

Elisa Carvalho

De: Ana Nogueira
Enviado: 28 de março de 2019 18:17
Para: Expediente
Assunto: FW:
Anexos: 405F6539-0E89-47EC-A01E-B5978B22168F.pdf

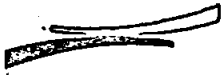
Boa tarde,

Para registar entrada sff.

Obrigada,

Ana Cruz Nogueira
Diretora / Diretor
Departamento Jurídico e do Contencioso
Legal Department

Tel.: (+351) 21 790 2002 Fax: (+351) 21 790 2092
Avenida de Berna, nº 19 . 1050-037 Lisboa
anogueira@concorrenca.pt



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**
PORTUGUESE COMPETITION AUTHORITY



A DEFENDER
O DIREITO A
CONCORRÊNCIA

De: Olga S Vicente (FJ52900) [<mailto:olga.s.vicente@tribunais.org.pt>]
Enviada: 22 de março de 2019 15:59
Para: Ana Nogueira <anogueira@concorrenca.pt>
Assunto:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Processo nº225/15.4YUSTR-G.L1
3ª Secção.

Acordam, em **Conferência**, no Tribunal da Relação de Lisboa.

I. Relatório.

1. Nos presentes autos de Recurso de Contra-Ordenação, do 1º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, com o número supra identificado (apenso G organizado nos termos do disposto no artigo 85º, nº 3 do Regime Jurídico da Concorrência), foi proferida sentença em 8.04.2018 que julgou procedente o recurso de Impugnação de decisão interlocutória de Medida da Autoridade da Concorrência, interposto pela Visada Banco BPI, S.A, declarando a nulidade da decisão administrativa, e determinado a repetição da inquirição das testemunhas arroladas pela Visada BPI, S.A.

2. Não se conformando com o assim decidido veio o **Ministério Público** bem como a **Autoridade da Concorrência** interpor recurso para este Tribunal da Relação.

2.1. O **Ministério Público** terminou a motivação de recurso formulando as seguintes conclusões (transcrição):

A. "A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender"- Germano Marques da Silva e Henrique Salinas, anotação XIII ao artigo 32.º da CRP, in JORGE MIRANDA RUI MEDEIROS, CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA, VOLUME I, ...ARTIGOS 1.º A 79.º, UC ED., 2017, página 537.

B. As fontes doutrinárias invocadas na douda decisão recorrida vão neste mesmo sentido, nada acrescentando de novo para o caso concreto: o arguido, o visado, em qualquer processo de contraordenação, porque de natureza sancionatória, tem o direito de conhecer os factos contraordenacionais que lhe são imputados, tem o direito de os contrariar, de apresentar prova, antes de ser sancionado.

C. Tais fontes doutrinárias não dão respaldo à solução adotada pelo douto Tribunal, na interpretação a dar ao regime do direito de defesa na fase de instrução do processo de contraordenação do RJC por práticas restritivas da concorrência – não existem dúvidas de que o visado no processo tem direito à sua defesa, no sentido mais geral definido pela Constituição.

D. A douda decisão, desde logo, introduz uma fractura no Regime Jurídico da Concorrência ao julgar que, no contexto do artigo 25.º do RJC, o visado tem o direito de estar presente no acto das inquirições das testemunhas que arrolar, sob pena de nulidade importada do processo penal, não



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

estando, por violação do seu direito de defesa por não poder conduzir as inquirições, mas quanto às inquirições que a AdC pode levar a cabo de forma inquisitória mesmo depois da resposta à nota de ilicitude, já não tem de estar presente, seguindo-se neste caso o regime do n.º 5 do cit. artigo 25.º.

C. Não subsistindo dúvidas que o processo de contraordenação em qualquer sector não é processo penal e que a instrução da fase administrativa do processo de contraordenação no sector da concorrência é regida por normas específicas do RJC e em nada se assemelha à fase de instrução em processo penal, haverá que considerar que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (artigo 9.º/3 do Código Civil).

D. De acordo com a tese dos Acórdãos n.º 659/2006 e 487/2009 do Tribunal Constitucional, a Constituição não impõe que se apliquem ao processo de contraordenação as garantias constitucionais do processo penal de forma directa e global, deixando-se para o legislador ordinário a concreta conformação desse direito.

E. A fundamental diferença entre o direito das contraordenações e o direito penal, sem entrar na discussão da diferente valia dos bens/interesses jurídicos tutelados por um e outro ramo de direito, que radica na circunstância de que para o Estado-Comunidade, o Povo, detentor originário de toda a soberania, em nome do qual se administra a justiça, a conduta contraordenacional, não merecer uma reacção criminal, impõe um diferente regime adjectivo em que as normas do processo penal, (e também do direito penal), apenas são convocadas, subsidiariamente, em face de lacunas de previsão no direito das contraordenações, sempre com as devidas adaptações e desde que o contrário não resulte dos diplomas específicos - cfr. artigos 32.º, 41.º/1 do RGCO e 13.º do RJC, também, o artigo 10º/2 do Código Civil.

F. Assim, as garantias de defesa do processo penal não podem ser transpostas para o direito das contraordenações de forma directa e global.

G. Mas, o visado em processo de contraordenação, em qualquer das suas fases tem o direito ao contraditório prévio e à prova, ou seja, tem de ser informado pela autoridade administrativa dos factos contraordenacionais imputados e de poder, em prazo razoável, contrariá-los antes da decisão sancionatória, não podendo esta conter factos com os quais o visado não foi previamente confrontado, como estabelecido no artigo 25.º do RJC.

H. Enquadrando o artigo 25.º do RJC, nas finalidades específicas deste diploma sectorial, indicadas pelo artigo 81.º/f da CRP, seguindo o seu sentido literal e presumindo que o legislador consagrou a solução mais acertada (artigo 9.º/3 do CC) e conforme às fontes de direito consagradas no artigo 7º, também, da CRP, logo se concluirá que a sua previsão garante de forma cabal o direito de defesa do visado no processo.

I. Num processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência, no contexto de um mercado concorrencial que se pretende eficiente e equilibrado, visando-se a prevenção e sanção dos cartéis, a AdC age sujeita a critérios de legalidade, devendo adequar a sua actuação processual aos interesses do Estado: 1. tutela das práticas restritivas da concorrência como interesse público do Estado-Comunidade, também, no quadro da União Europeia, 2. a salvaguarda do segredo de negócio das empresas, este a servir como prova dessas práticas, mas, segredo da sua atividade e vida interna das empresas de que depende a sua permanência no mercado, 3. o direito de defesa dos visados num processo justo e equitativo de um estado de direito democrático.

J. O legislador do RJC fez convergir, compatibilizando-os, todos os interesses legítimos, do Estado, das empresas e dos visados na previsão normativa do artigo 25.º do RJC.

M. Findo o inquérito administrativo, caso a AdC tenha recolhido indícios suficientes que sustentem um juízo de possibilidade razoável de vir a ser proferida decisão condenatória, decide dar



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

início à instrução, notificando a nota de ilicitude aos visados – cfr. artigo 24.º do RJC.

N. Nos termos do n.º 1 do artigo 25.º do RJC, o qual consagra um princípio obrigatório de defesa escrita, e, facultativo de defesa oral (regido pelo artigo 26.º) a AdC notifica o visado da nota de ilicitude, fixando-lhe prazo não inferior a 20 dias para que este se pronuncie por escrito sobre os factos e as provas, todas as questões essenciais para o processo, podendo requerer prova suplementar, podendo, ainda, nos termos do n.º 2 do preceito, nessa pronúncia escrita, requerer uma audição oral, regida pelo artigo seguinte (artigo 26.º).

O. A AdC deve produzir toda a prova requerida pelo visado (se lícita – cfr. artigo 31.º - Prova), apenas a podendo indeferir se a mesma se revelar manifestamente irrelevante ou com intuito dilatório – artigo cit. n.º 3.

P. Porque não deve o intérprete distinguir, quando o legislador o não faz, terá de se entender, por referência ao sentido literal da norma, que a prova suplementar requerida nos termos do n.º 1, tanto pode tratar-se de prova testemunhal, como documental.

Q. Nos termos do n.º 4 do preceito a AdC pode, oficiosamente, após a pronúncia escrita do visado prevista no n.º 1, ou mesmo após a audição oral requerida, produzir novas provas das elencadas no artigo 18.º/1 do diploma: inquirição, busca, apreensão (logo prova pessoal, documental, outra do catálogo).

R. Nos termos do n.º 5, a AdC notifica o visado da junção ao processo da prova produzida nos termos do n.º 4, fixando-lhe prazo não inferior a 10 dias para se pronunciar sobre a mesma.

S. Embora o n.º 5, o não diga, expressamente, e parecendo que apontará mais para a prova nova oficiosamente produzida pela AdC após a pronúncia escrita do visado nos termos do n.º 1, ou, mesmo após a sua audição oral requerida, a AdC notifica o visado nos termos daquele n.º 5, do resultado de toda a prova, aqui se incluindo a prova requerida, precisamente, porque produzida sem a presença do visado.

T. Por imperativos associados ao princípio constitucional da defesa e de forma a dar cumprimento cabal ao contraditório prévio deverá o n.º 5 ser entendido como acolhendo um regime único de contraditório, alheio ao facto de a prova ser requerida ou produzida oficiosamente.

U. Esta solução é a que melhor se compatibiliza com o espírito do diploma - veja-se que nos termos do artigo 26.º, do resultado da audição oral requerida, gravada e autuada por termo, são enviadas cópias (da gravação, do termo e dos documentos que eventualmente forem juntos) ao próprio requerente e notificadas aos co-visados.

V. Logo, também, a unidade do sistema e sobretudo o direito de defesa, levarão a que toda a prova produzida, requerida ou oficiosamente produzida pela AdC deva seguir o regime do n.º 5, do artigo 25.º, até porque o legislador não estabelece distintos regimes de contraditório para prova requerida e para prova produzida oficiosamente.

X. A defesa, em fase de instrução, é obrigatoriamente por escrito, o contraditório é exercido por escrito, apenas oralmente nos estritos termos do artigo 26.º - audição oral do visado -, conforme expressamente estabelecido no citado artigo 25.º/1 do RJC, o qual reveste a natureza de norma de ordem pública de natureza específica para o concreto sector da concorrência

Y. O RJC veda inquirições, requeridas ou não, com a presença dos visados ou dos seus mandatários, ao não as prever e ao instituir um regime de defesa escrito, e será desta forma que o legislador, procura salvaguardar o segredo de negócio das empresas, a utilizar como prova das práticas restritivas da concorrência, assim comprimindo de forma proporcional cada um dos interesses e direitos fundamentais que se confrontam no processo.

Z. O argumento do Tribunal de que numa inquirição não pode ser assegurado pela AdC o segredo de negócio, porque não se sabe o que a testemunha vai dizer, não é um argumento jurídico:



S

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

quando se faz uma busca e apreensão de documentos, também não se sabe, quanto ao concreto teor dos documentos o que pode ser segredo de negócio, impondo a lei para tal classificação o procedimento do artigo 30.º do RJC.

AA. Na fase de instrução dos processo de contraordenação do RJC o direito de defesa e o contraditório prévio à decisão sancionatória cumprem-se através do regime do artigo 25.º do RJC, ainda que no contexto de um princípio de defesa, obrigatoriamente, escrita, não violando tal regime os designios constitucionais do artigo 32.º/10 da CRP, no contexto de um processo justo e equitativo de um Estado de direito democrático, dado que o mesmo garante que o visado conheça, previamente, à condenação, os factos contraordenacionais imputados, todas as provas que sustentam essa imputação, e lhe é dada oportunidade de requerer prova, de discutir esses factos e toda essa prova em prazo razoável.

BB. Assim, o regime do contraditório instituído no cit. artigo 25.º não se resume a uma *mera notificação* como refere o douto TCRS.

CC. Deste modo, a AdC, quando indeferiu a presença da defesa do BPI nas inquirições por si requeridas, quando indeferiu a arguição dessa suposta nulidade e o acto inútil e proibido da repetição das inquirições na presença do visado, limitou-se a dar integral cumprimento ao regime legal do artigo 25.º.

DD. O douto TCRS ao ter considerado que o direito de defesa é violado porque o visado não pode conduzir presencialmente a inquirição se por si requerida, mas já não existindo violação desse direito se a inquirição for oficiosamente realizada pela AdC, violou o disposto no artigo 25.º/1/5 do RJC e concedeu uma interpretação errada ao artigo 32.º/10 da CRP.

EE. Ainda, ao ter criado um regime de nulidades no RJC por aplicação subsidiária, de forma acrítica, do regime das nulidades do processo penal, voltou a fazer uma errada interpretação do artigo 25.º, números 1 a 5, do RJC, da intenção do legislador, das finalidades e dos princípios estruturantes do próprio RJC, no contexto do artigo 81.º/f da CRP.

FF. E, bem assim violou o disposto nos artigos 25.º e 13.º do RJC, e, 41.º/1 do RGCO ao aplicar, subsidiariamente, normas do CPP quando não existe lacuna legal no regime do artigo 25.º do RJC, ou, mesmo havendo, não a integrou dentro do espírito do diploma, criando por essa via uma fratura na unidade do sistema da concorrência.

GG. O douto Tribunal ao ter dado provimento ao recurso de impugnação do BPI por violação do direito de defesa, por não ter estado presente nas inquirições por si requeridas, cominando com nulidade, não a classificando como dependente de arguição ou não, mas, associando-lhe o efeito do artigo 122.º do Código de Processo Penal, fez uma errada interpretação do conteúdo e alcance do direito de audiência e defesa do visado em processo de contraordenação, tendo desprezado jurisprudência consolidada sobre este tema do TC, Relações e STJ.

HH. Utilizou elementos doutrinários que não lhe permitiam chegar à abrogação do artigo 25.º/5 do RJC, porque não incluem no seu objecto de reflexão a análise do normativo em causa.

II. Desprezou a letra da lei – artigo 25.º do RJC- e a intenção do legislador do RJC, violando o disposto nos artigos 8.º/2 e 9.º/3 do Código Civil acerca da interpretação das normas.

JJ. Violou o disposto nos artigos 13.º do RJC e 42.º/1 do RGCO aplicando subsidiariamente normas do CPP quando não existe lacuna de previsão no RJC, ou pelo menos deveria ter encontrado a solução dentro do próprio diploma; introduziu uma fratura no sistema jurídico da concorrência criando dois regimes diferentes para a produção e contraditório da prova testemunhal pós notificação da nota de ilicitude, e, bem assim, impôs um procedimento processual à AdC que não lhe permite assegurar o dever legal de tutela do segredo de negócio.

KK. A douda decisão recorrida, ao acolher a solução do visado BPI, no sentido de que o visado



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pode/tem de estar presente na inquirição das testemunhas que requereu, violou o princípio obrigatório de defesa escrita estabelecido no artigo 25.º/1 do RJC.

Pelo que,

A douda decisão/sentença recorrida deverá ser revogada e substituída por outra que julgue totalmente improcedente o recurso de impugnação da Visada BPI SA, por não ter havido qualquer violação do seu direito de defesa na fase de instrução do processo de contraordenação, mais se considerando que a AdC deu integral cumprimento ao disposto no artigo 25.º/1/5 do RJC".

2.2. A Autoridade da Concorrência terminou a motivação de recurso formulando as seguintes conclusões (transcrição):

"A. O presente Recurso tem por objeto a Sentença proferida pelo TCRS que apreciou a legalidade da Decisão da AdC de 21 de Dezembro de 2017 nos termos da qual a AdC indeferiu a admissão da comparência dos mandatários do BPI nas diligências complementares de prova por si requeridas, nomeadamente na inquirição das testemunhas por si arroladas.

Das razões de discordância da AdC da Sentença proferida pelo Tribunal *a quo*

(i) Enquadramento

B. A título introdutório, a AdC não pode deixar de referir que a argumentação expendida pelo Tribunal *a quo* na sentença recorrida se enquadra numa dogmática vincadamente penalista onde os direitos de defesa do visado por um processo contraordenacional por violação das regras da concorrência são equiparados *ipsis verbis* aos direitos de defesa dos arguidos em processo penal.

C. Entende o Tribunal *a quo* que o regime previsto no n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência não pode ser interpretado no sentido de o visado pelo processo exercer o contraditório apenas com a notificação do relatório das diligências complementares de prova uma vez que no seu entendimento é "indefensável que uma mera notificação aos visados do teor dos depoimentos das testemunhas, sem possibilidade de interrogar, satisfaça o exercício completo e pleno do seu direito de defesa."

D. Ao longo da sentença recorrida está também sempre subjacente a ideia da obrigatoriedade de presença do arguido e do seu defensor em todos os actos que lhe digam respeito, num evidente decalque do processo penal.

E. No entanto, a AdC entende que o regime jurídico da concorrência, sem prejuízo de se enquadrar nos ilícitos de mera ordenação social (o que, desde logo, nem sequer torna obrigatória a constituição de mandatário por parte da arguida no processo), apresenta um conjunto de especificidades que só por isso exigem um tratamento distinto não só do processo penal, mas também do regime consagrado no RGCO.

F. Com efeito, o dever que recai sobre a AdC de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, tal como previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência, introduz no regime jurídico da concorrência um conjunto de especificidades que o tornam um regime efetivamente especial face aos demais regimes contraordenacionais e, mais ainda, ao processo penal.

G. Tais especificidades, decorrentes do referido dever que recai sobre a AdC de proteção dos segredos de negócio, não foram ignoradas pelo legislador que introduziu um conjunto de normas especiais que intencionalmente se afastam de diversas normas previstas no RGCO e no Código de Processo Penal, facto que não pode deixar de ser considerado quando se interpreta e aplica a norma constante do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

H. Nesse sentido, a Decisão da AdC de 21 de Dezembro de 2017 enquadra-se no regime especial que a Lei da Concorrência veio consagrar, tendo a **AdC compatibilizado o direito de defesa** da visada BPI com o dever de proteção dos segredos de negócios das demais visadas porquanto, e ao contrário do mencionado pelo Tribunal *a quo*, os princípios que norteiam a audiência de julgamento não podem ser aplicáveis à fase administrativa do processo contraordenacional por violação das regras da concorrência.

I. Veja-se que, na fase de julgamento, as Visadas pelo processo de contraordenação já foram destinatárias de uma decisão condenatória, tendo-lhes sido aplicada uma coima, pelo que nessa fase os seus direitos de defesa devem poder ser exercidos no seu pleno, devendo, de facto, operar-se uma efectiva equiparação ao processo penal

J. Deste modo, a AdC acompanha o Tribunal *a quo* no entendimento de que a inquirição de testemunhas em sede de audiência de julgamento dever ter um carácter pessoal, imediato, público e sem qualquer condicionalismo decorrente de eventuais segredos de negócio das demais visadas pelo processo de contraordenação.

K. A AdC já não pode acompanhar este entendimento relativamente à fase administrativa em que o processo contraordenacional em causa se encontrava no momento em que foi adoptada a decisão de 21 de dezembro de 2017, designadamente porque ainda não foi proferida decisão condenatória.

L. Entende a AdC que a proteção do segredo de negócio não pode ceder inteiramente perante o exercício de direitos de defesa por parte da visada, numa fase processual em que a mesma ainda não foi (e pode nem vir a ser) destinatária de uma decisão condenatória com a consequente aplicação de uma coima ou outras sanções acessórias.

M. Atente-se que a ratio subjacente à norma constante do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência que prevê que nesta fase administrativa do processo contraordenacional devem ser realizadas as diligências complementares de prova que a AdC reputar como relevantes, mas que o contraditório sobre as mesmas seja efetivado por escrito, após a notificação do relatório das diligências complementares de prova.

Da errada interpretação do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência

N. O Tribunal *a quo* entendeu que a AdC partiu de uma interpretação equívoca do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência “porque a norma não permite a amplitude defendida, já porque se não antevê a atendibilidade pretendida quanto aos deveres de preservação do segredo de negócio.” (cfr. p. 3 e 4 da sentença recorrida)

O. A controvérsia respeita ao entendimento da AdC na Decisão de 21 de dezembro de 2017 ao indeferir a presença dos mandatários da Visada BPI nas diligências de inquirição das testemunhas por si arroladas e, consequentemente, rejeitar a repetição de tais diligências.

P. A AdC entende que o contraditório relativo às diligências complementares de prova realizadas pela AdC é assegurado pela notificação ao visado pelo processo de todos os elementos probatórios apurados, não havendo um acompanhamento presencial dos visados ou dos seus mandatários no decurso de tais diligências, nos termos do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência.

Q. Este regime especial no que respeita ao exercício do contraditório tem na sua *ratio* a obrigação legal que recai sobre a AdC de, na instrução dos processos, acautelar o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio (artigo 30.º da Lei da Concorrência).

R. Com efeito, no decurso de inquirições de testemunhas pode ser revelada informação



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

confidencial em razão de segredo de negócio (ou até de outros segredos legalmente protegidos) que a AdC deve acautelar.

S. O facto de as diligências serem requeridas por um visado pelo processo no âmbito da sua pronúncia escrita, e caso a realização das mesmas seja admitida pela AdC, tal admissão não lhe confere o direito a estar presente no decurso de tais diligências em razão da necessidade de ser acautelada uma efetiva proteção de eventuais segredos de negócio cuja divulgação a AdC não pode, a priori, antecipar.

T. De facto, e se atentarmos ao caso *sub judice*, no decurso das inquirições não só é expectável como é efetivamente recorrente a divulgação de informação suscetível de ser classificada como segredo de negócio.

U. Tendo em conta a finalidade pretendida com o n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, é imperativo concluir-se que o mesmo tem aplicação a toda e qualquer diligência complementar requerida e admitida ou realizada pela AdC a título oficioso, aplicando-se a todos “os elementos probatórios apurados”, não havendo qualquer distinção prevista na lei para efeitos de exercício do contraditório em função da natureza da diligência de prova realizada.

V. Deste modo, tal como é entendimento da Doutrina, a AdC entendeu que o n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência tem uma aplicação transversal a todos os elementos probatórios apurados, independentemente do momento da constituição das mesmas ou de serem requeridas pelo visado ou realizadas por iniciativa da AdC.

W. O TCRS considera, igualmente, na sentença recorrida 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 testemunhas, sem possibilidade de interrogar, satisfaça o exercício completo e pleno do direito de defesa.” (Cfr. p. 5 e 6 da sentença recorrida)

X. Veja-se que o exercício do direito de defesa da Visada BPI encontra-se efetivamente garantido pelo facto de o visado poder ter acesso ao depoimento prestado nas referidas diligências, que é reduzido a escrito, conforme o disposto no n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, bem como ao Relatório de Diligências Complementares de Prova e, consequentemente poder contestar e discutir a prova obtida.

Da desaplicação do n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência na sentença recorrida,

Y. Considera, ainda, o Tribunal *a quo* que, no caso concreto, não se pode exigir da AdC “a preservação de segredo de negócio, cuja custódia não está ao seu alcance garantir.” (Cfr. p. 7 da sentença recorrida).

Z. No entanto, a AdC não partilha deste entendimento do Tribunal porquanto o presente processo contraordenacional encontra-se na fase de instrução pelo que a AdC tem a obrigação de acautelar o interesse legítimo das Visadas na não divulgação dos seus segredos de negócio disposta no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência.

AA. Esclareça-se que recai sobre a AdC a obrigação legal de “na instrução de processos, a Autoridade da Concorrência acautela[r] o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio (...).”

BB. A AdC entende, assim, que o Tribunal *a quo* incorreu num erro de interpretação do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência e de aplicação do direito, ao desaplicar a norma do n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência ao entender que não se pode exigir da AdC a proteção de segredo de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

negócio na fase de instrução no contexto do presente processo sancionatório.

CC. Nesta medida o Tribunal *a quo* incorreu num erro de interpretação do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência e de aplicação do direito, ao desaplicar a norma do n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, o que se invoca para todos os devidos e legais efeitos, impondo-se que a Sentença em crise seja revogada e substituída por outra que faça uma correta aplicação do direito ao caso concreto.

Da necessidade, adequação e proporcionalidade da Decisão da AdC de indeferir a comparência dos mandatários da Visada BPI

DD. O que, de facto, releva para efeitos de apreciação da actuação da AdC no caso em apreço é saber se a interpretação que a AdC levou a cabo do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência (e que limita a presença dos mandatários do BPI no decurso das inquirições por si requeridas) (i) põe em causa os direitos de audição e defesa da Visada BPI e (ii) se a limitação em causa é adequada, necessária e proporcional à proteção de segredos de negócio de demais visadas ou entidades terceiras.

EE. Salvo o devido respeito, a resposta a tais questões não pode deixar de ser negativa quanto a pôr em causa os seus direitos de audição e defesa e afirmativa quanto a ser uma limitação adequada, necessária e proporcional.

FF. No que respeita à necessidade do indeferimento da presença dos mandatários da Visada BPI nas inquirições de testemunhas, não é despiciendo o facto de a AdC não poder antecipar o conteúdo das inquirições das testemunhas arroladas pelo BPI ou outro visado pelo processo, e saber se vai ou não ser revelada alguma informação protegida por segredo de negócio.

GG. Por outro lado, o legislador estabeleceu um regime transversal para todas as diligências complementares de prova, pelo que a AdC não pode deferir ou indeferir a assistência a tais diligências por parte dos mandatários das Visadas requerentes com base numa análise casuística, como por exemplo saber se as testemunhas indicadas são ou não funcionárias daquela Visada.

HH. O Tribunal *a quo* também não dá resposta à eventualidade de uma Visada requerer a inquirição de testemunhas de uma co-visada ou de outra empresa e questionar essa mesma testemunha sobre questões relativas a matérias que abarquem segredo de negócio. A proteção de informação que contenha segredo de negócio fica anulada por estar em causa uma inquirição de testemunhas na fase administrativa do processo contraordenacional antes de ser proferida uma decisão condenatória?

II. De acordo com o entendimento do Tribunal *a quo*, a resposta é afirmativa, a proteção de informação confidencial deixa de estar tutelada. De acordo com o entendimento da AdC, a resposta não pode deixar de ser negativa porquanto o regime jurídico da concorrência (cfr. n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência) não permite essa desproteção e, por outro lado, essa desproteção ser suscetível de prejudicar a colaboração por parte de entidades visadas ou requerentes de dispensa ou redução de coima (requerentes de clemência) que, vendo a sua informação confidencial desprotegida por parte da AdC, terão menos incentivos em colaborar com a AdC com vista à redução da coima a ser eventualmente aplicada.

JJ. Importa esclarecer que, no âmbito do presente processo, a AdC realizou inquirições a 12 (doze) testemunhas, a título de diligências complementares de prova requeridas pelas Visadas, tendo sido lavrados os respetivos autos.

KK. Desses 12 autos, foram apresentadas por 7 (sete) das testemunhas inquiridas versões não confidenciais dos seus autos, no âmbito das quais foi identificada e omitida a informação que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

reputavam como confidencial, facto por si só demonstrativo da efetiva sensibilidade do conteúdo das inquirições, que justifica o regime previsto no n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência.

LL. Sem prejuízo de, à presente data, a AdC ainda não se ter pronunciado relativamente à fundamentação apresentada pelas Visadas em questão a tais versões não confidenciais, mas na medida em que as mesmas já se apresentam juntas aos autos, conforme documentos n.ºs 9 a 15 juntos à Resposta da AdC à Motivação de Recurso da Visada BPI.

MM. A junção ao processo de tais versões não confidenciais dos autos de inquirição elaborados reforça, ainda mais, o carácter necessário da decisão da AdC para efeitos de proteção de segredos de negócio.

NN. A interpretação do preceito em questão no sentido de não permitir a presença dos mandatários do BPI nas referidas diligências por si requeridas é, também, efetivamente adequada porquanto, de outro modo, a AdC não poderia assegurar a proteção de segredos de negócio.

OO. Por fim, a decisão da AdC revela-se manifestamente proporcional na medida em que a mesma, sem prejuízo de assegurar a proteção dos segredos de negócio de co-Visadas ou terceiras identidades, não anula o exercício do direito de defesa da Visada BPI.

PP. Com efeito, o exercício do contraditório por escrito e em momento diferido tal como previsto no n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, não coarta os direitos de defesa da Visada BPI, apenas os condiciona. Tal condicionamento é, no entanto, adequado, proporcional e necessário face ao interesse que visa proteger: os segredos de negócio das empresas visadas em momento anterior ao da prolação de uma decisão final condenatória.

QQ. Não se compreende, assim, que o Tribunal *a quo* tenha considerado a Decisão da AdC de 21 de Dezembro de 2017 nula nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do CPP porquanto tal decisão se limita a dar cumprimento ao pretendido pelo legislador quando consagrou a norma constante do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, não tendo sido omitida a prática de qualquer acto que a lei prescreva como obrigatório, sendo o princípio do contraditório efetivamente assegurado para efeitos do exercício do direito de defesa da Visada BPI, pelo que não se reconhece a existência de qualquer nulidade prevista na alínea d), do n.º 2 do artigo 120.º do CPP.

Da falta de fundamentação da Sentença recorrida.

RR. A sentença recorrida não apresenta motivação da matéria de direito que fundamente a decisão porquanto o Tribunal *a quo* julga procedente o recurso interlocutório interposto pelo BPI e determina que a AdC incorreu na nulidade prevista na alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do CPP sem invocar qual a disposição legal obrigatória que a AdC não respeitou.

SS. Veja-se que a sentença recorrida não invoca nenhuma disposição legal que obrigue a presença da Visada BPI ou dos seus mandatários na inquirição de testemunhas por si arroladas no âmbito de diligências complementares de prova, na fase de instrução de um processo contraordenacional por infração às normas de defesa da concorrência estabelecidas na Lei da Concorrência e aos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

TT. No presente caso não se vislumbra qual é o acto legalmente obrigatório que a AdC não praticou com a Decisão de 21 de Dezembro de 2017 porquanto a notificação do visado para se pronunciar após a realização das diligências complementares de prova é a única forma que a AdC tem para cumprir o regime legalmente estabelecido pela Lei da Concorrência, isto é, acautelar o direito de defesa e acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.

UU. Não se compreende, assim, que o Tribunal *a quo* tenha considerado a Decisão da AdC de 21 de Dezembro de 2017 nula nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do CPP porquanto a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sentença recorrida não explicita qual a disposição legal que obriga a presença do mandatário do visado ou do visado na inquirição de testemunhas por si arroladas no âmbito de diligências complementares de prova, na fase de instrução de um processo contraordenacional por infração às normas de defesa da concorrência estabelecidas na Lei da Concorrência e aos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

VV. O Tribunal recorrido parece discordar sobretudo da opção legislativa resultante do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, mas entende a AdC que uma sua decisão não poderá ser declarada nula sem ser explícita qual a norma especificamente violada e qual a interpretação que, de acordo com a norma aplicável em apreço, deveria ter sido levada a cabo pela AdC.

WW. Deste modo, a sentença padece do vício de falta de fundamentação uma vez que é omissa relativamente à fundamentação de direito, sendo a fundamentação de direito insuficiente e em termos tais que não permitem ao destinatário da decisão judicial a perceção das razões de direito da decisão judicial.

XX. Face ao exposto, deverá a sentença recorrida ser revogada e substituída por outra que confirme a legalidade da decisão da AdC de 21 de dezembro de 2017 na medida em que a mesma decorre da aplicação do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência.

Nestes termos e nos demais de Direito, deverá ser dado provimento ao presente recurso, revogando-se, consequentemente, a Sentença proferida pelo Tribunal *a quo*”.

3. Os recursos foram admitidos, com subida imediata.

4. O Banco BPI, S.A. / recorrido veio responder ao recurso, alegando, em síntese, o seguinte:

Os presentes autos têm origem num recurso interposto pelo BPI de uma deliberação da AdC de 21 de dezembro de 2017, nos termos da qual foi i) indeferida a arguição da nulidade decorrente da não admissão da comparência do BPI, através dos seus mandatários, nas diligências de inquirição das testemunhas por si arroladas e, consequentemente, ii) rejeitada a realização de novas inquirições das citadas testemunhas.

Em 8 de Abril de 2018, o Tribunal *a quo* proferiu a Decisão Recorrida, pela qual julgou totalmente procedente o recurso interposto pelo BPI e, em consequência, determinou que a inquirição das testemunhas arroladas pelo ora Recorrido fosse repetida.

É desta decisão que o Ministério Público e a AdC vieram interpor recurso.

Os recursos interpostos assentam em dois raciocínios sofismáticos:

O primeiro é o de que, ao reconhecer o direito de o Recorrido estar presente nas inquirições das testemunhas por si indicadas, o Tribunal *a quo* teria aplicado, acriticamente, ao processo contraordenacional, as garantias previstas na constituição e na lei especificamente para o processo criminal.

Esta conclusão não tem qualquer aderência à realidade. Basta ler a Decisão Recorrida para se perceber que, para chegar às conclusões a que chegou, o Tribunal *a quo* se limitou a fazer uma análise e concretização do direito de defesa em processo contraordenacional tal como este se encontra consagrado ao nível constitucional e nos termos dos artigos 50.º do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”) e 25.º do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”).

Ao contrário do referido pelo Ministério Público e pela AdC, não houve, da parte do Tribunal *a quo*, qualquer confusão entre os princípios vigentes no processo penal e no processo contraordenacional.

O segundo raciocínio sofismático do Ministério Público e da AdC é o de que a restrição da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

presença dos advogados do Recorrido nas inquirições das testemunhas por si indicadas se justificaria em função da necessidade de a AdC acautelar a preservação dos segredos de negócios.

Esta explicação - repetida *ad nauseam* pela AdC - não tem qualquer tipo de sentido. Conforme explica a decisão recorrida, a disposição invocada (artigo 25.º, n.º 5, do RJC) não se aplica ao caso vertente, em que está em causa prova cuja produção foi requerida pelo próprio Recorrido.

Das razões para a improcedências dos recursos interpostos.

No essencial, a tese subjacente aos recursos interpostos pelo Ministério Público e pela AdC é a de que o RJC contém um regime específico de produção de prova na fase instrutória do processo contraordenacional que não admite a comparência do visado nessas diligências processuais, incluindo na inquirição de testemunhas, sendo o contraditório exercido em todos os casos através da pronúncia pelo visado sobre os elementos probatórios apurados pela AdC e juntos ao processo.

Acontece, porém, que esta interpretação é incorreta, como resulta, desde logo, de uma mera leitura integrada do artigo 25.º do RJC.

Do confronto destas disposições, resulta, desde logo, uma diferença fundamental entre as situações reguladas no n.º 3 e no n.º 4 do artigo 25.º do RJC.

Como bem reconhece o Ministério Público na sua motivação de recurso, está em causa, num caso (n.º 3), a produção de prova requerida pelo visado no processo contraordenacional, noutro caso (n.º 4), a prova oficiosamente determinada pela AdC.

Estabelecida esta distinção lapidar, o artigo 25.º, n.º 5, do RJC dispõe, ainda, que “[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”.

E o regime de contraditório assente na notificação ao visado da junção desses elementos justifica-se, precisamente, porque o visado não pôde assistir à obtenção dessa prova, nem tão pouco poderia participar na produção da mesma, atento o carácter pré-constituído dessas provas.

Diferentemente, as provas produzidas no processo (provas *constituendas*) não são susceptíveis de serem juntas ao processo, justamente porque são produzidas no próprio processo. É o caso da prova testemunhal.

Como é evidente, no tocante à prova testemunhal, não é possível exercer o contraditório e o direito à prova por meio da notificação ao visado do depoimento prestado pela testemunha, pois o exercício do contraditório, por um lado, e o exercício do direito à prova enquanto modalidade do direito de defesa, por outro, implicam que o visado que arrolou as testemunhas as possa igualmente inquirir, produzindo a sua prova.

A faculdade de interrogar a testemunha cuja inquirição se requereu é essencial para assegurar a produção da prova que se tem em vista com a realização dessa diligência.

Por outro lado, a faculdade de contrainterrogar a testemunha sobre as matérias que lhe sejam perguntadas pela AdC constitui uma dimensão essencial do exercício do contraditório.

A ideia de que, em matéria de concorrência, o legislador estabeleceu que o visado apenas pode exercer os seus direitos de defesa por escrito não tem qualquer acolhimento no texto legislativo.

Isto mesmo decorre, ainda, de uma interpretação do n.º 5 do artigo 25.º do RJC conforme com a Constituição da República Portuguesa (“CRP”), em cujo artigo 32.º, n.º 10, expressamente se garante aos arguidos em processo contraordenacional o direito de defesa.

Ora, a garantia constitucional da defesa em processo contraordenacional não se basta com a dimensão formal da admissão de uma pronúncia do arguido sobre a contraordenação que lhe é imputada: é necessário que o arguido possa produzir prova sobre todos os aspectos relevantes para



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a decisão a proferir, o que, no caso das provas *constituendas* por si requeridas, implica a possibilidade de o arguido participar na produção dessa prova, assegurando que a mesma contempla os aludidos aspetos.

Por outras palavras, e como concluiu, de forma exemplar, o Tribunal *a quo* na decisão recorrida, “o cabal exercício do direito de audição e defesa demanda para tanto um processo dinâmico e dialético”.

Refira-se que a presença do visado, ou dos seus mandatários, nos interrogatórios das testemunhas por si arroladas é uma prática habitual na fase administrativa dos diversos processos contraordenacionais existentes no ordenamento jurídico português.

Assim sendo, não é a possibilidade de o visado pelo processo contraordenacional estar presente no interrogatório das testemunhas que arrolou que causaria uma “fractura no sistema jurídico da concorrência”, conforme defende o Ministério Público, mas sim a inibição dessa presença que causaria uma fractura intolerável em todo o regime contraordenacional português, em especial no que respeita às garantias de defesa.

Mostra-se ainda improcedente o argumento aventado pela AdC e pelo Ministério Público no sentido de que as limitações ao contraditório e ao direito à prova alegadamente constantes do artigo 25.º, n.º 5, do RGICSF seriam justificadas pela necessidade de a AdC acautelar a preservação de segredos de negócio. Esta perspetiva não tem qualquer fundamento legal.

Com efeito, a AdC está vinculada, nos termos do artigo 30.º do RJC, a acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio. Tal não implica, porém, que os visados possam ser impedidos – é disso mesmo que se trata – de produzir a sua prova com base na hipótese especulativa de uma testemunha optar por revelar segredos de que eventualmente haja tomado conhecimento.

Isto mesmo resulta, aliás, de modo claro, por exemplo, do n.º 2 do citado artigo 30.º, que determina a notificação do particular para efeitos de identificação dos elementos confidenciais por motivo de segredos de negócio nos casos das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC, precisamente diligências tendentes à recolha de documentos.

O artigo 30.º, n.º 2, do RJC não estabelece, nos casos das diligências previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 18.º, respeitantes à inquirição dos visados ou de terceiros, qualquer restrição específica em matéria de segredo de negócio.

Como refere a decisão recorrida “revele ou não a testemunha factos objecto de sigilo, certo é que os visados tomarão conhecimento dos mesmos, pois se são notificados da junção ao processo dos elementos probatórios, necessariamente, e exceptuando a possibilidade de censura ou truncagem do depoimento – o que não se revela consentâneo com um processo justo e equitativo –, ficarão a par dos aspetos sigilosos”.

Se houvesse conflito entre o dever de acautelar os segredos de negócio e o direito de defesa, seguro é que o primeiro cede perante o segundo – este com assento constitucional expresso no n.º 10 do artigo 32.º –, pois não é concebível no nosso ordenamento jurídico a existência de processos sancionatórios em que o arguido não possa defender-se convenientemente, designadamente produzindo prova.

A prevalência do direito de defesa é, aliás, inequivocamente afirmada no n.º 4 do artigo 33.º do RJC, o qual confere ao visado o direito de aceder a elementos confidenciais do processo para efeitos do exercício do seu direito de defesa.

O artigo 25.º, n.º 5, do RJC não tem qualquer relação com o segredo profissional.

Acresce que, em boa verdade, no tocante à prova testemunhal, o risco de divulgação de segredos de negócio pelas testemunhas ocorre igualmente em sede de recurso jurisdicional da decisão



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

administrativa condenatória, não havendo aí qualquer restrição à comparência do visado na audiência destinada à inquirição das testemunhas por si arroladas.

Em suma, o argumento do segredo profissional invocado pela AdC e pelo Ministério Público não tem qualquer valia e, sobretudo, não abala o direito do visado de se defender cabalmente da acusação que lhe é feita nota de ilicitude, produzindo prova destinada a abalar os respetivos fundamentos.

Uma interpretação do artigo 25.º, n.º 5, do RJC no sentido de que este inibe a presença do visado pelo processo contraordenacional nas inquirições das testemunhas por si arroladas seria, de resto, inconstitucional por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 10, da CRP.

Em face do exposto, andou bem o Tribunal *a quo* ao reconhecer a nulidade processual decorrente da violação dos direitos de defesa do ora recorrente".

5. Neste Tribunal, a Exmª Procuradora Geral Adjunta veio na oportunidade do art.º 416º do CPP aderir à fundamentação expressa nos recursos interpostos, realçando a sua correcção jurídica e clareza, emitindo assim parecer no sentido da procedência dos recursos.

6. Colhidos os Vistos legais, realizou-se a **Conferência**, com observância do legal formalismo.

Cumprе apreciar e decidir.

II. Fundamentação.

1. Conforme é aceite pacificamente pela doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores, o objecto do recurso é delimitado pelas conclusões que o recorrente extraia da motivação, assim se definindo as questões que o tribunal *ad quem* tem de apreciar, sem prejuízo das questões que sejam de conhecimento oficioso¹.

Atentando nas conclusões apresentadas pelos recorrentes, o objecto dos recursos coloca as seguintes questões:

- Da nulidade da sentença recorrida por falta de fundamentação (recorrente AdC)
- Da violação do direito de defesa e do exercício do contraditório na fase administrativa no quadro do art.º 25º do Regime Geral da Concorrência: mais concretamente, saber se o facto de não ter sido admitida a presença da Visada BPI,

¹ Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *Recursos em Processo Penal*, 6ª ed. 2007, pág.103; entre outros, mais recentemente, o ac.do STJ de 27.05.2010, www.dgsi.pt, e ainda, o acórdão do Pelenário das Secções Criminais do STJ nº 7/95, de 19.10.95, DR, I-A, de 28.12.1995.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

através dos seus mandatários, no acto de inquirição das testemunhas por si arroladas na fase de instrução, ao abrigo do disposto no n.º 1 do art.º 25º, n.º do RJC, viola ou não o seu direito de defesa e o exercício do contraditório? (ambos os recorrentes).

2. Da sentença proferida (art.º 64º, n.ºs. 1 e 2, do RGCO, aplicável *ex vi* dos artigos 83º e 85º, n.º 1, ambos do RJC).

2.1. O tribunal *a quo* decidiu nos termos seguintes:

“(…)

“II-Fundamentação.

1. Considerado o objecto 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 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 dilatório. 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 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 dilatório. 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,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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 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 as provas quanto a ele recolhidas, de formular a sua defesa, de sugerir diligências probatórias de arrolar testemunhas, etc.” – conferir LEONES DANTAS, citando GOMES DIAS, in “Os direitos 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 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 convenientes à defesa, e valha a verdade que, sem dotes de onisciência, 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 doutas 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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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, com vista a evitar a constância de elementos no processo com que a defesa nunca tenha sido confrontada, “quer estes resultem de diligências oficiosas, 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 duntas 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 objecto de sigilo, certo é que os visados tomarão conhecimento dos mesmos, pois se são notificados da junção ao processo dos elementos probatórios, necessariamente, e exceptuando a possibilidade de censura ou truncagem 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 acto 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.

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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

seja repetida, desta feita assegurando a possibilidade da presença desta no acto, 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".

3. Verificam-se, com relevância, as seguintes ocorrências processuais:

a. No âmbito do processo contraordenacional então a correr termos na Autoridade da Concorrência (AdC) sob a referência interna PRC/2012/9, a Visada Banco BPI, S.A. veio requerer que os seus mandatários assistam às inquirições por si solicitadas a título de diligências complementares de prova, a realizar nos próximos dias 22 e 23 de Novembro.

-Invocou como fundamento de tal pedido, a salvaguarda do "princípio constitucional de proteção dos direitos de defesa, tal como previsto no art.º 32º, nº 10 da Constituição e no artigo 50º do DL nº 322/82, em aplicação do art.º 61º, nº 1, als. a) a g) do CPP, aplicável subsidiariamente aos autos através da remissão do art.º 13º da Lei da Concorrência para o Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, previsto no DL 433/82, uma vez que se trata de direito subsidiário deste regime e que estabelece o direito do arguido de assistir a todos os actos que lhe digam respeito; bem como do art.º 348º do CPP, que obriga ao contraditório na inquirição de testemunhas em julgamento, que deve ser aplicável nesta fase processual".

-A autoridade da Concorrência por deliberação de 21/11/2017, consignou o seguinte: (fls. 32 e 33):

"De acordo com o art.º 13º da Lei da Concorrência, os processos por infracção ao disposto nos artigos 9º, 11º e 12º daquela Lei regem-se pelo previsto na Lei da Concorrência LC) e, subsidiariamente, pelo Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro (RGCO).

Nos termos do nº 1 do 41º do RGCO, sempre que o contrário não resulte daquele diploma, são aplicados, a título subsidiário e devidamente adaptados, os preceitos do Código de Processo Penal.

In casu, a Visada invoca o disposto nos artigos 61º e 348º do CPP.

No entanto, apenas se poderia recorrer a normas do RGCO ou do CPP caso existisse alguma lacuna na LC relativamente ao exercício do contraditório na fase da instrução, o que não é o caso porquanto tal matéria se encontra especialmente regulada na LC.

Com efeito, nos termos conjugados do nº 4 e do nº 5 do artigo 25º da LC, *"a Autoridade da Concorrência notifica o visado pelo processo da junção ao processo dos elementos probatórios apurados (nas diligências complementares de prova que realize), fixando-lhe prazo razoável, não inferior a 10 dias úteis, para se pronunciar"*.

Deste modo, o disposto no referido preceito garante que a Visada BPI terá a possibilidade de exercer cabalmente o contraditório relativamente a todas as diligências complementares de prova realizadas, incluindo as por si requeridas, mais podendo requerer o que tiver por conveniente, na medida e que será notificada do relatório que vier a ser elaborado sobre as mesmas, do qual farão



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

parte integrante os respectivos autos de inquirição.

Face ao exposto, indefer-se o pedido de comparência dos mandatários do Visado BPI nas diligências de inquirição agendados para os próximos dias 22 e 23 de Novembro de 2017"

b. O Banco BPI, S.A. veio junto do Presidente do Conselho expor, em síntese, o seguinte:

"A AdC incorreu em erro grosseiro de interpretação das normas em causa, procurando aplicar à produção de provas *constituendas* o regime previsto para o exercício do contraditório em relação à produção de provas *pré-constituídas*.

Cumprir verificar que o artigo 25º, nº 5, da LC respeita a provas produzidas fora do processo ao qual são subsequentemente trazidas (provas *pré-constituídas*), por exemplo por meio de buscas ou revistas (meios de obtenção da prova), pois somente essas constituem provas susceptíveis de serem juntas ao processo, e o regime justifica-se porque o visado não pôde assistir à produção dessa prova.

Diferentemente, as provas produzidas no processo (provas *constituendas*) não são susceptíveis de serem juntas ao processo, precisamente porque são produzidas no próprio processo. É o caso da prova testemunhal.

Tudo isto se compreende bem face ao nº 5 do artigo 25º: só quanto a provas *pré-constituídas* havia a necessidade de regular o regime de exercício do contraditório, já que, quanto às provas *constituendas*, o contraditório é exercido no próprio acto de produção da prova.

Como é evidente, não é possível exercer o contraditório quanto à prova testemunhal por meio da notificação ao visado do depoimento prestado pela testemunha, pois o exercício do contraditório e, de um modo mais geral, do direito de defesa implicam que o visado que arrolou as testemunhas as possa igualmente inquirir, produzindo a sua prova. A possibilidade de comentar os depoimentos não lhe permite exercer qualquer contraditório face à prova testemunha produzida na sua ausência, o que resulta numa constrição inaceitável do direito de defesa.

À luz do direito de defesa consagrado no nº 10 do artigo 32º da Constituição, não podem as provas *constituendas* ser produzidas à revelia do arguido, sem que este possa exercer o contraditório e produzir a sua prova.

A posição da ADC viola igualmente o artigo 61º, nº 1 do CPP, aplicável aos autos através da remissão da LC para o DL nº 422/83, nomeadamente na parte em que consagra o direito do arguido de "*e(star presente nos actos processuais que directamente lhe disserem respeito)*".

Estas violações concretizam-se "*numa nulidade, a prevista na l. d) do nº 2 do artigo 120º do CPP*", assim requerendo que seja declarada a nulidade processual em referência, consequentemente, a invalidade das diligências de inquirição das testemunhas arroladas pelo Visado BPI relativamente às quais não tenha sido admitida a presença deste, o das testemunhas arroladas pelo Visado BPI, admitindo-se a participação deste em tais diligências, através dos seus mandatários.

c. Em resposta a tal requerimento de arguição de nulidade, em 21.12.2017, veio a Autoridade da Concorrência a reafirmar a posição anterior, indeferindo a arguição de nulidade decorrente da não admissão da comparência do BPI, através dos seus mandatários, nas diligências de inquirição das testemunhas por si arroladas e, consequentemente, ii) rejeitada a realização de novas inquirições das citadas testemunhas."

d. O Banco BPI, S.A. veio interpor recurso desta deliberação da Autoridade da Concorrência para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, vindo a ser



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

proferida a sentença, ora sob recurso, acima transcrita, que, reconhecendo a existência de nulidade processual, determinou a repetição da inquirição das testemunhas arroladas pela Visada Banco BPI, S.A., assegurando a possibilidade da sua presença na inquirição.

*

4. O Direito.

4.1. Da nulidade da sentença por falta de fundamentação (questão suscitada pela AdC).

A recorrente entende que a sentença recorrida não apresenta motivação da matéria de direito que fundamente a decisão, porquanto, o Tribunal *a quo*, julgando procedente o recurso interlocutório interposto pelo BPI, não invocou qual a disposição legal obrigatória que a AdC não respeitou.

A sentença recorrida não invoca nenhuma disposição legal que obrigue a presença da Visada BPI ou dos seus mandatários na inquirição de testemunhas por si arroladas por infração às normas de defesa da concorrência.

Quando é certo que a notificação do visado para se pronunciar após a realização das diligências complementares de prova é a única forma que a AdC tem para cumprir o regime legalmente estabelecido pela Lei da Concorrência, isto é, para acautelar o direito de defesa e acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.

Deste modo, conclui a recorrente que a sentença padece do vício de falta de fundamentação uma vez que é omissa relativamente à fundamentação de direito, sendo a fundamentação de direito insuficiente e em termos tais que não permitem ao destinatário da decisão judicial a percepção das razões de direito da decisão judicial.

Decidindo.

O princípio da fundamentação de matriz constitucional, consagrado no art.º 205º da CRP, essencial em matéria de decisões judiciais, traduz-se na obrigatoriedade do tribunal especificar os motivos de facto e de direito da decisão, conforme dispõe o art.º 374º do CPP.

Quanto à fundamentação da sentença recorrida desde já se avança que nenhum reparo nos merece.

Com efeito, a sentença recorrida encontra-se suficientemente fundamentada na sua globalidade, tanto no que respeito aos pressupostos de facto como aos pressupostos de direito, indicando as normas jurídicas que a sustentam, pelo que não pode a recorrente ter dúvidas acerca das razões pelas quais o tribunal decidiu nos termos que deixou consignados, cuja fundamentação permite aos seus destinatários, pela clareza do seu raciocínio, perceberem as razões de direito da sentença.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Termos em que manifestamente improcede a alegada nulidade da sentença.

4.2. Do direito de audição e defesa do Visado no quadro do art.º 25º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), sendo a **questão concreta a decidir** a de saber se o facto de não ter sido admitida a presença da Visada BPI, através dos seus mandatários, no acto de inquirição das testemunhas por si arroladas na fase de instrução violou o direito de audição e defesa da Visada?

4.2.1. Situando-nos em termos de tramitação processual, a questão a decidir prende-se com a decisão da Autoridade da Concorrência de 21 de Dezembro de 2017, acima transcrita, que no âmbito da instrução indeferiu a presença dos mandatários da Visada “Banco, BPI, S.A” nas diligências de inquirição de testemunhas requeridas ao abrigo do disposto no nº1 do art.º 25º da RJC.

Na sequência de Impugnação Judicial intentada pela Visada BPI, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) deu procedência ao recurso interlocutório, declarando nulo o acto de inquirição das testemunhas levado a efeito pela AdC, em virtude de a Visada, representada pelos seus mandatários, ter sido impedida de estar presente no acto de inquirição, considerando ter sido violado o direito de audição e de defesa da Visada.

É desta sentença do TCRS que agora a Autoridade da Concorrência e o Ministérios Público vieram recorrer.

4.2.2. Antes de abordar directamente a questão suscitada importa tecer algumas considerações acerca do **direito de defesa em processo contraordenacional**.

Sabemos que o direito contraordenacional se apresenta com uma estrutura inquisitorial, permitindo a concentração na mesma entidade, neste caso a Autoridade da Concorrência, dos poderes de regulação, investigação, acusação e sancionatórios. Mas esta opção, não pode nunca pôr em causa direitos e procedimentos de defesa dos arguidos nos processos contraordenacionais.

Desde logo, o direito de defesa constitucionalmente consagrado, consubstancia-se no direito de o arguido se opor à pretensão punitiva da Autoridade Administrativa contra si dirigida, constituindo-se como o sujeito processual que é admitido a alegações de factos e à apresentação dos meios de prova legalmente ao seu dispor.

E assumem relevância no seio do nosso ordenamento jurídico as garantias de defesa do arguido em processo contraordenacional, nomeadamente os direitos de *audiência* e *defesa*, com acolhimento constitucional, consagrando expressamente o art.º 32º, nº 10 da CRP, que “Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa", norma directamente aplicável por dizer respeito a direitos fundamentais (cfr. artº 18º, nº 1, da CRP).

O legislador constitucional entendeu assim consagrar como garantia dos cidadãos, o *direito de audiência e defesa*, garantia que tem expressão e eficácia directa na conformação dos processos contraordenacionais, independentemente da sua consagração ao nível da lei ordinária.

Este entendimento é hoje consensual, citando-se, entre outros, Jorge Miranda - Rui Medeiros, que em anotação ao art.º 32º da CRP refere que "O nº 10 garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e de defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas" (Cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I- Introdução Geral, Coimbra Editora, 2005, pág. 362).

Por sua vez, o legislador ordinário, no plano infraconstitucional, veio a densificar este princípio constitucional, plasmando no art.º 50º do RGCO o princípio da *audição e defesa* do arguido, assim como em outros diplomas contraordenacionais sectoriais, como acontece no Regime Jurídico da Concorrência.

E conforme Paulo Pinto de Albuquerque, o art.º 50º do RGCO veio "enfatizar o direito de audição do arguido de modo a assegurar-lhe a faculdade de pronunciar-se sobre a contraordenação imputada e a sanção correspondente (...).

O direito de audição tem as seguintes consequências no processo contra-ordenacional: qualquer processo contra-ordenacional deve assegurar ao visado o contraditório prévio à decisão; este só poderá ser plenamente exercido mediante a comunicação dos factos imputados; a comunicação dos factos imputados implica a "descrição sequencial, narrativamente orientada e espaço-temporalmente circunstanciada (...). Dito na fórmula utilizada pelo assento do STJ nº 1/2003, os direitos de *defesa e audiência* assegurados no âmbito do processo contra-ordenacional implicarão, em síntese, que ao arguido seja dada previamente a conhecer "a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito" (in *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição...*", UCE, em anotação ao 50º do RGCO, p.208).

No regime sectorial da Concorrência aqui em causa, a Autoridade da Concorrência, nos termos do art.º 25º, nº 1, deve notificar o Visado da respectiva nota de ilicitude para num prazo razoável, não inferior a 20 dias úteis, pronunciar-se por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, bem como contestar as provas recolhidas, assim como para requerer as diligências complementares de prova que considere convenientes, requerendo, por ex: inquirição de testemunhas.

E não podemos deixar de referir que o *direito de defesa*, na tocante à prova testemunhal, vem expressamente afirmado no artigo 6º, § 3º, al d) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), e do nº 4 do art.º 348º do CPP, este diploma com aplicação subsidiária (cfr. arts. 32º e 41º do RGCO e art.º 13º do RJC), também se retira a necessidade de o Visado, no exercício do contraditório, inquirir directamente a testemunha indicada, questão com relevância no caso em apreço.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por fim, citamos A. Leones Dantas que em concretização do direito de defesa do arguido e com relevo no caso dos autos, refere que “a participação do arguido na realização dos objectivos do processo há-de implicar não apenas o direito à audição sobre a factualidade que constitui o seu objecto, mas também o direito a requerer a produção de meios de prova novos que na sua óptica tenham potencialidade para pôr em causa aqueles factos e o direito a participar activamente na produção desses meios de prova” (cfr. *Os direitos de audição e de defesa no processo de contra-ordenação*, in Revista do CEJ, 2010, número 14).

Dito isto, não, podemos deixar de referir que o processo contraordenacional não pode ser visto como um processo menor, importando atender à natureza da infracção e à severidade muitas vezes da coima. A verdade é que ao longo das últimas décadas, como efeito de uma economia de mercado cada vez mais desenvolvida, as contra-ordenações são sancionadas com coimas de valores muito elevados e sanções acessórias que pouco se diferenciam das penas acessórias, a merecer que nestes casos os regimes sejam mais rigorosos e garantistas, tanto assim que o legislador constitucional veio alargar as garantias processuais dos arguidos incluindo no art.º 32º, nº 10 da CRP uma norma especialmente formulada para os processos de contraordenação, garantindo que nestes processos sejam assegurados ao arguido os direitos de *audiência e defesa*.

4.2.3. Regressando ao caso dos autos, atentemos nas razões de discordância dos recorrentes face à sentença proferida.

a. O nº 1 do art.º 25º do RJC consagra um princípio obrigatório de defesa escrita.

Os recorrentes defendem que o Regime Jurídico da Concorrência contém um *regime específico* de produção de prova na fase instrutória, instituindo um regime de defesa obrigatoriamente feita por escrito (apenas oralmente a audição do Visado nos termos do art.º 26º do RJC), estando assim vedada a inquirição de testemunhas com a presença dos Visados ou dos seus mandatários, seja em diligências de inquirição requeridas ou oficiosamente produzidas.

Na tese dos recorrentes, o direito de defesa do Visado fica garantido, notificando-se o Visado, nos termos do nº 5 do art.º 25º, da junção ao processo dos elementos probatórios, bastando-se assim o contraditório com a notificação ao Visado do resultado dessas inquirições levadas a efeito pela AdC, (aqui se incluindo a prova requerida, precisamente porque produzida sem a presença do Visado), podendo o Visado responder através de pronúncia por escrito.

b. Entendem os recorrentes que o nº 5 do art.º 25º tem “uma aplicação transversal a todos os elementos probatórios apurados”, não estabelecendo o legislador “distintos regimes para o exercício do contraditório” esteja em causa a inquirição de testemunhas requeridas pelo Visado ou produzida oficiosamente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

c. Afirmam também os recorrentes que a conduta contraordenacional impõe um diferente regime adjectivo em que as normas do processo penal apenas são convocadas, subsidiariamente, em face de lacunas de previsão no direito contraordenacional, e sempre com a devida adaptação e desde que o contrário não resulte dos diplomas específicos- cfr. arts. 32º e 41º do RGCO e art.º 13º do RJC;

E concluem os recorrentes que no preceito do art.º 25 do RJC não existe lacuna legal que pudesse justificar a aplicação subsidiária do CPP, e mesmo a existir tal lacuna, ela não foi integrada dentro do espírito do diploma, criando assim a sentença recorrida *uma fractura na unidade do sistema da concorrência*.

d. Noutra frente, entendem os recorrentes que este procedimento – de o visado no processo exercer o contraditório apenas com a notificação do relatório das diligências complementares - foi adoptado pelo legislador de modo a salvaguardar o dever que recai sobre a AdC de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, comprimindo-se assim de forma proporcional cada um dos interesses e direitos fundamentais que se confrontam no processo.

Em síntese conclusiva, entendem os recorrentes que a notificação do visado, que não a sua presença no acto das inquirições, permite acautelar o direito do contraditório e o legítimo interesse das empresas na preservação dos segredos de negócio.

4.2.4. Desde já avançamos, com o devido respeito por opinião contrária, que os recorrentes fazem uma interpretação incorrecta do preceituado no nº 5 do art.º 25º do RJC, que não permite a amplitude defendida, como não se vê que seja de atender nesta situação processual aos deveres de preservação de *segredos de negócio*.

Para melhor compreensão da questão suscitada, importa atentar na redacção do art.º 25º do Regime Jurídico da Concorrência.

Este preceito legal, sob a epígrafe “Instrução do processo”, dispõe o seguinte:

“1. Na notificação da nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do nº 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.

2. Na pronúncia por escrito a que se refere o número anterior, o visado pelo processo pode requerer que a mesma seja complementada por uma audição oral.

3. A Autoridade da Concorrência pode recusar, através de decisão fundamentada, a realização de diligências complementares de prova requeridas quando as mesmas forem manifestamente irrelevantes ou tiverem intuito dilatório.

4. A Autoridade da Concorrência pode realizar diligências complementares de prova, designadamente as previstas no nº 1 do artigo 18º, mesmo após a pronúncia do visado pelo processo a que se refere o nº 1 do presente artigo e da realização da audição oral.

5. A Autoridade da Concorrência notifica o visado da junção ao processo dos elementos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

probatórios apurados nos termos do número anterior, fixando-lhe prazo razoável, não inferior a 10 dias úteis, para se pronunciar.

6. Sempre que os elementos probatórios apurados em resultado de diligências complementares de prova alterem substancialmente os factos inicialmente imputados ao visado pelo processo ou a sua qualificação, a Autoridade da Concorrência emite nova nota de ilicitude, aplicando-se o disposto nos n.ºs. 1 e 2.

(...)"

Resulta no caso dos autos que a Autoridade da Concorrência terminou o inquérito e tendo concluído, com base na investigação realizada, pela possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, deu então início à fase de instrução, notificando a Visada Banco BPI, S.A da *nota de ilicitude* relativa a práticas restritivas da concorrência (art.º 25º, nº 1 do RGC).

Esta nova fase (de instrução) visa precisamente garantir o contraditório e o exercício dos direitos de defesa do Visado no processo, sendo este o desiderato desta fase processual, garantindo-se ao Visado que ele é ouvido sobre os factos imputados e permitindo-lhe que organize a sua defesa, sendo-lhe concedido para o efeito um prazo razoável, não inferior a 20 dias.

Neste prazo, o Visado pode pronunciar-se por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, podendo, ainda, requerer que a sua pronúncia seja "*complementada por uma audição oral*" e ainda "*diligências complementares de prova que considere convenientes*" (n.ºs. 1 e 2 do art.º 25º do RJC). Nestas diligências complementares está a possibilidade de o Visado solicitar a inquirição de testemunhas.

Estas *diligências complementares de prova* visam permitir ao arguido fazer a contraprova acerca dos factos de que vem acusado, e só poderão ser recusadas pela AdC "*quando as mesmas forem manifestamente irrelevantes ou tiverem intuito dilatatório*" (n.º 3 do art.º 25º).

Por sua vez, a Autoridade da Concorrência, mesmo após *pronúncia* do Visado e da sua audição oral, pode oficiosamente realizar diligências complementares de prova, designadamente as previstas no nº 1 do art.º 18º, como seja a inquirição dos representantes legais das empresas, buscas, recolha de extractos da escrita e demais documentação, sempre que tais diligências se mostrem necessárias (nº 4 do art.º 25º).

Ocorrendo esta situação, a AdC tem de notificar o Visado da junção ao processo dos elementos probatórios agora apurados, sobre os quais o Visado no processo, num prazo não inferior a 10 dias, pode vir a pronunciar-se.

Ora, do confronto destas disposições legais ressalta, desde logo, uma diferença fundamental entre as situações reguladas no nº 3 e no nº 4 do art.º 25 do RJC: enquanto o nº 3 se aplica à prova requerida pelos Visados, o nº 4 aplica-se quando está em causa a prova oficiosamente determinada pela AdC, já depois da pronúncia do Visado.

É pela circunstância de a AdC vir juntar ao processo novos elementos de prova, já posteriormente à *pronúncia* de defesa do arguido, que o legislador, face à exigência



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

do exercício do contraditório, consagrou no nº 5 do art.º 25º a notificação ao Visado destes novos elementos de prova para se pronunciar sobre os mesmos.

E a redacção do nº 5 do art.º 25º não deixa margem para dúvidas de que a notificação ao Visado visa dar-lhe conhecimento *“da junção ao processo dos elementos probatórios apurados nos termos do número anterior”*, e no número anterior está em causa a junção aos autos de recolha oficiosa de novos elementos de prova pela AdC, e só neste caso deve ser observado o regime do contraditório previsto neste preceito.

Por fim refira-se que as diligências de inquirição de testemunhas não são meios de prova susceptíveis de serem “juntas ao processo”, como consignado no nº 5 do art.º 25º, porquanto as inquirições de testemunhas são pela sua natureza produzidas no próprio processo (*provas constituendas*).

E nada adianta virem os recorrentes dizer que o nº 5 do art.º 25º tem “*uma aplicação transversal a todos os elementos probatórios apurados*”, e que não estabelece “*distintos regimes para o exercício do contraditório, estando em causa a inquirição de testemunhas requerida pelo Visado ou produzida oficiosamente*”, porque esta argumentação dos recorrentes só aparentemente se apresenta lógica na medida em que assenta em premissas erradas. A verdade é que o nº 5 do art.º 25º não tem que estabelecer distintos regimes, porque apenas se dirige a um regime: o regime previsto no nº 4 do mesmo art.º 25, que determina a notificação do Visado “da junção ao processo dos elementos probatórios apurados” pela AdC já depois de o Visado ter elaborado a sua pronuncia por escrito. Está assim em causa, só e apenas, a notificação do Visado dos elementos probatórios apurados oficiosamente pela AdC, previstos no referido nº 4 do art.º 25º do RJC.

Em face do que se deixa dito, somos a entender, contrariamente ao defendido pelos recorrentes, que não tem qualquer acolhimento no Regime Jurídico da Concorrência que o Visado no processo apenas possa exercer os seus direitos de defesa por escrito.

Como supra referido, no plano do direito de defesa, a lei apenas prevê a forma escrita em relação à pronúncia pelo Visado sobre a nota de ilicitude (acusação) que lhe foi dirigida, e mesmo assim com a possibilidade de audição oral, e para além de responder à nota de ilicitude, o Visado pode requerer diligências complementares de prova, onde se inclui a inquirição de testemunhas (arts. 25º, nº1 e 26º, RJC).

Este argumento da existência de um princípio obrigatório de defesa escrita, levaria então, na perspectiva dos recorrentes, a que o Visado fosse excluído de estar presente nas diligências de inquirição de testemunhas por si arroladas.

Mas com o devido respeito somos a entender pelo que acima deixamos exposto que não assiste razão aos recorrentes.

Dito isto, e antevendo-se nas regras relativas à instrução do processo como



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

princípio teleológico a consagração de garantias para o exercício dos direitos de audição e defesa, estando em causa prova testemunhal indicada pelo Visado não será possível exercer o contraditório e o direito à prova pela simples notificação ao Visado do resultado dessas inquirições como pretendido pelos recorrentes.

A verdade é que o exercício do contraditório e o exercício do direito à prova implicam que o Visado que arrolou as testemunhas as possa inquirir e contra-inquirir, produzindo a sua prova, constituindo a presença do Visado no acto de inquirição das testemunhas arroladas uma dimensão essencial do exercício do contraditório.

Para tanto o Visado deve ser notificado para estar presente nas diligências de inquirição que o próprio requereu.

Neste sentido decidiu o acórdão de 8.04.2014, do TER (processo nº 108/13.2BCUB, relatado pelo Desembargador João Gomes de Sousa, in www.dgsi.pt), referindo que “O arguido não foi notificado para a data da inquirição de testemunhas, pelo que não teve oportunidade de inquirir ou contra-inquirir a prova por si indicada”.

“E deveria ter sido pois que esse era o cerne do seu direito de defesa. Direito de defesa que, no caso concreto, não só foi violado pela não inquirição de testemunha indicada (...) como pela impossibilidade de o arguido ouvir e contraditar os depoimentos -todos- prestados”.

“Assim, não só a testemunha indicada (...) deveria ter sido inquirida, com a possibilidade de ser contra-inquirida, como a inexistência de notificação do arguido para as inquirições de testemunhas por si indicadas constituem violação do seu direito de defesa”.

“Essas violações concretizam-se numa nulidade prevista na al. d) do nº 2 do art. 120º do CPP”.

No caso dos autos, como vimos, o Visado não foi notificado para inquirir as testemunhas por si indicadas no âmbito das diligências complementares de prova na fase de instrução, ficando assim coarctado o seu direito de defesa ao não ter podido inquirir as testemunhas, o que viola desde logo o art.º 32º, nº 10 da CRP que expressamente afirma o direito de defesa do arguido.

Assim, a Autoridade da Concorrência ao não notificar a Visada para estar presente, negando assim a presença da Visada e do seu mandatário no acto da inquirição das testemunhas por si indicadas ao abrigo do art.º 25º, nº 1 do RJC, andou mal, violando o direito de defesa da Visada, sendo antes esta violação que gera a alegada *fractura no sistema da concorrência*.

*

4.2.5. Da invocada violação de segredos de negócio.

Invocam os recorrentes que o procedimento adoptado -de a AdC ter cumprido o contraditório apenas notificando a Visada do relatório das diligências de inquirição- deveu-se ao intuito de salvaguardar o dever que recai sobre a AdC de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, comprimindo-se assim de forma proporcional cada um dos interesses e direitos fundamentais que se confrontam no processo.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No fundo, dizem os recorrentes que apenas se visou proteger o legítimo interesse das empresas na preservação de segredos de negócio.

É verdade, assim resulta do art.º 30º do RJC, que “na instrução do processo, a AdC está vinculada a acautelar o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócios...”

Mas esta perspectiva no caso dos autos não tem fundamento legal.

Em princípio, o regime da protecção de segredos de negócio consagrado no nº 30º do RJC não é aplicável neste caso à produção de prova testemunhal, sendo que aqui as testemunhas a inquirir foram oferecidas pelo Visado, sabendo o interessado na inquirição acautelar qualquer situação que se pudesse abordar nesse sentido.

Por outro lado, sempre teríamos de entrar em linha de conta com a prevalência do direito de defesa que é, inequivocamente, afirmado no nº 4 do art.º 33º deste diploma.

Acompanhamos a sentença recorrida que de forma fundada e assertiva refere que “...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.

E ainda:

“...revele ou não a testemunha factos objecto de sigilo, certo é que os visados tomarão conhecimento dos mesmos, pois se são notificados da junção ao processo dos elementos probatórios, necessariamente, e exceptuando a possibilidade de censura ou truncagem do depoimento – o que não se revela consentâneo com um processo justo e equitativo –, ficarão a par dos aspetos sigilosos”.

“A este propósito, nenhum sentido faria restringir o direito de defesa na fase administrativa do processo, forçando o visado a recorrer jurisdicionalmente de uma eventual decisão condenatória apenas para poder exercer plenamente o seu direito à prova. Um tal entendimento não tem qualquer suporte legal, sendo contrariado não apenas pela dimensão fundamental do direito de defesa – que se aplica a todo o processo contraordenacional –, mas também pelo princípio da economia processual” (sublinhado nosso).

Em face do que se deixa exposto, somos a entender, tal como decidido, que nenhuma razão válida se afigura na invocação da necessidade de protecção de segredos de negócio, assim improcedendo esta argumentação por não ter fundamento legal.

*

Aqui chegados, somos a concluir que a Autoridade da Concorrência ao não permitir a presença da Visada no processo no acto da inquirição das testemunhas por si indicadas ao abrigo do art.º 25º, nº 1 do RJC, andou mal, violando o seu direito de defesa.

Esta violação concretiza-se numa nulidade processual, prevista na al. d) do nº 2 do art.º 120º do CPP, a qual foi atempadamente arguida pela Visada, aplicável *ex vi* do art.º 13º do RJC e art.º 41º do RGCO.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A sentença recorrida decidiu assim com correcção ao julgar procedente o recurso interlocutório e ao determinar, em consequência, que “a inquirição das testemunhas arroladas pela Visada BANCO BPI, S.A. seja repetida, desta feita assegurando a possibilidade da presença desta no acto”.

*

Termos em que se julgam os recursos interpostos pelo Ministério Público e pela Autoridade da Concorrência improcedentes, mantendo-se a sentença recorrida nos seus precisos termos.

*

III-Decisão.

Pelo exposto, acordam as Juízas da 3ª secção deste Tribunal da Relação em **negar provimento aos recursos** interpostos pelo Ministério Público e pela Autoridade da Concorrência, mantendo-se a sentença recorrida nos seus precisos termos, que determinou que “a inquirição das testemunhas arroladas pela Visada BANCO BPI, S.A. seja repetida, desta feita assegurando a possibilidade da presença desta no acto”.

Sem custas.

Notifique.

*

Elaborado, revisto e assinado pela Relatora Conceição Gonçalves e assinado pela Desembargadora Adjunta Maria Elisa Marques.

Lisboa, 20/02/2019.

.....
.....