



## 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 225/15.4YUSTR-G

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

198735

**CONCLUSÃO - 03-04-2018**

*(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Sandra Brito)*

=CLS=

### Sentença

(artigo 64.º, n.º 1 e 2, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, aplicável *ex vi* artigos 83.º e

85.º, n.º 1, ambos do Regime Jurídico da Concorrência)

#### I – Relatório

**BANCO BPI, S.A.**, apresentou recurso de impugnação da decisão administrativa proferida pela **Autoridade da Concorrência**, que, na sequência da inquirição de testemunhas arroladas pela visada, aqui Recorrente, indeferiu, primeiramente, a presença desta no ato de inquirição para, em seguida, indeferir igualmente a arguição de nulidade e repetição das diligências de inquirição, invocando já a norma plasmada no artigo 25.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência, já porque a única forma de a Autoridade da Concorrência acautelar o direito ao contraditório e o legítimo interesse das empresas na preservação do segredo de negócio consiste precisamente na mera notificação do visado para se pronunciar sobre as inquirições.

A sociedade visada, inconformada, impugnou judicialmente a deliberação, arguindo as seguintes conclusões, que se transcrevem:

- Ao rejeitar a admissão da comparência do BPI nas diligências de inquirição das testemunhas por si arroladas e, conseqüentemente, ao rejeitar a repetição de tais diligências, a AdC violou o direito de defesa do visado em 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 225/15.4YUSTR-G

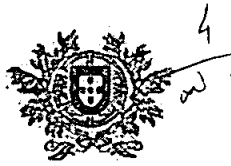
contraordenacional, nas vertentes do contraditório e do direito à prova, consignado no artigo 25.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, no artigo 32.º, n.º 10, da CRP, diretamente aplicável nos termos do artigo 18.º, n.º 2, e, especificamente no domínio da prova testemunhal, no artigo 6.º, n.º 3, alínea d), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

- Ao rejeitar a admissão da comparência do BPI nas diligências de inquirição das testemunhas por si arroladas e, conseqüentemente, ao rejeitar a repetição de tais diligências, a AdC violou o direito do em processo contraordenacional de assistir aos atos processuais que lhe digam diretamente respeito, consignado no artigo 61.º do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* artigos 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência e 41.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Geral das Contraordenações.
- Ao indeferir a arguição da nulidade gerada com a não admissão da comparência do BPI nas diligências de inquirição das testemunhas por si arroladas e, bem assim, ao indeferir a repetição de tais diligências com observância plena das garantias de defesa, a AdC violou os artigos 120.º, n.º 2, alínea d), e 122.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* artigos 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência e 41.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Geral das Contraordenações.
- Nestes termos, requer-se a V. Exa. a anulação da deliberação impugnada e, bem assim, a declaração da nulidade processual decorrente da não admissão da comparência do BPI nas diligências de inquirição de testemunhas por si arroladas, ordenando-se a repetição das referidas diligências com observância plena das garantias de defesa.

A Autoridade da Concorrência apresentou as suas alegações, nas quais reitera os fundamentos já aduzidos e termina impetrando pela manutenção da decisão administrativa.

### II – Fundamentação

- 1 Considerado o objeto do recurso, que assim delimita a apreciação que ao Tribunal incumbe levar a cabo, importa compreender a questão ora posta em análise, qual seja a de saber se a Visada viu coartado o direito de audição e defesa ao ser impedida de estar presente na inquirição de



## 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 225/15.4YUSTR-G

testemunhas arroladas ao abrigo das diligências complementares de prova que considerou convenientes e que foram deferidas pela Autoridade da Concorrência. Claro está que a resposta só se não impõe como apodítica, tal é a evidência da restrição ao direito, contanto se pese a investidura da Autoridade da Concorrência em deveres de preservação do segredo de negócio, tal qual emana do artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, e alegadamente só a notificação do visado, que não a sua presença, permite acautelar o direito ao contraditório e o legítimo interesse das empresas na preservação do segredo de negócio.

2 Importa, então, olhar, e no que releva para a discussão dos autos, o artigo 25.º, do Regime Jurídico da Concorrência: “1 – Na notificação da nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo anterior, a Autoridade da Concorrência fixa ao visado pelo processo prazo razoável, não inferior a 20 dias úteis, para que se pronuncie por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeira as diligências complementares de prova que considere convenientes. 3 – A Autoridade da Concorrência pode recusar, através de decisão fundamentada, a realização das diligências complementares de prova requeridas quando as mesmas forem manifestamente irrelevantes ou tiverem intuito dilatatório. 4 – A Autoridade da Concorrência pode realizar diligências complementares de prova, designadamente as previstas no n.º 1 do artigo 18.º, mesmo após a pronúncia do visado pelo processo a que se refere o n.º 1 do presente artigo e da realização da audição oral. 5 – A Autoridade da Concorrência notifica o visado pelo processo da junção ao processo dos elementos probatórios apurados nos termos do número anterior, fixando-lhe prazo razoável, não inferior a 10 dias úteis, para se pronunciar.”.

3 Antecipadamente se esclareça que, salvo o devido respeito por opinião contrária, a Autoridade da Concorrência labora numa interpretação equívoca do preceituado no n.º 5, do sobredito artigo, já porque a norma não permite a amplitude defendida, já porque se não antevê a



## 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 225/15.4YUSTR-G

atendibilidade pretendida quanto aos deveres de preservação do segredo de negócio.

- 4 Vejamos. A norma em apreço, como é revelado pela epígrafe, enquadra as regras relativas à instrução do processo, antevendo-se como princípio teleológico a consagração de garantias para o exercício do direito de audição e defesa, densificando os pressupostos que limitadamente podem fundamentar a sua restrição. Neste conspecto, o visado, mais do que responder à nota de ilicitude, tem o direito de contrariar as provas já produzidas, havendo que ser-lhe concedida a possibilidade de apresentar novas diligências probatórias, só as podendo ver recusadas quando, fundada e fundamentadamente, sejam vistas como manifestamente irrelevantes ou prefigurarem intuito dilatatório. Com efeito, é possível assentar como dado axiomático que a consagração do direito de defesa do arguido em processo contraordenacional, não só não carece de habilitação constitucional própria – conferir NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, 2016, p. 884/5 – como a sua ressonância é pluridimensional, adquirindo valência em sede de prevalência do processo equitativo (*fair trial*) e igualdade de armas, com lídima explicitação no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa e artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, recebida diretamente na ordem jurídica nacional por via do disposto no artigo 16.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Do direito ao processo equitativo decorre uma multiplicidade de princípios, avultando desde logo, e entre o mais, que o direito de defesa e o direito ao contraditório se traduz “fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte, pronunciar-se sobre o valor e



## 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 225/15.4YUSTR-G

resultado destas provas” – conferir J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, p. 415/6

- 5 Assim, como bem refere Leones Dantas, o cumprimento deste direito à defesa, logo em sede de fase administrativa adquire importância fulcral, enquanto “espaço processual por excelência”. É que o momento processual a que alude o disposto no artigo 50.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, ainda que não colado às exigências do processo penal, estará proporcionalmente próximo deste quanto distante de um vulgar direito à audição ou audiência como é típico do procedimento administrativo. E não pode, pois, deixar de entender-se que “no processo por contraordenação devem ser dadas ao arguido possibilidades de contestar às provas quanto a ele recolhidas, de formulãr a sua defesa, de sugerir diligências probatórias de arrolar testemunhas, etc.” – conferir LEONES DANTAS, citando GOMES DIAS, in “Os direito de audição e defesa no processo das contraordenações”, in Revista do CEJ, 2.º semestre 2010, n.º 14, p. 299
- 6 Precisamente. A consagração do direito de audição e defesa não é mera ressonância constitucional traduzível no cumprimento de um contraditório. Mais que isso, trata-se de materializar o *due process of law*, concedendo a possibilidade à Defesa, não só de responder, mas de “discutir, contestar e valorar” (como sucessivamente tem sido reiterado pela jurisprudência em matéria de concorrência, servindo de referência primacial a sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, no processo n.º 766/06.4TYLSB, que opôs a Autoridade da Concorrência à Nestlé).
- 7 Descendo ao caso vertente, haver-se-á de conceder que uma leitura interpretativa do artigo 25.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência conforme a todas as sobreditas coordenadas, nunca pode ser aquela aventada pela Autoridade da Concorrência, contanto seja indefensável que uma mera notificação aos visados do teor dos depoimentos das



## 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 225/15.4YUSTR-G

- testemunhas, sem possibilidade de interrogar, satisfaça o exercício completo e pleno do direito de defesa.
- 8 Convém assentar que as testemunhas são arroladas pelos visados, logo são ouvidas porque os visados veem nisso interesse e relevância para a sua defesa. Então, quando assim é, ficam depois sujeitos à contingência de um interrogatório unilateral pela própria autoridade administrativa, justamente quem recorrendo a poderes inquisitórios já as podia ter ouvido anteriormente? Com efeito, exercer cabalmente o direito de defesa quanto ao arrolamento de testemunhas, é mais do que somente solicitar a sua inquirição, é efetivamente ter a possibilidade de, no decurso de um processo equitativo, dirigir as interrogações e os esclarecimentos convêníenates à defesa, e valha a verdade que, sem dotes de omnisciência, ninguém melhor que os visados está em posição de saber que argumentos esgrimir para “discutir, contestar e valorar” a essencialidade dos factos constantes da nota de ilicitude.
- 9 A inquirição de testemunhas não pode ser estática, porquanto o cabal exercício do direito de audição e defesa demanda para tanto um processo dinâmico e dialético.
- 10 Ademais, e mesmo quando assim não fosse, repare-se atentamente no preceito em causa, como de resto é salientado nas doudas alegações da Recorrente. A norma estatui que a Autoridade da Concorrência notifica o visado pelo processo da junção ao processo dos elementos probatórios apurados nos termos do número anterior. Sem embargo da infelicidade pleonástica em que incorreu o legislador, cumpre destacar: “nos termos do número anterior”, ou seja, na estrita referência que o número anterior faz às diligências complementares de prova que, inquisitoriamente, podem ser levadas a cabo, mesmo depois da resposta à nota de ilicitude, pela Autoridade da Concorrência. E bem se compreende que assim seja,



## 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 225/15.4YUSTR-G

com vista a evitar a constância de elementos no processo com que a defesa nunca tenha sido confrontada, “quer estes resultem de diligências officiosas, de diligências solicitadas por outros visados, ou ainda de diligências requeridas pelo próprio visado” (conferir Lei da Concorrência Anotada, CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD.), Almedina 2016, pp. 281/2), oferecendo assim uma garantia, que, por nunca ser, pode vir a ser interpretada como uma restrição, nem mesmo pela interposição de um dever (aparente) de preservação dos segredos de negócio, como defende a Autoridade da Concorrência nas doutas alegações com que instrui a apresentação dos autos ao Ministério Público.

11 É certo que à Autoridade da Concorrência estão acometidos sérios deveres de preservação dos segredos de negócios das empresas, tanto assim que nestes mesmos autos, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão revogou uma deliberação que permitia o “acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos (...) classificados como confidenciais e não invocados (...) como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta”.

12 Agora, não se lhe pode exigir a preservação de segredo de negócio, cuja custódia não está ao seu alcance garantir. Primeiro, se a testemunha resolve abordar aspetos fácticos que possam revelar segredos de negócio, a Autoridade da Concorrência não pode *ab initio* partir desse pressuposto para negar a presença dos visados na inquirição, já porque não sabe antecipadamente o que a testemunha vai dizer, já porque não se lhe pode imputar deveres que, manifestamente, não estão ao seu alcance assegurar. Segundo, revele ou não a testemunha factos objeto de sigilo, certo é que os visados tomarão conhecimento dos mesmos, pois se são notificados da junção ao processo dos elementos probatórios, necessariamente, e excetuando a possibilidade de censura ou truncagem



## 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 225/15.4YUSTR-G

do depoimento – o que não se revela consentâneo com um processo justo e equitativo –, ficarão a par dos aspetos sigilosos.

13 Aliás, da mesma forma, as instâncias judiciais não impedem a assistência da defesa a depoimentos, durante os quais podem ser revelados segredos, pela singela razão de que, garantidas as cominações legais, será o próprio depoente a assumir a responsabilidade do que revele, não podendo o Tribunal, como não pode a Autoridade da Concorrência, assumir as *dores alheias*, substituindo-se ao arbítrio dos próprios depoentes quanto ao que pode ou não ser revelado.

14 Assim, não só e acima do demais, a norma invocada pela Autoridade da Concorrência, o referido artigo 25.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência pode ser interpretado como propugnado, como não se anteveem como legítimas e válidas as objeções apresentadas quanto à preservação do segredo de negócio.

15 Conclui-se, pois, que a Autoridade da Concorrência andou mal, quando negou, sem base normativa, a presença da visada BANCO BPI, S.A. na inquirição das testemunhas por esta arroladas ao abrigo do artigo 25.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência, e com isso incorreu em nulidade, não relevando saber se dependente ou não de arguição (conferir artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência e artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas), porquanto foi oportunamente arguida, que assim acarreta a repetição do ato nulo, tudo nos termos e para os efeitos do artigo 122.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência e artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas.





## 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 225/15.4YUSTR-G

16 Em face do exposto e por todas as sobreditas razões, o Tribunal procede o recurso apresentado, determinando que a inquirição das testemunhas arroladas pela visada BANCO BPI, S.A. seja repetida, desta feita assegurando a possibilidade da presença desta no ato, com a observância das garantias de defesa consagradas na lei.

### III – Decisão

Em face do exposto, o Tribunal, em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, julga o presente recurso interlocutório procedente e, em consequência, determina que a inquirição das testemunhas arroladas pela visada BANCO BPI, S.A. seja repetida, desta feita assegurando a possibilidade da presença desta no ato, com a observância das garantias de defesa consagradas na lei.

\*\*\*

Sem custas, por não serem devidas, não havendo lugar ao pagamento da multa, atendendo às razões invocadas no requerimento que antecede.

\*

Deposite.

Notifique e comunique à autoridade administrativa, sendo esta com envio de certidão judicial.

Após trânsito, archive os autos neste Tribunal, diligenciando pela lacração da versão confidencial e guarda em local seguro.

Sérgio Martins P. de Sousa

*(Texto processado em computador e integralmente revisto pelo signatário – Juiz de Direito)*

Santarém, 8 de abril de 2018 – domingo

*(assinado eletronicamente a 9 de abril de 2018, por indisponibilidade do citius)*