. e art.º 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais, por remissão sucessiva do art.º 83.º do NRJC.

Notifique e deposite.

*

Comunique a presente decisão à Autoridade da Concorrência, com envio de certidão judicial.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, ds

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista