



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Processo n.º 225/15.4YUSTR-B.L1

Acordam na 9.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa

I. Relatório

1. Nos autos que correram termos com o n.º 90/16.4YUSTR, as visadas Banco Santander Totta, S.A., Banif – Banco Internacional do Funchal, S.A., e Banco Comercial Português, S.A.¹, impugnaram judicialmente a decisão da Autoridade da Concorrência², proferida no Processo de contra-ordenação PRC/2012/9, que procedeu ao levantamento da suspensão do acesso, em *data room*, aos documentos classificados como confidenciais e não utilizados pela AdC como meio de prova, com excepção dos apreendidos ao Banco Português de Investimento³.

2. Por sentença depositada a 09-06-2017, foram julgados totalmente improcedentes tais recursos de impugnação judicial e, em consequência, absolvida a Autoridade da Concorrência «dos pedidos de anulação e revogação deliberação de 1 de Março de 2016, proferida no âmbito do processo de contra-ordenação PRC/2012/9».

3. Inconformado, interpôs o Banco Santander Totta, S.A (BST) recurso⁴, que termina com as seguintes conclusões (*transcrição*):

«A. OBJECTO DO RECURSO

1) A Autoridade da Concorrência procedeu, em 20.12.2012, à abertura do inquérito n.º PCR/2012/9 relativo a alegados indícios de infracção do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE por diversas entidades bancárias;

¹ Doravante designadas, respectivamente, como BST, BANIF e BCP.

² Doravante designada como AdC.

³ Doravante designado como BPI.

⁴ Articulado de fls. 1382-1454.

- 2) No âmbito deste processo as instalações do BST foram objecto de diligências de busca e apreensão (ilegais e desproporcionais) em 06.03.2013, que resultaram na apreensão de dezenas de milhares de documentos, na generalidade dos casos considerados confidenciais por esta instituição de crédito, por dizerem respeito a segredos de negócio;
- 3) Em 03.06.2015, a AdC notificou o BST da NI neste processo, disponibilizando aos co-Visadas uma Nota Metodológica relativa à organização e à consulta do processo;
- 4) Segundo essa Nota Metodológica, os mandatários ou assessores económicos externos dos co-Visadas tinham acesso, nas instalações da AdC, aos documentos confidenciais utilizados na imputação, mediante requerimento prévio;
- 5) Ainda segundo essa Nota Metodológica, os mandatários ou assessores económicos externos dos co-Visadas também tinham acesso, nas instalações da AdC, aos documentos considerados confidenciais, mas não utilizados como meio de prova, mediante requerimento prévio em que fosse invocado o potencial valor exculpatório (exclusão da ilicitude ou da culpa) destes documentos;
- 6) Todavia, a AdC não transmitiu, neste contexto, como poderiam as co-Visadas fundamentar os requerimentos de consulta de documentos considerados confidenciais mas não utilizados como meio de prova para efeitos exculpatórios, tendo em conta que apenas foi disponibilizado aos co-Visadas um índice em formato excel, o qual somente continha o número, nome e o "caminho" informático dos documentos, sem qualquer descrição que permitisse extrair o potencial valor exculpatório destes;
- 7) Posteriormente, o BST, instado para o efeito pela AdC, autorizou o acesso irrestrito e incondicionado à sua documentação confidencial não usada na imputação desde que a AdC assegurasse, entre outras condições, reciprocidade entre todos os co-Visadas, isto é, todos tivessem acesso — irrestrito e incondicionado — à documentação confidencial não usada na imputação uns dos outros;
- 8) Em 17.11.2015, o Conselho de Administração da AdC adoptou uma deliberação quanto a esta matéria, através da qual concedeu acesso aos documentos confidenciais não utilizados na imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, nas instalações da AdC, mediante compromisso de confidencialidade;



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

9) Esta deliberação de 17.11.2015 da AdC respeitava as condições transmitidas pelo Recorrente para autorizar o acesso à sua documentação confidencial não usada na imputação, em particular a reciprocidade entre todas as co-Visadas;

10) No entanto, esta decisão foi objeto de recurso por parte do BPI, tendo o Tribunal proferido Sentença que determinou a anulação da decisão de 17.11.2015 da AdC, na parte em que permitia às co-Visadas o acesso irrestrito e incondicionado aos documentos confidenciais (não usados na imputação) apreendidos nas instalações do BPI;

11) Esta Sentença esteve na origem da Deliberação da AdC de 01.03.2016, que decidiu estabelecer um regime especial de acesso, não recíproco, para o BPI em detrimento do Recorrente e das demais co-Visadas, tendo em conta que apenas os documentos do BPI foram extraídos do *data room* e sujeitos a um regime de consulta com base num índice desenvolvido, presentemente em preparação, continuando, todavia, o BPI a ter acesso irrestrito e incondicional aos documentos do Recorrente e das demais co-Visadas;

12) O ora Recorrente interpôs um recurso para o Tribunal *a quo* da aludida Deliberação de 01.03.2016, o qual foi julgado improcedente através da Sentença ora recorrida;

13) Por conseguinte, o ora Recorrente tem legitimidade para interpor recurso da Sentença recorrida, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 89.º da Lei da Concorrência;

B. ADITAMENTO DE UM FACTO ESSENCIAL À MATÉRIA DE FACTO DADA COMO PROVADA

14) Conforme resulta da matéria dada como provada pelo Tribunal *a quo*, em 05.08.2015, a AdC notificou o ora Recorrente (assim como as demais co-Visadas) para informar se levantava(m) a "*confidencialidade requerida no processo ou, em alternativa, permite o acesso das co-visadas aos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meios de prova, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa*" (cfr. facto n.º 18 da matéria dada como provada pelo Tribunal *a quo*);

15) À semelhança do co-Visado BCP, também o BST apenas admitiu o acesso indiscriminado aos seus documentos confidenciais não usados na imputação desde que se encontrassem verificadas três condições: (i) os documentos confidenciais não usados na imputação apenas poderiam ser utilizados para o exercício de direitos de defesa e de impugnação judicial; (ii) o acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação apenas poderia ser concedido aos mandatários dos co-Visados, não sendo permitida a sua ulterior reprodução total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim; e (iii) o acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação teria de ser concedido em condições de reciprocidade entre os co-Visados (cfr. DOC. 2);

16) Por conseguinte, deverá ser aditado — o que SE REQUER — o seguinte ponto à matéria de facto dada como provada:

___ "Em 13 de Agosto de 2015, a visada/recorrente BST comunicou à AdC não se opor ao acesso das co-visadas aos seus documentos em causa, desde que tal acesso ficasse estritamente limitado aos mandatários das co-visadas que o requeressem, sob compromisso de não divulgação da informação acedida e da sua utilização exclusivamente para efeitos do exercício dos direitos de defesa no âmbito do presente processo; e em condições de reciprocidade".

C. ACTUAÇÃO DA ADC EM MANIFESTA E INADMISSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA, EM PARTICULAR DA BOA-FÉ

17) A actuação da Administração Pública encontra-se, naturalmente, sujeita ao princípio da boa-fé, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa;

18) De facto, a actuação da Administração Pública pode ser violadora do princípio da boa-fé caso seja contrária a uma situação de confiança, digna de protecção, que tenha sido gerada pela própria Administração Pública;

19) A tutela da confiança pressupõe a verificação de diversos requisitos, mais especificamente: (i) actuação de um sujeito de direito que crie a confiança, quer na manutenção de uma situação jurídica, quer na adopção de outra conduta; (ii) uma situação de confiança justificada do destinatário da actuação de outrem; (iii) um investimento de confiança; (iv) nexos de causalidade entre a actuação geradora de confiança e a situação de confiança; e (v) a frustração da confiança;



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

20) No caso concreto, não há a menor dúvida de que se encontram verificados os pressupostos que permitem concluir que a AdC agiu em violação do princípio da boa-fé que deve presidir à actuação da Administração Pública;

21) De facto, a AdC notificou o BST para informar se prescindia, ou não, da confidencialidade dos seus documentos não usados na imputação (cfr. facto n.º 18 da matéria de facto dada como provada);

22) Ingenuamente, o BST confiou na AdC e expressou a sua vontade de prescindir da confidencialidade dos documentos confidenciais não usados na imputação desde que existisse reciprocidade entre as co-Visadas (cfr. Doc. 2 que se junta);

23) Subsequentemente, a AdC instituiu, em 17.11.2015, um regime que permitia o acesso indiscriminado de todas as co-Visadas (portanto, em condições de reciprocidade) aos documentos confidenciais não usados na imputação (cfr. facto n.º 24 da matéria de facto dada como provada);

24) Ciente de que o regime instituído pela AdC em 17.11.2015 se encontrava de acordo com as condições que impôs para o levantamento da confidencialidade dos seus documentos (em particular, reciprocidade entre as co-Visadas), o BST não interpôs — nem poderia interpor, como, aliás, reconhece o Tribunal *a quo* (cfr. página 23 da sentença recorrida) — recurso da Deliberação proferida em 17.11.2015;

25) O BST confiou que a AdC manteria um regime de acesso indiscriminado aos documentos confidenciais não usados na imputação recíproco para todas as co-Visadas. Esta foi a situação de confiança gerada pela AdC;

26) Contudo, a verdade é que, na sequência da sentença proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR (*i.e.*, a sentença proferida no âmbito do recurso do BPI), a AdC —actuando de má-fé — proferiu a Deliberação aqui em crise, através da qual destruiu a condição sobre a qual o BST permitiu o acesso indiscriminado aos documentos confidenciais não usados na imputação: a reciprocidade entre os co-Visados, criando um regime privilegiado para o BPI (cfr. facto n.º 28 da matéria de facto dada como provada);

27) E não se diga que, no âmbito da Deliberação aqui em crise, e por força da sentença proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR, a AdC nada mais poderia

ter feito a não ser expurgar os documentos da co-Visada BPI do regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação;

28) Na verdade, e como é evidente, a AdC poderia e deveria — em obediência ao fundamental princípio da boa-fé — ter alterado por completo o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação, estipulando que o regime aplicável ao BPI fosse também aplicado às demais co-Visadas;

29) Ao criar um regime de excepção para o BPI e, assim, não manter condições de reciprocidade no regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação, a AdC violou o princípio da boa-fé que deve reger a actuação da Administração Pública, o que constitui motivo de anulação da Deliberação de 01.03.2016;

D) VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, NÃO DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE DE ARMAS

30) Para além da violação do princípio da boa-fé, a Deliberação de 01.03.2016 ofende ainda — e de forma manifesta — o princípio da igualdade e da não discriminação, especialmente, da igualdade de armas, na medida em que a AdC concedeu acesso a todos as co-Visadas aos documentos confidenciais não utilizados na imputação, com excepção dos documentos apreendidos na co-Visada BPI;

31) O princípio da igualdade possui diversas dimensões. Uma dessas dimensões consiste na proibição do arbítrio, isto é, o aludido princípio torna inadmissíveis diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável;

32) Como refracção do princípio da igualdade, a Constituição da República Portuguesa impõe que todos os cidadãos têm igualmente direito a um processo equitativo, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 20.º;

33) O princípio do processo equitativo é, naturalmente, composto por vários subprincípios, entre os quais, o da igualdade de armas;

34) Naturalmente que o direito a um processo equitativo, em particular a igualdade de armas, também é aplicável aos processos contra-ordenacionais previstos na Lei da Concorrência, quer por imposição constitucional (cfr. n.º 4 do artigo 20.º e no n.º 10 do artigo 32.º, ambos da Constituição da República Portuguesa), quer por força do disposto no artigo 3.º do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP;



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

35) O princípio da igualdade de armas tem, naturalmente, duas dimensões distintas: uma dimensão vertical e uma dimensão horizontal, por forma a garantir que os sujeitos processuais que se situem, respectivamente, em planos distintos (verticalidade) —e.g. Ministério Público «vs.» arguido; AdC vs. co-visitados) ou em planos idênticos (horizontalidade) tenham as mesmas "armas processuais";

36) No caso concreto, a Deliberação da AdC de 01.03.2016 (em causa nos presentes autos) criou um regime verdadeiramente esquizofrénico no que diz respeito ao acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação;

37) Por um lado, um dos co-Visitados, o BPI, pode aceder livremente aos documentos confidenciais não usados na imputação das demais co-Visitadas, sem necessidade de apresentar qualquer pedido fundamentado de acesso;

38) No entanto, as restantes co-Visitadas apenas poderão aceder aos documentos confidenciais do BPI não usados na imputação mediante a apresentação e deferimento de um pedido fundamentado de acesso com base num índice de documentos;

39) Esta violação do princípio da igualdade de armas torna-se ainda mais gravosa e chocante quando, conforme se referiu *supra*, se tem em consideração que o BST apenas consentiu no acesso indiscriminado aos seus documentos confidenciais não usados na imputação caso existissem condições de reciprocidade;

40) Acresce que a Deliberação de 01.03.2016 também viola os princípios de igualdade, direito a um processo equitativo e igualdade de armas na parte em que apenas decidiu disponibilizar uma "*versão actualizada do Índice dos documentos*" restrita aos documentos confidenciais (mas não utilizados na imputação) do BPI;

E. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 30.º DA LEI DA CONCORRÊNCIA

41) Para além da violação do princípio da boa-fé e da igualdade de armas, a Deliberação de 01.03.2016 é também manifestamente ilegal por violação do disposto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

42) Em primeiro lugar, a Deliberação de 01.03.2016 — ao instituir o acesso incondicional e irrestrito das co-Visitadas aos documentos confidenciais não utilizados na imputação apreendidos à ora Recorrente, sem qualquer exigência quanto à

fundamentação do pedido de consulta — é ilegal por violação do n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, uma vez que desprotege, de forma excessiva e desproporcional, os segredos de negócio do Recorrente;

43) Deste modo, a Deliberação de 01.03.2016 viola o dever de a AdC acautelar o interesse legítimo da Recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio previsto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

44) Em segundo lugar, a Deliberação de 01.03.2016 é ilegal, na medida em que estipula um regime de acesso a informação confidencial, não utilizada na imputação, idêntico ao regime consagrado para a consulta de documentos inculpatórios utilizados na imputação incluída na NI, disponibilizando de forma irrestrita e incondicional ambos os conjuntos de documentos, não obstante a clara distinção em relação à relevância destes para o exercício dos direitos de defesa das co-Visadas:

45) Efectivamente, a Lei da Concorrência distingue entre documentos confidentiais utilizados pela AdC na imputação da infracção e documentos confidentiais não usados pela AdC na imputação da infracção, estipulando expressamente o acesso ao primeiro tipo de documentação no n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência;

46) Relativamente aos documentos confidentiais não usados pela AdC na imputação prevalece o princípio geral da protecção da confidencialidade previsto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, isto é, o acesso a esta documentação deve ser efectuado mediante um pedido concreto e devidamente fundamentado;

47) Em terceiro lugar, a responsabilidade de cariz fiduciário ou de custódia sobre a documentação apreendida nas instalações das co-Visadas (decorrente do n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência) impõe o ónus à AdC de elaborar uma lista suficientemente pormenorizada e detalhada dos documentos confidentiais apreendidos, de forma a permitir às partes que exerçam o direito de acesso, caso a caso, a esses documentos;

F. VIOLAÇÃO DAS LINHAS DE ORIENTAÇÃO DA AdC

48) Noutro prisma, a Deliberação de 01.03.2016 violou também as próprias Linhas de Orientação da AdC que prevêm que a autoridade deverá proceder à elaboração de uma versão mais detalhada do índice que permita às co-Visadas a consulta fundamentada dos documentos potencialmente relevantes para fins exculpatórios;



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

49) Naturalmente que as Linhas de Orientação constituem um mecanismo de autovinculação administrativa, pelo que a actuação da AdC em desconformidade com as mesmas constitui uma violação dos princípios fundamentais que regem o exercício da actividade administrativa;

G. VIOLAÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO E OUTRAS NORMAS DE PROTECÇÃO DE DADOS

50) A Deliberação de 01.03.2016 — ao estipular um regime de acesso, irrestrito e incondicionado, aos documentos confidenciais não usados na imputação — violou ainda, por um lado, o sigilo bancário previsto no n.º 1 do artigo 78.º do RGICSF e no n.º 8 do artigo 20.º da Lei da Concorrência e, por outro, as normas de protecção de dados pessoais previstas nos artigos 6.º, 8.º, 17.º da Lei 67/98, de 26 de Outubro;

51) Com efeito, ainda que a tutela do sigilo bancário e da protecção de dados pessoais não sejam valores absolutos, a ponto de interditarem os poderes sancionatórios da AdC, a necessidade de tutela reforçada da confidencialidade da relação da Recorrente com os seus clientes (protegida pelo sigilo bancário) e da reserva de intimidade dos colaboradores da Recorrente (tutelada pelas normas de protecção de dados pessoais), torna particularmente excessiva e desproporcional a disponibilização às co-Visadas desta informação em termos irrestritos e incondicionados;

H. VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DE CASO JULGADO

52) O Tribunal *a quo* já decidiu, no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR (*i.e.*, no âmbito do recurso do BPI), que correu termos no 1.º Juízo, que o acesso irrestrito e incondicionado aos documentos confidenciais não usados na imputação é ilegal;

53) Esta decisão, do Tribunal *a quo*, possui, assim, autoridade de caso julgado sobre a questão em discussão nos presentes autos;

I. OS ARGUMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

54) Não se ignora o esforço que o Tribunal *a quo* efectuou para tentar encontrar argumentos — essencialmente de cariz formal — para defender a Deliberação da AdC de 01.03.2016;

- 55) Sucede, porém, que, salvo o devido respeito, a argumentação subjacente à decisão recorrida não tem qualquer fundamento, nem de facto, nem de Direito, redundando, aliás, numa atitude complacente com uma actuação em manifesta má-fé por parte da AdC;
- 56) Em primeiro lugar, o argumento do Tribunal *a quo*, segundo o qual a Deliberação de 01.03.2016 (em causa nos presentes autos) seria inimpugnável por resultar da sentença proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR (*i.e.*, no âmbito do recurso do BPI) não tem qualquer fundamento (cfr. página 22 da sentença recorrida);
- 57) Não se ignora que a decisão judicial proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR esteve na origem do regime verdadeiramente esquizofrénico instituído pela Deliberação de 01.03.2016 (cfr. factos n.os 27 e 28 da matéria de facto dada como provada);
- 58) Todavia, e ao contrário do que sustenta o Tribunal *a quo*, a AdC deveria, em obediência ao princípio do processo equitativo e da igualdade de armas, ter criado um regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação que garantisse condições de igualdade entre todas as co-Visadas;
- 59) A obrigatoriedade da criação de condições de igualdade era tão mais premente considerando que o BST que tinha expressamente referido que apenas prescindia da confidencialidade dos seus documentos não usados na imputação caso existisse condições de reciprocidade;
- 60) Se a AdC tivesse — na Deliberação de 01.03.2016 — aplicado a sentença proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR a todas as co-Visadas teria, por um lado, dado integral cumprimento à sentença (na medida em que não haveria acesso indiscriminado aos documentos confidenciais do BPI não usados na imputação) e, por outro, observado o princípio do processo equitativo e da igualdade de armas;
- 61) De resto, e como é evidente, nada obstava a que a AdC, na sequência da sentença proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR (*i.e.*, no âmbito do recurso do BPI), revogasse integralmente a Deliberação de 17.11.2015, nos termos do disposto no artigo 165.º do Código de Procedimento Administrativo;
- 62) Por conseguinte, a Deliberação de 01.03.2016 (em causa nos presentes autos) é susceptível de ser impugnada pelo BST através do presente recurso;



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

- 63) Em segundo lugar**, o segundo e terceiro argumentos do Tribunal *a quo* — alegada conformação do ora Recorrente com a Deliberação de 17.11.2015 — não têm, salvo o devido respeito, qualquer fundamento;
- 64)** O recurso interposto pelo BST incide sobre a Deliberação de 01.03.2016 (e não sobre a Deliberação de 17.11.2015), designadamente sobre o facto de a mesma não estabelecer condições de reciprocidade entre as co-Visadas no acesso à documentação confidencial não usada na imputação;
- 65)** O BST não aceitou sem reserva o acesso indiscriminado aos seus documentos confidenciais não usados na imputação, tendo antes exigido a existência de reciprocidade entre as co-Visadas;
- 66)** Ao contrário do que o Tribunal *a quo* parece sustentar, o recurso interposto pelo BST incide sobre a Deliberação da AdC de 01.03.2016 (e não sobre a Deliberação de 17.11.2015);
- 67)** De facto (e o próprio Tribunal *a quo* reconhece), o BST não teria legitimidade recursória para reagir contra a Deliberação de 17.11.2015 pela simples razão de que a mesma respeitava a condição de reciprocidade entre as co-Visadas exigida pelo próprio BST para conceder acesso indiscriminado aos documentos confidenciais não usados na imputação;
- 68)** Todavia, a Deliberação da AdC de 01.03.2016 modificou a Deliberação de 17.11.2015, revogando, precisamente, a condição de reciprocidade exigida pelo BST para conceder acesso indiscriminado aos seus documentos confidenciais não usados na imputação;
- 69)** Acresce que, ao contrário do que sustenta o Tribunal *a quo*, o BST não aceitou sem reservas o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação instituído pela Deliberação da AdC de 17.11.2015;
- 70)** De facto, o BST apenas admitiu derrogar o regime legal de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação — acesso restrito e baseado na apreciação de pedidos fundamentados de acesso — caso houvesse reciprocidade;
- 71)** A partir do momento em que a AdC revogou, através da Deliberação ora impugnada (01.03.2016), a condição de reciprocidade no regime de acesso

indiscriminado aos documentos confidenciais não usados na imputação, a reserva que o BST sempre deixou clara entrou em plena actividade e, conseqüentemente, passou a ter legitimidade para colocar em causa o aludido regime;

72) Aliás, a reserva que o BST colocou quanto ao regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação — reciprocidade entre os co-Visados — pode ser enquadrada, com as devidas adaptações, no regime previsto no artigo 56.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos;

73) Em face do *supra* exposto, é inegável que o BST não aceitou — de forma incondicional — o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação, razão pela qual, a partir do momento em que deixou de existir reciprocidade entre as co-Visadas (através da Deliberação de 01.03.2016), o BST passou a ter legitimidade para impugnar o aludido regime de acesso tal como vertido na Deliberação de 01.03.2016;

74) Em terceiro lugar, um dos outros argumentos esgrimidos pelo Tribunal *a quo* é o de que já teria ocorrido uma espécie de caso julgado formal relativamente à Deliberação de 17.11.2015;

75) Sucede, porém, que este argumento não tem, salvo o devido respeito, qualquer fundamento;

76) De facto, o presente recurso incide sobre a Deliberação da AdC de 01.03.2016 (e não sobre a Deliberação de 17.11.2015). Ora, como o próprio Tribunal *a quo* reconhece, a Deliberação de 01.03.2016 ainda não transitou em julgado, nem formal, nem materialmente;

77) Acresce que a Deliberação da AdC de 01.03.2016 instituiu um regime discriminatório entre as co-Visadas, criando um regime excepcional para o BPI de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação;

78) O BST apenas concedeu prescindir da confidencialidade dos seus documentos confidenciais não usados na imputação caso a AdC caso existisse condições de reciprocidade entre as co-Visadas;

79) Deste modo, assim que deixou de existir reciprocidade entre as co-Visadas, o BST passou a ter legitimidade para colocar em causa o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação pela AdC;



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

80) Em Quarto lugar, o Tribunal *a quo* sustenta que o "princípio da reciprocidade não relevou, sequer instrumentalmente, como critério jurídico na deliberação de 17 de Novembro de 2015", pelo que o argumento da violação da reciprocidade não feriria a deliberação de vício ou ineficácia (cfr. página 27 da sentença recorrida);

81) Salvo o devido respeito, nem sequer se compreende o argumento aduzido pelo Tribunal *a quo*;

82) Antes de mais, o objecto do presente recurso consiste na Deliberação de 01.03.2016 e não na Deliberação de 17.11.2015;

83) Acresce que é absolutamente claro que a Deliberação de 17.11.2015 respeitava, logicamente, condições de reciprocidade entre as co-Visadas no acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação;

84) Foi, justamente, por estabelecer condições de reciprocidade — como, de resto, impunha o princípio de igualdade — que o BST não tinha legitimidade para recorrer da Deliberação de 17.11.2015;

85) Todavia, a partir do momento em que deixou de existir reciprocidade (com a Deliberação de 01.03.2016), o BST passou a ter legitimidade para colocar em causa o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação;

86) Em suma, a Deliberação de 01.03.2016 instituiu um regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação que não respeita o princípio da reciprocidade, razão pela o BST tem legitimidade para recorrer;

87) Em quinto lugar, o Tribunal *a quo* sustenta que a Deliberação de 01.03.2016 não seria "*susceptível de, em abstracto, gerar um conflito de interesses processuais ínsito ou a subsumir ao princípio da igualdade de armas, desde logo porque do mesmo não resultará, ipso facto, qualquer comprometimento dos direitos de defesa das visadas/recorrentes perante a imputação sancionatória da AdC*" (cfr. página 29 da sentença recorrida);

88) Sucede, porém, que, salvo o devido respeito, o argumento expandido pelo Tribunal *a quo* não tem qualquer fundamento;

- 89) De facto, é absolutamente inegável que o princípio da igualdade de armas também vigora, como é evidente, nas relações horizontais, isto é, entre as co-Visadas;
- 90) Deste modo, o facto de ter sido criado (através da Deliberação de 01.03.2016) um regime excepcional para o BPI no acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação em detrimento das restantes co-Visadas é violador do princípio da igualdade de armas;
- 91) Acresce que, e ao contrário do que sustenta o Tribunal *a quo*, não é verdade que o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação seja insusceptível de, *ipso facto*, comprometer os direitos de defesa das visadas/recorrentes perante a imputação sancionatória da AdC;
- 92) De facto, o acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação é fundamental para se localizar eventuais elementos exculpatórios;
- 93) Assim sendo, o facto de o BPI ter a faculdade processual de aceder indiscriminadamente aos documentos confidenciais das outras co-Visadas não usados na imputação confere-lhe uma vantagem competitiva inegável na localização e detecção de eventuais elementos exculpatórios, o que é ofensivo do princípio da igualdade de armas;
- 94) Em suma, é evidente que a Deliberação de 01.03.2016 viola manifestamente o princípio da igualdade de armas entre as co-Visadas;
- 95) Em sexto lugar, o Tribunal *a quo* sufraga ainda que os "*critérios de decisão vertidos e tratados na sentença do processo n.º 1/16.7YUSTR*" não seriam aplicáveis à impugnação da Deliberação de 01.03.2016;
- 96) Sucede, porém, que, uma vez mais, o argumento do Tribunal *a quo* não tem qualquer fundamento;
- 97) Com efeito, e conforme se referiu supra, o BST jamais aceitou sem reserva o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação instituído pela Deliberação de 17.11.2015, tendo exigido sempre a existência de reciprocidade entre as co-Visadas;
- 98) A partir do momento em que deixou de se encontrar verificada a condição de reciprocidade, o BST passou a ter legitimidade para colocar em causa o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação;



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

99) Por conseguinte, e dado que a condição de reciprocidade foi revogada pela Deliberação de 01.03.2016, é evidente que os argumentos da sentença do processo n.º 1/16.7YUSTR (*i.e.*, a sentença proferida no âmbito do recurso do BPI) — que levaram à conclusão de que o regime de acesso aos documentos confidenciais não usados na imputação seria ilegal — também são aplicáveis, *mutatis mutandis*, à Deliberação de 01.03.2016.

À luz do *supra* exposto, deve o presente recurso ser admitido e, em consequência, ser anulada a Sentença recorrida e anulada a Deliberação de 01.03.2016, devendo ser ordenado que o acesso aos documentos confidenciais do BST não usados na imputação também se efectue (à semelhança dos documentos do BPI) através de um índice desenvolvido que permita uma metodologia de consulta para todas as co-Visadas com base em pedidos concretos, específico e fundamentados de acesso (e não um acesso indiscriminado e irrestrito sem condições de reciprocidade entre todas as co-Visadas).»

4. Também o Banco Comercial Português, S.A. (BCP) interpôs recurso⁵ da sentença, concluindo nos seguintes termos (*transcrição*):

«1. Vem o BCP recorrer da decisão do TCRS de 09.06.2017, que julgou improcedente o recurso de impugnação da deliberação da AdC, de 01.03.2016, que procede, *inter alia*, ao levantamento da suspensão do acesso aos documentos em *data room*, expurgados dos documentos apreendidos na visada BPI identificados como confidenciais e não utilizados pela AdC para imputar a infração.

2. O Tribunal *a quo* entendeu que a Deliberação da AdC de 01.03.2016 deu cumprimento integral à sentença do mesmo Tribunal, de 07.02.2016, proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR, a qual estava delimitada aos documentos apreendidos ao BPI, não podendo a AdC ter adotado deliberação com conteúdo diferente.

3. Entendeu igualmente o Tribunal recorrido que as Recorrentes, de entre as quais, o BCP, questionaram a legalidade do regime de acesso aos documentos em *data room*, impugnando a Deliberação de 01.03.2016, sendo que este regime havia sido

⁵ Articulado de fls. 1481-1587.

consagrado na anterior Deliberação da AdC de 07.02.2016, com a qual aquelas se conformaram.

4. Ao manter a Deliberação da AdC de 01.03.2016, o Tribunal *a quo*, admite, por essa via, a preservação de um regime de acesso a documentos classificados como confidenciais pelas visadas mas não utilizados pela AdC para imputação da infração no processo contraordenacional PRC 2012/9, que foi declarado ilegal pelo mesmíssimo Tribunal *a quo*.

5. Ao fazê-lo, o tribunal *a quo*, na Sentença recorrida, ignora a sua própria jurisprudência (sentenças proferidas no âmbito dos processos n.º 225/15.4YUSTR e n.º 1/16.7YUSTR), e legitima a AdC a persistir no incumprimento do dever de proteger os segredos de negócio das visadas que constam de documentos apreendidos pela AdC nas instalações destas, consagrando uma chocante situação de desigualdade processual entre as visadas.

6. Por força do artigo 30.º n.º1 da LdC, a AdC está obrigada a proteger os segredos de negócio das visadas no processo.

7. O artigo 33.º, n.º 4 da LdC estipula que o acesso aos documentos confidenciais utilizados como meios de prova para a demonstração da infração é concedido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa.

8. Não existindo na LdC norma expressa referente ao acesso aos documentos não utilizados para imputar a infração, ainda que exculpatórios, o TCRS, na sua Sentença de 07.02.2016 proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR, concluiu que um regime de acesso que trate da mesma forma o acesso a documentos confidenciais utilizados como meios de prova para a demonstração da infração e o acesso a documentos confidenciais não utilizados como meio de prova, é ilegal por violação do dever de proteção dos segredos de negócio, previsto no art. 30.º, n.º 1 da LdC.

9. Ainda de acordo com a jurisprudência do TCRS, é responsabilidade da AdC *“proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada nos anexos juntos com as notas de ilicitude”*, responsabilidade que *“configura um dever processual acessório do dever do art. 30.º n.º 1 do NRJC e que realiza, em primazia da sua materialidade subjacente, o interesse ilegítimo das empresas na proteção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas”*.



2.

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa
Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

10. Esta obrigação é, aliás, reconhecida pela própria AdC nas suas Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos (§187).

11. Não obstante, a Deliberação da AdC de 01.03.2016 confirmou a instituição de um regime de acesso irrestrito, sem qualquer necessidade de justificação, aos documentos das visadas classificados como confidenciais não utilizados como meio de prova, com exceção dos documentos da visada BPI.

12. Este regime, para além de inequivocamente violador da lei e da jurisprudência do TCRS, viola também o princípio da igualdade entre visadas.

13. Assim, ao não anular a Deliberação da AdC de 01.03.2016, a Sentença recorrida, ao admitir, sem qualquer fundamento válido, a consolidação de uma situação de reconhecida ilegalidade, deve ser revogada.

14. O TCRS refere que a Deliberação da AdC de 01.03.2016 "veio dar integral cumprimento à sentença proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR que determinou a anulação da decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 17 de novembro de 2015, pelo que o espaço de conformação administrativa do regime de acesso a documentos classificados como confidenciais foi, como se afigura óbvio, absolutamente nulo, limitando-se a AdC a conferir exequibilidade à determinação judicial" (sublinhados nossos).

15. Na referida Sentença, o TCRS concluiu que o regime de acesso definido pela AdC na deliberação de 17.11.2015 aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela Autoridade para imputar a infração, ainda que exculpatórios, era ilegal.

16. De acordo com o Tribunal, tal ilegalidade fundamenta-se na violação do dever de acautelar o interesse da, então única, recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio previsto no art. 30.º, n.º 1 da LdC.

17. De forma a dar cumprimento a tal sentença, a AdC, por via da Deliberação de 01.03.2016, decidiu, nomeadamente, *"levantar, a partir da presente data, a suspensão do acesso aos documentos, em data room, expurgados dos documentos apreendidos na visada BPI, identificados como confidenciais e não utilizados pela AdC para imputar a infração"*.

18. É claro que o Tribunal recorrido carece totalmente de razão ao afirmar que a AdC não podia ter adotado deliberação com conteúdo diferente.
19. Com efeito, a AdC podia ter dado cumprimento integral à sentença proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR mas, ainda assim, acautelar os efeitos da sentença no processo quanto às demais visadas e preservar a igualdade processual das mesmas, o que não aconteceu.
20. Se, por um lado, não é contestável que “cabia à AdC integral respeito pela pronúncia do Tribunal”, estando, por isso, esta autoridade obrigada a incorporar o conteúdo da sentença proferida pelo TCRS no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR, o BCP não pode, por outro, aceitar que a AdC estivesse meramente limitada a “espelhar” sem mais a Sentença, não podendo ir mais além, desde que, obviamente, respeitasse o seu sentido decisório.
21. Por outro lado, é isso que resulta dos poderes que a lei atribui à AdC (expressamente reconhecidos pelo TCRS), enquanto responsável por gerir o processo, decorrente da responsabilidade processual de cariz fiduciário ou de custódia pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos e imputável à AdC – tendo sido precisamente por ter competência para alterar o regime de acesso aos documentos, que o fez, por diversas vezes ao longo do processo, não carecendo de autorização judicial para tal.
22. Nem pode a AdC socorrer-se da tese segundo a qual estaria absolutamente vinculada à letra da Sentença, até porque anteriormente já tinha adotado uma deliberação em termos que superavam o que havia sido decidido pelo TCRS.
23. Com efeito, tal já foi feito na sequência da sentença proferida no processo n.º 225/14.1YUSTR (no âmbito do recurso interposto pelas visadas Banco Espírito Santo, Deutsche Bank e Caixa Central de Crédito Agrícola), nos termos da qual a AdC veio modificar o regime de acesso a documentos, instituindo um *data room*”, não se limitando, por isso, a dar cumprimento à Sentença – a qual não impunha a criação de um *data room*.
24. Por outro lado, por decorrência do dever de gestão processual, a AdC podia ter adotado deliberação com conteúdo diferente.
25. De acordo com este dever, aplicável, subsidiariamente, aos processos-crime, aos processos contraordenacionais em geral e, em concreto, aos processos de



le:

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

contraordenação por práticas restritivas da concorrência (por remissão do art.º 83.º da LdC), os titulares dos processos poderem, por sua iniciativa, adotar determinadas decisões que visem salvaguardar os valores que os respetivos processos devem prosseguir, acima de eventuais interesses das partes em litígio.

26. O dever de gestão processual visa, portanto, viabilizar e conferir conteúdo útil ao princípio do primado da substância sobre a forma, garantindo um modelo de gestão processual simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e floreios adjetivos e centrado decisivamente na análise e resolução das questões essenciais.

27. Neste sentido, apenas uma deliberação que acautelasse o direito à proteção dos segredos de negócio de todas as visadas lograria evitar novas obstruções (ainda que perfeitamente legítimas) ao andamento do processo, garantiria a justa composição de todos os interesses em jogo e o respeito da igualdade processual entre as visadas.

28. O próprio Tribunal recorrido reconhece – em clara contradição com a sentença - que a AdC, *“por obediência a princípio de precaução e cautela”*, poderia ter revisto *“os seus procedimentos de modo a evitar litigância interlocutória em processos sancionatórios”*.

29. Por outro lado, é evidente que, ao contrário do que é sustentado na decisão recorrida, a deliberação da AdC de 01.03.2016 não se limitou a *“conferir exequibilidade à determinação judicial”* proferida no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR, porquanto a alteração da deliberação proferida em 17.11.2015, que a referida Sentença impôs, teve um impacto claro e evidente na posição processual das demais visadas.

30. É indiscutível que a Deliberação da AdC de 01.03.2016 foi adotada para dar cumprimento à sentença do TCRS de 07.02.2016 e alterar a deliberação anterior *“na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à ora Recorrente”*, i.e. à visada BPI.

31. No entanto, é igualmente inegável que a Deliberação de março de 2016 acabou por alterar também a Deliberação de 17.11.2015 na parte em que conferia um acesso irrestrito e incondicional - logo em condições de reciprocidade - aos documentos

classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova, que a AdC conferiu às demais Visadas.

32. Assim, se a Deliberação de 01.03.2016 tem a virtualidade de afetar a posição das co-visadas, nomeadamente, da visada BCP, que apenas autorizou o acesso aos seus documentos em condições de reciprocidade, condição que a Deliberação de 01.03.2016 afastou, então não pode concluir-se que a AdC não poderia ter decidido de outra forma.

33. Não merece assim qualquer colhimento o argumento do Tribunal recorrido segundo o qual não podia ser reconhecida à AdC *“qualquer outro espaço de atuação diferente do conteúdo da deliberação impugnada”*.

34. Adicionalmente, o Tribunal *a quo* sustenta, em segundo lugar, que as recorrentes *“havendo-se conformado com o regime de acesso a documentos confidenciais não utilizados na NI definido na deliberação de 17 de novembro de 2015, em função do resultado judicial do processo n.º 1/16.7YUSTR”* pretendem *“invocar lesão dos seus interesses processuais consumada por aquela primeira deliberação suscitada pela execução da sentença daquele processo judicial”*.

35. Embora a tal faça referência, o Tribunal *a quo* não lida seriamente com a questão essencial da razão de ser da conformação do BCP com a Deliberação de 17.11.2015 – motivo pelo qual não se opôs a ela.

36. Esta razão é precisamente a de a Deliberação respeitar as condições de acesso em relação às quais o BCP e demais visadas (como a visada Santander) fizeram depender a não oposição ao acesso aos seus documentos confidenciais: a reciprocidade.

37. É de ter em conta que, pelo ofício de 05.08.2015, a AdC notificou as visadas que classificaram documentos como confidenciais e não utilizados para imputar a infração para informarem se levantavam a confidencialidade requerida no processo ou, em alternativa, se permitiam o acesso das co-visadas aos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova – ofício que mereceu uma resposta de não oposição do BCP a 13.08.2015.

38. Tal autorização ficou, no entanto, sujeita a três condições cumulativas, de entre as quais se destacava a condição da reciprocidade, *i.e.*, o BCP exigiu que *“as co-visadas que requereram o acesso a documentos confidenciais do BCP permitam o*



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa
Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

acesso aos seus próprios documentos confidenciais em condições pelo menos idênticas às estabelecidas pelo BCP (sublinhado nosso).

39. Ao não se opor ao levantamento da confidencialidade dos seus documentos não utilizados como prova, a Recorrente não renunciou em momento algum ao direito a que fossem protegidos pela AdC os seus segredos de negócio.

40. Tal autorização de acesso aos mandatários das restantes visadas ficou dependente da verificação de um conjunto de condições cumulativas, de onde se destaca a reciprocidade ou igualdade das condições de acesso por parte de todas as visadas, condição esta expressamente reconhecida pela AdC no parágrafo 15 da sua deliberação de 17.11.2015, onde se lê que o BCP e outras visadas *“aditem o acesso a tais documentos (apenas aos mandatários das co-Visadas e sob o compromisso de não divulgação de segredos de negócio), exigem reciprocidade como condição de acesso ao seu universo de documentos”* (sublinhado nosso).

41. Conforme resulta do ponto 19 da matéria de facto dada como provada, também o Tribunal *a quo* não desconhecia que a reciprocidade foi dada como condição essencial para o BCP autorizar o acesso aos seus documentos confidenciais.

42. Ora, o regime de acesso, instituído pela AdC na Deliberação de 17.11.2015 determinou que os documentos considerados confidenciais pelas visadas, mas não utilizados como meios de prova, fossem disponibilizados para consulta, nas instalações da AdC em *data room*.

43. Com efeito, tal deliberação respeitou integralmente as condições às quais o BCP sujeitou a sua não oposição ao acesso, por parte das co-visadas, aos seus documentos confidenciais não utilizados como meios de prova, em particular a exigência de reciprocidade.

44. Por esse motivo, não procede o argumento da sentença recorrida segundo o qual a argumentação baseada no princípio da reciprocidade é inconsequente porquanto tal *“reciprocidade nunca foi fundamento, pressuposto ou requisito do acesso determinado pela deliberação de 17 de novembro de 2015”*.

45. Ainda que a Deliberação de 17.11.2015 não consagre expressamente a condição da reciprocidade (ainda que a refira no seu parágrafo 15), esta condição decorria dos termos do regime de acesso em *data room* instituído.

46. Tendo todas as co-visadas acesso irrestrito a todos os documentos de todas as co-visadas classificados como confidenciais não utilizados para imputar a infração, a reciprocidade de acesso – exigida pela Recorrente para prescindir da confidencialidade dos seus documentos apreendidos pela AdC - estava respeitada.

47. Foi, por esse motivo, e como foi reconhecido na Sentença sob escrutínio, que o BCP tomou “*como legal, válida e regular a deliberação de 17 de novembro de 2015*”, não tendo fundamentos para interpor recurso de impugnação contra esta deliberação.

48. Tal é, aliás, expressamente reconhecido pelo TCRS na sentença recorrida.

49. Com efeito, o Tribunal *a quo* afirma que as recorrentes, incluindo o BCP, “*não recorreram porque não tinham objeção relevante ou interesse recursivo da deliberação de 17 de novembro de 2015*”, e, por isso, “*a defesa das visadas/recorrentes quanto à questão da legitimidade recursória sobre a deliberação de 17 de novembro de 2015 merece acolhimento e proveito racional, visto que esta deliberação, em acordo com a posição de cada uma das visadas firmada na fase precedente, foi ao encontro da sua não oposição ao regime de acesso ali determinado*” (sublinhados nossos).

50. Não se compreende portanto como pode o Tribunal recorrido dar razão às Recorrentes na parte em que sustentam que não recorreram da Deliberação da AdC de 17.11.2015 porque não tinham legitimidade para recorrer, uma vez que a deliberação foi ao encontro da sua não oposição ao regime de acesso ali determinado, e ao mesmo tempo vir entender que o que as Recorrentes pretenderam, no fundo, é impugnar os efeitos dessa mesma Deliberação...

51. Por outro lado, resulta evidente que, se a Recorrente não tinha legitimidade para se opor à Deliberação de 17.11.2015, tinha, no entanto, motivos para recorrer da *Deliberação* de 01.03.2016, que modificou o regime de acesso instituído pela AdC em 17.11.2015, ao decidir levantar a suspensão do acesso aos documentos, em *data room*, expurgados dos documentos confidenciais do BPI não utilizados como meio de prova.



—

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

52. Com a Deliberação de 01.03.2016, a AdC revoga a condição de reciprocidade imposta pelo BCP para que autorizasse o acesso aos seus documentos confidenciais, passando o acesso aos documentos confidenciais do BCP a realizar-se com a oposição deste.

53. Não merecendo também acolhimento a Sentença recorrida quando conclui que “a impugnação se dirige contra a manutenção dos efeitos da deliberação de 17 de novembro de 2015 quanto aos documentos confidenciais das visadas/recorrentes quanto tais efeitos nunca foram impugnados”.

54. Noutra linha argumentativa, o Tribunal recorrido entende, ainda, que a Deliberação de 01.03.2016 “*não incide sobre a definição do regime de acesso a documentos confidenciais das visadas/recorrentes, não utilizados na NI*”.

55. Ora, é manifesto que a Sentença recorrida parte de um pressuposto errado ao entender que as Deliberações da AdC de 17.11.2015 e de 01.03.2016 são diferentes.

56. Com efeito, ainda que o regime de acesso aos documentos confidenciais não utilizados para imputação da infração em *data room* tenha sido, inicialmente, instituído pela Deliberação de 17.11.2015, é evidente que as condições em que este acesso decorre foram, posteriormente, alteradas pela Deliberação de 01.03.2016, que determinou o levantamento da suspensão do acesso aos documentos em *data room*, expurgados dos documentos apreendidos na visada BPI identificados como confidenciais e não utilizados pela AdC para imputar a infração: “a consulta dos documentos apreendidos nas demais Visadas, considerados como confidenciais, mas não utilizados para efeitos da demonstração da infração, está em condições de prosseguir, na presente data, no regime de data room definido na Deliberação de 17 de novembro de 2015, expurgado dos documentos do BPI identificados por esta como confidenciais e não utilizados pela AdC para imputar a infração” (sublinhado nosso).

57. O regime de acesso aos documentos em *data room* resulta, portanto, da leitura conjugada de ambas as deliberações e não apenas da Deliberação de 17.11.2015.

58. Mais uma vez, fica por perceber como é que o Tribunal *a quo* distingue entre as duas deliberações da AdC como se cada uma dissesse respeito a regimes diferentes e

não ao mesmo regime de acesso a documentos confidenciais não utilizados para imputação da infração no âmbito do processo contraordenacional PRC 2012/9...

59. Do que aqui vai dito, resulta claro que o Tribunal *a quo*, ao não anular a Deliberação da AdC de 01.03.2016, manteve um regime de acesso que é ilegal.

60. Com efeito, a Deliberação de 01.03.2016 vem retomar o regime de acesso aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela AdC para imputar a infração instituído pela AdC, regime que que havia sido definido pela AdC na Deliberação de 11.17.2015.

61. Acontece que - como o Tribunal recorrido não pode desconhecer -, por Sentença do TCRS proferida no âmbito do recurso BPI, tal regime de acesso foi declarado ilegal pelo próprio TCRS e, posteriormente, pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

62. Entendeu o TCRS que tal regime de acesso, ainda que exculpatórios, é **ilegal por violação do dever de acautelar o interesse das visadas na não divulgação dos seus segredos de negócio previsto no artigo 30.º, n.º 1 da LdC**.

63. Por sua vez, por acórdão de 09.12.2016, o Tribunal da Relação de Lisboa manteve a Sentença BPI, tendo reforçado que *"na realidade o que sucedeu foi que a Recorrente, ao invés de corrigir as insuficiências detectadas nos sumários dos documentos confidenciais referidos na NI, se escudou numa directriz que criou – a Deliberação 17.11.2015 – por força da qual o interesse da celeridade e publicidade do processo determinou o incumprimento do dever que lhe é acometido, de garante do segredo de negócio, nos termos do artigo 30.º n.º 1 da LdC"* (sublinhado nosso).

64. Uma vez que o escopo do processo n.º 1/16.7YUSTR era unicamente o acesso aos documentos da Recorrente BPI, naturalmente que a procedência do recurso por este interposto determinou a anulação da Deliberação da AdC de 17.11.2015, unicamente na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos ao BPI.

65. Ainda assim, não colhe o argumento do Tribunal *a quo* segundo o qual a Sentença BPI (e a declaração de ilegalidade do regime de acesso) estava *"absolutamente delimitada aos documentos apreendidos à Visada BPI"*.

66. Com efeito, a motivação da referida Sentença é inequívoca quanto à ilegalidade do sistema de acesso a documentos confidenciais criado pela AdC na Deliberação de 17.11.2015, que, natural e indiscutivelmente, se aplica nos mesmos termos às



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa
Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

restantes visadas, designadamente, à ora Recorrente BCP, cujos documentos apreendidos pela AdC nas diligências de busca e apreensão do dia 06.03.2013 e não utilizados para imputação da infração também contém segredos de negócio e, por isso, foram considerados confidenciais.

67. Neste sentido, atenta a argumentação utilizada pelo TCRS, não se vislumbra, ao contrário do que o Tribunal recorrido afirma, qualquer razão que obstasse a que a AdC adotasse uma deliberação mais abrangente, alterando o regime de acesso aos documentos confidenciais das demais visadas, o qual padecia, pelas mesmas razões e com os mesmos fundamentos, de ilegalidade.

68. Pelo contrário, o princípio da legalidade (art. 43.º do RGCO e art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa), a que esta Autoridade deve estrita obediência, impedia-a, terminantemente, de adotar uma deliberação ilegal.

69. Deve, portanto, concluir-se que, em linha com a sentença do TCRS de 07.02.2016, **competia à AdC adotar uma nova deliberação que fixasse um regime de acesso aos documentos confidenciais e não utilizados como meio de prova, igual para todas as visadas, que preservasse os segredos de negócio de todas as visadas e não apenas da visada BPI.**

70. Aliás, o próprio Tribunal recorrido parece dar razão à ora Recorrente, quando refere que "claro que não negamos nem obscurecemos (...) que o entendimento do Tribunal poderia, em tese, ser exportado para as demais visadas e que encerra, expressamente, um entendimento frontalmente crítico para com a atuação da AdC na concretização do regime previsto nos artigos 30.º, 31.º e 33.º do NRJC" (sublinhado nosso).

71. Adicionalmente, entende a Sentença recorrida que *"o princípio da igualdade de armas não integrou a ratio das deliberações de 17.11.2015 e de 01.03.2016, sendo, portanto, irrelevante para a apreciação da legalidade, validade e regularidade da deliberação impugnada nestes autos"*.

72. Propondo o Tribunal *a quo* uma fundamentação surpreendente que não tem, porém, suficiente consistência e que, ademais, contrairia, frontalmente, determinadas partes da sentença, por via das quais o tribunal defende,

despudoradamente, que *"exist[e] um óbvio tratamento diferenciado no acesso a documentos confidenciais, não utilizados na NI, entre as visadas/recorrentes, por um lado, e a visada BPI, por outro"*.

73. É que é incontestável – e o Tribunal recorrido não logrou negar – que a AdC concede um tratamento diferenciado no acesso a documentos confidenciais, não utilizados na NI.

74. Com efeito, com a Deliberação de 01.03.2016, a AdC instituiu um **sistema desigual** de acesso aos documentos apreendidos nas visadas, considerados como confidenciais, mas não utilizados para efeitos da demonstração da infração, **nos termos do qual existem regras diferentes para a visada BPI, por um lado, e para as demais visadas, nomeadamente o BCP, por outro lado.**

75. A visada BPI beneficia de acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos na visada BCP e demais visadas, considerados como confidenciais, mas não utilizados para efeitos da demonstração da infração. Estes documentos podem ser consultados, na sua integralidade, em *data room*, nos termos definidos na Deliberação da AdC de 17.11.2015 (não obstante, como acima se expôs, o TCRS ter considerado ilegais estes termos).

76. Inversamente, a Recorrente e demais visadas apenas poderão aceder aos documentos do BPI classificados como confidenciais mas não utilizados como prova da infração, na sequência da consulta de versão atualizada do Índice dos documentos, na parte respeitante ao BPI (vulgo sumários), após fundamentar o seu pedido de levantamento de confidencialidade, e de a AdC, após apreciar tal fundamentação e de consultar a visada BPI, tomar uma decisão a este respeito.

77. Assim, resulta de forma manifesta que, na sequência da Deliberação de 01.03.2015, o acesso por parte da Recorrente (ou das demais visadas), aos documentos considerados confidenciais do BPI mas não utilizados para a demonstração da infração é substancialmente mais oneroso do que o acesso por parte do BPI aos documentos considerados confidenciais pela Recorrente mas não utilizados para a demonstração da infração, tendo-se pois criado uma situação de profunda desigualdade processual.

78. Tal solução configura, assim, uma violação clara do princípio da igualdade, nos termos do artigo 13.º da CRP, assim como do princípio da igualdade de armas (ou



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa
Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

direito à igualdade de posições no processo), consagrado no n.º 4 do artigo 20.º da CRP, que proíbe todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias ao longo do processo, e visa, não só assegurar a igualdade de "armas" dos arguidos em relação aos demais intervenientes no processo, designadamente ao Ministério Público ou às Autoridades Administrativas com competências sancionatórias, mas também em relação aos co-arguidos.

79. A referida deliberação da AdC, ao propor um tratamento diferente para uma das visadas, na medida em que lhe atribui direitos que nega às demais, sem qualquer razão legítima para tal, viola, de forma crassa, o princípio da igualdade processual.

80. O Tribunal recorrido começa por referir que o facto de a generalidade das visadas ter um acesso mais difícil do que a visada BPI, e não garantido, a determinados documentos confidenciais mas não utilizados na NI não contende com o princípio da igualdade porquanto *"do mesmo não resultará, ipso facto, qualquer comprometimento dos direitos de defesa das visadas/recorrentes perante a imputação sancionatória da AdC"*, já que, como acrescenta *"os documentos utilizados na NI são acessíveis da mesma forma por todas as visadas"*.

81. Resulta medianamente evidente, apesar dos constrangimentos da redação da sentença já assinalados, que o Tribunal *a quo* incorre num erro de base, ao considerar que apenas eventuais limitações impostas no acesso aos documentos juntos com a NI, para sustentar a imputação das alegadas infrações, poderiam comprometer os direitos de defesa das visadas, o mesmo não sucedendo relativamente a quaisquer limitações que possam ser impostas no acesso aos demais documentos apreendidos nas co-visadas não utilizados na NI.

82. A verdade é que, por um lado, se os documentos foram apreendidos, é porque a AdC entendeu serem relevantes para o objeto do processo, por outro lado, se não foram utilizados como prova da infração imputada, poderão, porventura, possuir algum valor exculpatório (exclusão da ilicitude ou da culpa).

83. Ora, resultando da Deliberação de 01.03.2016 que a visada BPI, ao contrário de todas as demais visadas que terão que fundamentar os seus pedidos de acesso aos documentos confidenciais do BPI, beneficia de acesso incondicional e irrestrito aos

documentos apreendidos na visada BCP, é indiscutível que também resulta, para aquela visada, numa importante vantagem na identificação e utilização de potenciais documentos com carácter exculpatório.

84. Assim se conclui, contrariamente ao Tribunal *a quo*, que o acesso aos referidos documentos tem, efetivamente, implicações ao nível dos direitos de defesa das visadas.

85. O Tribunal recorrido menciona, ainda, subsidiariamente, que *“o princípio da igualdade de armas não integrou a ratio das deliberações de 17.11.2015 e de 01.03.2016, sendo, por isso, irrelevante para a apreciação da legalidade, validade e regularidade da deliberação impugnada”*.

86. Atendendo a que a igualdade de armas só foi posta em crise pela deliberação de 01.03.2016, que foi impugnada pela Recorrente, precisamente, com fundamento na violação do princípio da igualdade e da igualdade de armas, não se compreende por que razão entenderá o Tribunal recorrido que o controlo judicial desta deliberação estava dependente da circunstância de a própria deliberação abordar expressamente a questão da violação dos referidos princípios legais.

87. Refere igualmente o Tribunal recorrido que a igualdade de armas foi posta em crise logo com a interposição do recurso pelo BPI. Também este argumento não merece colhimento, na medida em que a violação do referido princípio apenas se concretizou aquando da execução da sentença proferida naquele processo.

88. Como já assinalado, a ameaça aos direitos da Recorrente - o direito à proteção dos seus segredos de negócio, o direito ao tratamento paritário e os demais direitos de defesa ora em crise - apenas ocorreu com a deliberação de 01.03.2016 e não com a deliberação de 17.11.2015, nem com a interposição do recurso interlocutório do BPI, ou com a prolação da sentença proferida nesse processo.

89. É evidente que quando o BPI interpôs recurso da deliberação de 17.11.2015, as visadas poderiam ter ponderado a hipótese de, no caso de o recurso obter provimento, a AdC ser compelida a alterar o regime de acesso aos documentos confidenciais mas não utilizados como meio de prova na NI.

90. O que não lhes era exigível era que ponderassem que, para dar cumprimento a uma eventual decisão favorável ao BPI, a AdC poderia vir a adotar uma nova deliberação que alterasse o regime de acesso anteriormente definido em prejuízo



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

das demais visadas, em clara violação da Sentença do TCRS proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR.

91. Concluindo, a Sentença de que ora se recorre, ao negar provimento aos recursos interpostos pelo BCP, Santander Totta e Banif, mantém o regime de acesso que foi – categoricamente – declarado ilegal pelo TCRS no âmbito do processo n.º 1/16.7YUSTR (sentença posteriormente confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa), fazendo persistir o Tribunal recorrido no “erro” da AdC ao manter um regime de acesso ilegal e desigual para as visadas, quando, em obediência ao dever de proteção dos segredos de negócio e do princípio da igualdade, devia ter determinado que o regime de acesso aplicável aos documentos confidenciais do BPI fosse também aplicado às demais visadas.

Nestes termos, e nos demais de direito que V. Exas. Doutamente suprirão, deverá ser concedido provimento ao presente recurso, revogando-se a sentença recorrida e, em consequência:

(i) Anular-se a deliberação proferida pela AdC, em 01.03.2016, e ordenar-se a sua substituição por outra, que autorize a consulta de todos os documentos considerados confidenciais mas não utilizados como meio de prova para efeitos da imputação da infração, em moldes que garantam a preservação dos segredos de negócio de todas as visadas e em condições de absoluta igualdade entre as mesmas,

(ii) Ordenar-se a suspensão do processo de contraordenação até que a AdC disponibilize às visadas uma lista descritiva dos documentos considerados confidenciais mas não utilizados como meio de prova de todas as visadas.

Assim se fazendo JUSTIÇA!»

5. Os recursos foram admitidos por despacho de fls. 1601-1602.

6. Aos recursos interpostos respondeu o Ministério Público nos termos do articulado de fls. 1610-1617, no qual conclui que «Em face ao exposto os recursos dos visados deverão improceder, assim se fazendo Justiça».

7. A Autoridade da Concorrência (AdC) respondeu aos recursos nos termos do articulado de fls. 1665-1701, concluindo (*transcrição*):

«A. O presente recurso tem por objeto a sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que não aponta qualquer vício à decisão da AdC de 1 de março de 2016 e que nega provimento aos recursos interpostos pelo BCP e pelo BST.

B. Em suma, foi decidido: *“Julgar totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas visadas/recorrentes, Banco Santander Totta, S.A., Banif — Banco internacional do Funchal, S.A. e Banco Comercial Português, S.A., absolvendo, em consequência a Autoridade da Concorrência dos pedidos de anulação e revogação da deliberação de 1 de março de 2016, proferida no âmbito do processo de contraordenação PRC/2012/9.”*

C. As Recorrentes ordenam, ainda, que a referida deliberação proferida pela AdC seja substituída por outra, que permita o acesso a todos os documentos confidenciais mas não utilizados como meio de prova para efeitos de imputação da infração, em moldes que garantam a preservação dos segredos de negócio de todas as Visadas e em condições de igualdade entre as mesmas.

D. Desta forma, a finalidade pretendida pelas Recorrentes com o presente recurso é reverter a decisão da AdC de 17 de novembro de 2015, relativamente à qual, incontestavelmente, se conformaram, o que levou à sua consolidação plena.

Da alegada violação do princípio da igualdade e do princípio da igualdade de armas

E. Conforme entende o Tribunal *a quo* na sentença recorrida *“O princípio da igualdade de armas não integrou a ratio das deliberações de 17.11.2015 e de 01.03.2016, sendo, portanto, irrelevante para a apreciação da legalidade, validade e regularidade da deliberação impugnada nestes autos”*.

F. Com a deliberação de 1 de março de 2016 a AdC apenas se limitou a dar cumprimento à sentença e não lhe era legítimo, face à eficácia da sentença se encontrar restringida à posição processual da Visada BPI, extrapolar o seu conteúdo para as demais Visadas, nem mesmo para dar cumprimento ao princípio da igualdade de armas.

G. Com efeito, a anulação da deliberação de 17 de novembro de 2015 da AdC era apenas aplicável *“na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à ora Recorrente [BPI] classificados como*



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta."

H. Ora, no caso em apreço, o tratamento processual diferenciado no modo de acesso aos documentos confidenciais não utilizados para imputação da infração do Banco BPI não foi arbitrário nem infundado, foi com base na decisão da sentença do TCRS, não colocando em causa o princípio da igualdade de armas.

I. A solução das Recorrentes de alterar por completo o regime de acesso aos documentos confidenciais não utilizados na imputação da infração e aplicar a todas as co-Visadas o mesmo regime estipulado para o BPI seria, então, uma verdadeira violação do princípio da tutela da confiança.

J. Na verdade, seria aplicar uma decisão, baseada numa sentença proferida pelo TCRS em relação a uma Visada – BPI –, às restantes 14 co-Visadas que não impugnaram a deliberação de 17 de novembro de 2015, não se opondo a este regime e confiando que este regime vigoraria para as mesmas.

K. É imperativo referir que na deliberação de 17 de novembro de 2015 não se vislumbra nenhuma condição de reciprocidade no regime de acesso instituído.

L. Contudo, tendo tido a possibilidade de reagir a tal deliberação, as Recorrentes conformaram-se com a mesma, tendo agido em plena conformidade, acedendo ao processo e consultado os documentos que entendeu.

M. Citando o Tribunal *a quo* "Na verdade, o princípio de reciprocidade não relevou, sequer instrumentalmente, como critério jurídico na deliberação de 17 de novembro de 2015, pelo que não vislumbramos como poderia a AdC conferir-lhe respaldo quando, confrontada com a sentença proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR, teve que corrigir o regime de acesso aos documentos confidenciais da visada BPI não utilizados na nota de ilicitude."

N. Sendo a titularidade do segredo de negócio de cada Visada e, conseqüentemente, a classificação da sua informação como confidencial ou não confidencial, a AdC não poderia admitir que a classificação de segredo de negócio estivesse dependente de juízos de reciprocidade nem poderá assegurar uma perfeita igualdade no acesso à

documentação que integra o processo, facto que, naturalmente, não pode pôr em causa a legalidade do acesso para efeitos de preparação de defesa.

O. Conclui, também, o mesmo Tribunal que **“Assim, sendo a ratio da deliberação de 17 de Novembro de 2015 completamente estranha a relações de reciprocidade entre visadas e sendo a deliberação de 1 de Março de 2016 exclusivamente limitada ao cumprimento da sentença judicial, não podemos acolher o entendimento de que a valência deste princípio fere a deliberação de vício ou ineficácia, principalmente quando, como bem sabem as visadas, o regime de acesso definido pela deliberação de 17 de Novembro de 2015 não o relevou, sequer tacitamente.”**

P. Na situação do presente recurso apenas estaríamos perante a violação dos direitos de defesa se a AdC não permitisse às Recorrentes o acesso aos documentos confidenciais do BPI não utilizados para imputação da infração. O que não se vislumbra.

Q. Por fim, a atuação da AdC não pode, pois, constituir qualquer violação dos princípios da igualdade e da igualdade de armas, bem como do princípio do processo equitativo, porquanto a mesma, em estrita observância pelo princípio da legalidade e pelo princípio da soberania dos tribunais, se limitou, com a deliberação de 1 de março de 2016, a dar cumprimento a uma sentença judicial.

Da alegada violação da autoridade de caso julgado e Da ausência de espaço de conformação da AdC

R. A decisão proferida pelo TCRS, no âmbito do processo n.º1/16.7YUSTR, não tem, naturalmente, a autoridade de caso julgado sobre a questão em causa nos presentes autos.

S. A sentença proferida pelo TCRS teve sempre por referência o concreto pedido formulado pelo Banco BPI, não tendo, por esse motivo, havido da parte do TCRS uma declaração de ilegalidade da deliberação de 17 de novembro de 2015 genérica e com efeitos aplicáveis a todas as Visadas pelo processo contraordenacional em causa, sendo essa declaração absolutamente delimitada aos documentos apreendidos à Visada BPI e classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta.



lg.

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

T. Conforme explicitado na própria deliberação, o conteúdo da mesma foi motivado pela prolação da sentença por parte do TCRS.

U. Face a todo o exposto, adotando o entendimento do Tribunal *"(...) a validade/ legalidade deste acto administrativo se apresenta como intangível por resultar, integralmente, da pronúncia do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, sem que seja reconhecido à AdC qualquer outro espaço de atuação diferente do conteúdo da deliberação impugnada."*

Da alegada violação do direito da proteção do segredo de negócio

V. É imperativo esclarecer, desde logo, que tal como se explicitou na deliberação de 17 de novembro de 2015 e, por maioria de razão, aplicável à deliberação de 1 de março de 2016, a AdC procurou, no decurso do presente processo, compatibilizar os direitos de defesa das Visadas com a proteção dos documentos confidenciais.

W. Deste modo, esta compatibilização de direitos foi "discutida" com as Visadas e a adoção da deliberação de 17 de novembro de 2015 é resultado de um intenso diálogo em que, face às posições assumidas pelas Visadas e às características particulares do processo, se procurou, sempre compatibilizar os direitos de defesa com a proteção da informação confidencial.

X. Assim, atendendo às circunstâncias especiais do presente processo, a salvaguarda dos direitos de defesa em confronto com o interesse legítimo das Visadas na não divulgação dos segredos de negócio, a AdC entendeu ser necessário dar acesso aos mandatários ou assessores económicos das Visadas também aos documentos classificados como confidenciais não utilizados para efeitos do exercício dos direitos de defesa, por aplicação do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.

Y. Como se refere na deliberação de 17 de novembro de 2015 e com plena aplicação à deliberação de 1 de março de 2016, a AdC, atentas as circunstâncias especiais do caso, a salvaguarda dos direitos de defesa com respeito do interesse das empresas na proteção dos seus segredos de negócio, assim como de modo a incorporar plenamente a advertência feita pelo Tribunal, entendeu deferir o acesso de todas as Visadas aos documentos classificados como confidenciais pelas mesmas e não

utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício dos direitos de defesa.

Z. Assim, na deliberação da AdC de 17 de novembro de 2015 e na deliberação da AdC de 1 de março de 2016 pretendeu-se harmonizar todos os direitos em causa, sem contudo comprimir o direito de defesa das Visadas, em estrita observância das disposições legais aplicáveis, pelo que improcede ilegalidade alegada pela Recorrente.

Da alegada violação do parágrafo 187 das Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE

AA. As Recorrentes fazem alusão a uma pretensa violação das Linhas de Orientação da AdC, nomeadamente a violação do parágrafo 187 das Linhas de Orientação, com a adoção da deliberação de 1 de março de 2016.

BB. Não obstante as Linhas de Orientação se referirem à generalidade dos processos respeitantes à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, poderão existir casos pontuais cujas particularidades justifiquem uma atuação distinta das ali definidas, tal como se clarifica no parágrafo 3 das Linhas de Orientação.

CC. *In casu* o que releva, designadamente, para o exercício de ponderação quanto à prevalência por um lado, do interesse na não divulgação dos segredos de negócio e, por outro lado, da garantia dos direitos de defesa do visado, são as especificidades inerentes ao próprio processo.

DD. Em síntese, a decisão da AdC não viola as referidas Linhas de Orientação porquanto o presente processo apresenta especificidades que justificam uma atuação particular face à regra geral ali definida, tal como se clarifica no parágrafo 3 das Linhas de Orientação.

EE. Não pode deixar de acrescentar-se que seria estranho que, apenas por uma questão de coerência com uma regra geral de carácter orientador sobre instrução de processos, a AdC admitisse no caso concreto uma eventual preterição de direitos de defesa (que levariam a uma possível anulação de uma decisão final) e não procurasse, na lei aplicável, a solução que melhor protegesse os interesses em jogo.



Handwritten mark

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

FF. Refira-se que o referido parágrafo 187 das Linhas de Orientação deve ser lido no contexto de toda a secção, que refere o dever da AdC acautelar os segredos de negócio, tal como previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência. mas também o ónus que recai sobre as empresas para, sob pena de publicidade, identificarem as informações que consideram confidenciais, fundamentando tais identificações e fornecendo as versões não confidenciais dos respetivos documentos.

GG. Sobre a AdC recai o dever de rececionar toda a informação facultada pelas empresas quanto a esta matéria e reuni-la por forma a poder facultar as referidas listagens, cujo conteúdo, reitera-se terá sempre de ser facultado pelas Visadas.

HH. A decisão da AdC de 1 de março de 2016, que assegura a continuidade da deliberação de 17 de novembro de 2015, atendeu, assim, aos princípios e normas aplicáveis ao caso concreto que não podem deixar de delimitar tais Linhas de Orientação.

II. Também, neste ponto, deverá ser negado provimento ao recurso das Recorrentes BCP e BST.

Da ausência do efeito útil do recurso

JJ. Como acima já se disse, não se vislumbra o efeito útil relevante para o efeito da subsistência da instância a que as Recorrentes se propõem obter, visto que o efeito final pretendido no presente recurso é que o acesso aos documentos confidenciais não utilizados como meio de prova de todas as Visadas seja feito da mesma forma que é feito para os documentos confidenciais apreendidos à Visada BPI.

KK. Como se escreveu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de fevereiro de 1984 "*só se verifica a inutilidade absoluta do recurso quando, seja qual for a solução que o Tribunal Superior lhe der, ela é já absolutamente inútil no seu reflexo sobre o processo.*"

LL. Sucede que, no caso em apreço, o efeito útil do recurso, na hipótese de modificação da decisão do Tribunal *a quo*, não tem interesse visto que, na prática, o efeito pretendido das Recorrentes é a anulação da deliberação de 17 de novembro de 2015.

MM. Contudo, conformaram-se com o teor da mesma, nunca manifestando qualquer reserva quanto ao regime de acesso instituído para os documentos confidenciais não utilizados para imputação de infração, na deliberação de 17 de novembro de 2015.

NN. Ora, tanto o BCP como o BST acederam aos documentos classificados como confidenciais de todas as demais Visadas e as demais Visadas acederam aos seus documentos no período compreendido entre 17 de novembro de 2015 e 17 de janeiro de 2016.

OO. Em suma, em virtude dos factos ocorridos no processo, a decisão a proferir já não terá qualquer efeito útil, por não ser possível satisfazer a pretensão das Recorrentes (todas as Visadas acederam aos seus documentos confidenciais não utilizados como meio de prova através de pedido fundamentado) visto que todas as Visadas já acederam aos seus documentos.

Do aditamento à matéria dada como provada

PP. Por aplicação do artigo 374.º, n.º 2 do Código de Processo Penal ("CPP"), a sentença recorrida pode ser corrigida nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 380.º do CPP.

QQ. Também o mecanismo previsto no artigo 380.º, n.º 1, al. b) do CPP foi pensado, para lapsos, obscuridades ou ambiguidades, que, sendo meramente de pormenor, possam ser reparados, sem que se afete, minimamente que seja, o sentido e a essência do antes decidido.

RR. Deste modo, esclarece-se que não é posta em causa a validade da referida sentença visto que a qualquer momento pode ser aditada ou corrigida.

NESTES TERMOS,

E nos demais de Direito aplicáveis que V. Exas. doutamente suprirão, não deverá ser dado provimento ao recurso interposto e, em consequência, deverá ser mantida na íntegra a Sentença recorrida, assim se fazendo JUSTIÇA.»

8. Nesta Relação, a Senhora Procuradora-Geral Adjunta emitiu o seu parecer, conforme consta de fls. 2608, sufragando a posição expressa pelo Ministério Público junto do Tribunal recorrido na sua resposta ao recurso e pronunciando-se pela sua improcedência.

9. Cumprido o disposto no art. 417.º, n.º 2, do CPP, não foi oferecida resposta.

10. Realizada a conferência, cumpre apreciar e decidir.

*



[Handwritten signature]

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

II. Fundamentação

1. Delimitação do objecto do recurso

Como é jurisprudência assente, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso, é pelas conclusões que o recorrente extrai da motivação apresentada, em que sintetiza as razões do pedido (art. 412.º, n.º 1, do CPP), que se delimita o objecto do recurso e os poderes de cognição do Tribunal Superior.

Em processo contra-ordenacional, o Tribunal da Relação conhece apenas da matéria de direito (art. 75.º, n.º 1, do RGCO⁶, este *ex vi* art. 13.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 19/2012, de 08-05⁷), sem prejuízo do aludido conhecimento oficioso relativamente aos vícios previstos no art. 410.º, n.ºs 2 e 3, do CPP.

In casu, de acordo com as conclusões das respectivas peças recursórias, ambos os recorrentes dirigem a sua discordância à sentença que, julgando improcedentes as suas impugnações judiciais, manteve a deliberação da AdC datada de 01-03-2016, por considerarem que esta última é ilegal e deveria ter sido anulada.

O recorrente BST pretende ainda que seja introduzido um aditamento à matéria factual dada como assente na sentença recorrida, por esta ter incorrido em manifesto lapso.

*

2. Da decisão recorrida

Previamente à apreciação das questões suscitadas, vejamos qual a fundamentação de facto que consta da sentença recorrida.

«Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão, resultaram provados, por admissão expressa das visadas/recorrentes e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais constantes dos autos, a seguinte factualidade relativa à tramitação administrativa do processo de contra-ordenação, diligências processuais e consulta do processo:

⁶ Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, aprovado pelo DL n.º 433/82, de 27-10, e sucessivamente alterado pelos Decretos-Lei n.º 356/89, de 17-10, n.º 244/95, de 14-09 e 323/2001, de 17-12, e pela Lei n.º 109/2001, de 24-12.

⁷ Novo Regime Jurídico da Concorrência, adiante designada por LC.

1. Na sequência da abertura do processo, ordenada em 20 de Dezembro de 2012, por se verificarem sérios indícios de uma infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003), ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e ao artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, em que são visadas 15 (quinze)¹⁸ instituições bancárias, e tendo em vista a determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como a recolha de prova, foram encetadas diligências de investigação, nomeadamente (e entre outras), diligências de busca e apreensão nas instalações das empresas visadas no presente processo contra-ordenacional que corre termos na AdC sob o n.º PRC 9/2012.
2. Em **6 de Março de 2013**, no âmbito das diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC nas instalações das visadas/recorrentes **BST**, **BNF** e **BCP**, foi apreendido um elevado número de documentos internos.
3. Nas referidas diligências foram apreendidas cópias de documentos em suporte informático que foram, posteriormente, objecto de visionamento e selecção pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, tendo sido seleccionados e validados um total de 94.777 ficheiros informáticos, seguidamente enviados por aquele Tribunal à **AdC**.
4. A estes documentos apreendidos em suporte digital, acrescem 229 documentos também em suporte informático juntos pela visada Caixa Económica Montepio Geral, em complemento ao seu pedido de dispensa e redução da coima, apresentado em 5 de Novembro de 2014.
5. O processo tem, assim, uma parte composta exclusivamente pelo universo de prova digital, com 95.006 ficheiros informáticos, não convertida em suporte de papel, ou "físico".
6. Ao referido universo da prova digital acresce a parte do processo em suporte de papel, composta, até à data da notificação da nota de ilicitude, por 32 (trinta e dois) volumes, contando com um total de cerca de 11.000 folhas.

¹⁸ 1 Abanca Corporación Bancaria, S.A. (Sucursal em Portugal); Banco BIC Português, S.A.; Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Portugal), S.A.; Banco BPI, S.A.; Banco Comercial Português, S.A.; Banco Espírito Santo S.A.; Banco Popular Portugal, S.A.; Banco Santander Totta, S.A.; Banif – Banco Internacional do Funchal, S.A.; Barclays Bank (Sucursal em Portugal); Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRI.; Caixa Económica Montepio Geral, PCUP; Caixa Geral de Depósitos, S.A.; Deutsche Bank Aktiengesellschaft (Sucursal em Portugal); Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., Establecimiento Financiero de Crédito (Sociedad Unipersonal) (Sucursal em Portugal).



23

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

7. Em **31 de Janeiro de 2014**, a AdC solicitou às visadas, em cumprimento do art.º 30.º, n.º 1 do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, que identificassem, de modo fundamentado, as informações recolhidas consideradas confidenciais por motivo de segredos de negócio, mais juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contivessem tais informações, expurgada das mesmas.

8. Em resposta a tal solicitação, as visadas identificaram, de entre os documentos apreendidos nas suas instalações, aqueles que, em seu entender, continham informações relativas a segredos de negócio e que, por essa razão, deveriam ser classificados como confidenciais e consequentemente limitado o acesso aos mesmos por parte de outras visadas e terceiros.

9. A AdC produziu um índice geral em formato Excel específico para a parte digital do processo, enviado às visadas aquando da notificação pela nota de ilicitude.

10. Durante a fase do inquérito, a AdC constatou a necessidade de utilizar, para efeitos de imputação às visadas dos factos que constituem a infração, e como prova da mesma, a par de documentos não confidenciais, documentos que foram objecto de classificação pelas Visadas como documentos integralmente ou parcialmente confidenciais.

11. Recebidas e analisadas as pronúncias por parte das visadas, a AdC, mediante deliberação do Conselho da AdC, de **28 de Maio de 2015**, notificada às visadas em **29 de Maio de 2015**, proferiu decisão, confirmando a utilização, para efeitos de imputação dos factos que constituem a infração, e como prova da mesma, de um total de 1124 documentos classificados como confidenciais.

12. Concluindo que existia uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, o Conselho da AdC, por deliberação de **29 de Maio de 2014**, decidiu encerrar o inquérito e dar início à instrução, através da notificação de uma Nota de Illicitude²⁹ (cfr. documento n.º 2 de fls. 733 a 890 junto ao apenso A aqui se

²⁹ A Nota de Illicitude inclui quatro anexos. O Anexo 1 identifica a prova referida na Nota de Illicitude relativa aos meios, forma e organização da troca de informação. O Anexo 2 identifica a prova referida na Nota de Illicitude relativa à troca de informação sobre preços e outras condições comerciais. O Anexo 3 identifica a prova referida na Nota de Illicitude relativa à

dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais), disponibilizando às visadas uma Nota Metodológica relativa à organização e à consulta do processo.

13. Segundo essa Nota Metodológica, os mandatários ou assessores económicos externos das co-visadas tinham acesso, nas instalações da **AdC**, aos documentos confidenciais utilizados na imputação, mediante requerimento prévio.

14. Em **05 de Junho de 2015**, a visada/recorrente **BCP** requereu o acesso aos autos, incluindo aos documentos considerados confidenciais pelas co-visadas, por motivo de segredo de negócio, mas não utilizados como meio de prova, atendendo ao potencial valor exculpatório destes documentos, valor a aferir após consulta dos mesmos.

15. No âmbito do prazo concedido para efeitos de preparação de defesa, a **AdC** recepcionou vários pedidos genéricos de acesso ao processo (com vista à consulta de documentos classificados como confidenciais e não confidenciais quer tivessem sido, ou não, utilizados como meio de prova da infração) por parte de diversas visadas, inclusivamente da visada **BPI**, conforme decorre dos seus pedidos datados de 11 de Junho de 2015 e de 15 de Junho de 2015 (cfr. documentos n.º 3 e 4 de fls. 891 a 894 do apenso A cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais).

16. Por deliberação de **16 de Junho de 2015**, a **AdC** indeferiu tais pedidos de acesso, conforme resulta do seu ofício de **17 de Junho de 2015** (cfr. documento n.º 5 de fls. 894 a 901 do apenso A cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais), convidando a visada/recorrente **BCP** a identificar com maior rigor os documentos que, não tendo sido utilizados pela **AdC** como meios de prova da infração ou como elementos exculpatórios, entende possam ser relevantes para a sua defesa, decidindo a **AdC** posteriormente sobre a oportunidade de acesso aos mesmos.

17. De decisão de indeferimento, foram interpostos três recursos interlocutórios para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão por parte de três instituições de crédito visadas pelo processo: a Caixa Central — Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL (COAM), o Banco Espírito Santo, S.A. (BES) e o Deutsche Bank Aktiengesellschaft — Sucursal em Portugal (DB).

troca de informação sobre dados de produção. O Anexo 4 corresponde à nota metodológica relativa à organização e à consulta do Processo.



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

18. Em 5 de Agosto de 2015, a AdC notificou as visadas que classificaram documentos como confidenciais e não utilizados pela AdC, de entre as quais a visada BPI, para *"informar esta Autoridade se levanta a confidencialidade requerida no processo ou, em alternativa, permite o acesso das co-visadas aos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa."* (cfr. documento n.º 6 de fls. 902 e 903 cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais).

19. Em 13 de Agosto de 2015, a visada/recorrente BCP comunicou à AdC não se opor ao acesso das co-visadas aos seus documentos em causa, desde que tal acesso ficasse estritamente limitado aos mandatários das co-visadas que o requeressem, sob compromisso de não divulgação da informação acedida e da sua utilização exclusivamente para efeitos do exercício dos direitos de defesa no âmbito do presente processo; e em condições de reciprocidade.

20. A visada BPI negou o acesso das co-visadas aos documentos apreendidos nas suas instalações e classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa (cfr. documento n.º 7 de fls. 905 e 906);

21. Nesta sequência, a AdC, *"considerando que se encontra[va] ainda a decorrer o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude (já prorrogado duas vezes); considerando a insistência de algumas Visadas na existência com potencial valor exculpatório que não teriam sido considerados pela AdC; considerando que as Visadas titulares de documentos classificados como confidenciais não estão disponíveis para permitir o acesso sem condições específicas, célere e em condições de igualdade, a tais documentos pelas co-visadas; considerando ainda que esta Autoridade pretende promover o mais amplo exercício dos direitos de defesa"*, remeteu nova notificação, em 1 de Setembro de 2015, às visadas a solicitar que identificassem *"perante esta Autoridade quais os documentos apreendidos nas suas instalações, classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova na Nota de Ilícitude, que considera conterem valor exculpatório (exclusão da ilicitude ou da culpa) relativamente à sua constituinte"* (cfr. documento n.º 8 de fls. 908 do

apenso A cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais).

22. A visada **BPI** não procedeu à identificação dos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova na Nota de Ilícitude, que considerava conterem valor exculpatório, conforme decorre da sua Resposta datada de **16 de Setembro de 2015**, cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais (cfr. documento n.º 9 de fls. 910 do apenso A).

23. Em **28 de Setembro de 2015**, foi proferida sentença no processo 225/15.4YUSTR a julgar totalmente improcedentes os recursos interlocutórios da deliberação da AdC de **05-08-2015**, que consta do apenso A deste processo.

24. Por **Deliberação de 17 de Novembro de 2015**, a AdC determinou que os documentos não utilizados para imputar a infração poderiam ser consultados em data room na AdC, pelos advogados ou assessores económicos externos das visadas, exclusivamente para o exercício dos direitos de defesa, não sendo permitida a sua reprodução, nem a respetiva utilização para outro fim.

25. A visada **BPI** recorreu da Deliberação da AdC de **17 de Novembro de 2015**, alegando que um acesso irrestrito aos seus documentos confidenciais não utilizados como prova da infração, sem fundamentação do pedido de consulta, violava o artigo 30.º n.º 1 da LdC, que consagra o dever da AdC em acautelar o interesse legítimo da Recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio.

26. Ao recurso do **BPI** foi concedido efeito suspensivo, tendo o acesso em data room e o prazo de pronúncia sobre a NI sido suspenso pela AdC até que fosse proferida decisão judicial que permitisse o seu levantamento.

27. Por sentença de **7 de Fevereiro de 2016**, proferida no processo n.º **1/16.7YUSTR**, o TCRS julgou procedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela Recorrente Banco B.P.I, S.A., e, em consequência, determinou a anulação da decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em **17 de Novembro de 2015**, e dos demais termos de processado subsequente dependentes da decisão, na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à Recorrente classificados como



lg.

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta.

28. Na sequência da sentença de 7 de Fevereiro de 2016, proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR, o Conselho de Administração da AdC adoptou a Deliberação de 1 de Março de 2016, nos termos da qual decidiu "*levantar, a partir da presente data, a suspensão do acesso aos documentos, em data room, expurgados dos documentos apreendidos na visada BPI, identificados como confidenciais e não utilizados pela AdC para imputar a infração; levantar, a partir da presente data, a suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilcitude, que se encontrava em curso, tal como definido na Deliberação de 17.11.2015*" e ainda prorrogar o prazo de pronúncia por mais 30 dias úteis.

29. Interpostos recursos da decisão final do processo n.º 1/16.7YUSTR, o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu decisão a declarar a nulidade insanável do processado, por violação das regras de competência do Tribunal, anulando a decisão final e os termos de processado subsequente.

30. Nos autos do processo n.º 225/15.4YUSTR-A, em 15 de Julho de 2016, foi proferida sentença a aproveitar o texto da sentença proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR.

31. Interposto recurso daquela sentença pela Autoridade da Concorrência, foi proferido Acórdão pela Relação de Lisboa a negar provimento recurso e a confirmar, integralmente, a sentença recorrida correspondente à sentença de 7 de Fevereiro de 2016, proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR.»

*

3. Da análise dos fundamentos dos recursos

De acordo com as regras de precedência lógica importará, em primeiro lugar, apreciar as questões que obstem ao conhecimento do mérito da decisão.

Seguidamente das que a este respeitem, começando pelas atinentes aos vícios previstos no art. 410.º, n.º 2, do CPP.

Por fim, das questões relativas à matéria de direito.

*

O recorrente BST alega que, certamente por lapso, o Tribunal *a quo* apenas incluiu na matéria de facto dada como provada a comunicação do BCP à AdC (ponto 19), quando à notificação que, em 05-08-2015, lhe foi endereçada pela AdC (referida no ponto 18), o BST também respondeu, em idênticos termos, tal como resulta do documento n.º 5 que havia juntado com a sua impugnação judicial e que foi oportunamente apreciado por aquele Tribunal.

Pretende, assim, que seja aditado à matéria de facto dada como provada um ponto de facto nos exactos termos que constam do seu ponto 18 mas agora por referência ao BST.

Na sua resposta ao recurso, a AdC, sem deixar de sublinhar que a comunicação do BST em causa é anterior à deliberação de 17-11-2015, reconhece que a ausência da referida matéria de facto na sentença recorrida é apenas um lapso que não afecta a essência do que foi decidido e que a qualquer momento a sentença pode ser corrigida, nos termos do disposto nos arts. 374.º, n.º 2 e 380.º, n.º 1, al. a), ambos do CPP.

Compulsados os autos, constata-se que, efectivamente, à notificação da AdC de 05-08-2015 referida no ponto 18 da matéria de facto provada, cada um dos recorrentes apresentou a sua resposta, em 13-08-2015, de ambas constando do processo prova documental (concretamente da do BST a fls. 201-203).

Não se tratando de matéria controvertida, como a própria resposta da AdC ao recurso confirma, só por manifesto lapso foi feito constar da matéria de facto provada o teor da resposta apresentada pelo BCP mas não o da do BST, em termos, de resto, coincidentes com a daquele.

É o que também decorre da própria fundamentação da sentença recorrida (a fls. 1363 dos autos), na qual se faz referência à «posição de cada uma das visadas firmada na fase antecedente», assim dando como pressuposta uma posição anteriormente assumida pelas ora recorrentes que relativamente ao recorrente BST não ficou plasmada na factualidade assente.



lg

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa
Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

Dúvidas não há, em suma, de que tal omissão resulta de manifesto lapso, apreensível pelo texto e contexto da própria sentença recorrida e que, porque não importa modificação essencial do seu conteúdo, poderá e deverá ser corrigido.

Assim, ao abrigo do disposto no art. 380.º, n.ºs 1, al. b), e 2, do CPP, aplicável *ex vi* art. 41.º, n.º 1, do RGCOG, este *ex vi* art. 13.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 19/2012, de 08-05, deverá proceder-se à rectificação da matéria de facto provada no sentido de dela passar a constar um ponto 19-A, com a seguinte redacção:

«19-A. Em **13 de Agosto de 2015**, a visada/recorrente **BST** comunicou à **AdC** não se opor ao acesso das co-visadas aos seus documentos em causa, desde que tal acesso ficasse estritamente limitado aos mandatários das co-visadas que o requeressem, sob compromisso de não divulgação da informação acedida e da sua utilização exclusivamente para efeitos do exercício dos direitos de defesa no âmbito do presente processo; e em condições de reciprocidade.»

*

Conforme acima referimos, ambos os recorrentes dirigem a sua discordância à sentença que, julgando improcedentes as suas impugnações judiciais, manteve a deliberação da AdC datada de 01-03-2016.

Apesar de o BST peticionar, a final, a anulação da sentença recorrida e de o BCP pugnar pela sua revogação, nenhum dos recorrentes verdadeiramente invoca qualquer princípio ou norma legal que tenham sido violados por tal decisão judicial, limitando-se a sua argumentação a rebater a utilizada na fundamentação da decisão para sustentar a manutenção da deliberação da AdC judicialmente impugnada.

Ambos os recorrentes consideram que tal deliberação deveria ter sido anulada, por ser violadora, segundo o BST, dos princípios da confiança, em particular da boa-fé, da igualdade, não discriminação e igualdade de armas (arts. 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 10 da CRP), do art. 30.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, das linhas de orientação da AdC, do segredo bancário e outras normas de protecção de dados, e da autoridade de caso julgado; e da igualdade e da igualdade de armas (arts. 13.º e 20.º, n.º 4, da CRP), no entendimento do BCP.

O BST peticiona a final que, anulada a deliberação em causa, seja «ordenado que o acesso aos documentos confidenciais do BST não usados na imputação também se efectue (à semelhança dos documentos do BPI) através de um índice desenvolvido que permita uma metodologia de consulta para todas as co-Visadas com base em pedidos concretos, específico e fundamentados de acesso (e não um acesso indiscriminado e irrestrito sem condições de reciprocidade entre todas as co-Visadas).

Por seu turno, o BCP pretende que, na procedência do recurso, seja tal deliberação anulada e substituída por outra «que autorize a consulta de todos os documentos considerados confidenciais mas não utilizados como meio de prova para efeitos da imputação da infracção, em moldes que garantam a preservação dos segredos de negócio de todas as visadas e em condições de absoluta igualdade entre as mesmas» e que seja ordenada «a suspensão do processo de contraordenação até que a AdC disponibilize às visadas uma lista descritiva dos documentos considerados confidenciais mas não utilizados como meio de prova de todas as visadas».

Cabará, antes de mais, esclarecer que não comungamos do entendimento do Tribunal recorrido quando afirma que «a deliberação impugnada nos presentes autos não incide sobre a definição do regime de acesso a documentos confidenciais das visadas/recorrentes, não utilizados na NI» (cf. fls. 30 da sentença, fls. 1370 dos autos).

Na verdade, e conforme resulta da factualidade assente, tal deliberação foi proferida, em 01-03-2016, na sequência da sentença proferida no Proc. n.º 1/16.7YUSTR (depois aproveitada no Proc. n.º 225/15.4YUSTR-A e confirmada por acórdão deste Tribunal da Relação), que deu provimento ao recurso interposto pelo BPI da anterior deliberação da AdC de 17-11-2015, visando dar exequibilidade ao aí decidido.

Mas, naturalmente, ao estabelecer que a partir daquela data levantava «a suspensão do acesso aos documentos, em data room, expurgados dos documentos apreendidos na visada BPI, identificados como confidenciais e não utilizados pela AdC para imputar a infracção», acabou também por, reflexamente, modificar ou reconfigurar o regime de acesso a observar pelas demais visadas, que decorria da sua deliberação de 17-11-2015.



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

É que, enquanto ao abrigo desta anterior deliberação todas as co-visadas tinham acesso a todos os documentos de todas as co-visadas classificados como confidenciais e não utilizados para imputar a infracção, nos termos descritos no ponto 24 da matéria de facto provada, com a deliberação de 01-03-2016 a visada BPI continua a beneficiar, naqueles termos, de acesso incondicional e irrestrito aos mencionados documentos, enquanto as demais visadas terão de fundamentar os seus pedidos de acesso aos mesmos, com base na consulta do respectivo índice, e aguardar a decisão da AdC, existindo assim, como o próprio Tribunal recorrido refere (cf. fls. 24 da sentença, fls. 1364 dos autos), «um óbvio tratamento diferenciado no acesso a documentos confidenciais, não utilizados na NI, entre as visadas/recorrentes, por um lado, e a visada BPI, por outro (...)».

A questão prende-se, assim, com o regime de acesso aos documentos confidenciais por motivo de segredos de negócio não utilizados pela AdC na nota de ilicitude.

E, se assim é, e salvo o devido respeito por opinião diversa, têm pleno cabimento as considerações vertidas na sentença proferida no Proc. n.º 1/16.7YUSTR¹⁰, «no que respeita à concretização da função garantística de protecção do segredo de negócio no regime dos artigos 30.º, 31.º e 33.º, n.º 4 do NRJC (aqui se incluindo a análise do escopo normativo e hermenêutico do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC e a análise da proporcionalidade da actuação administrativa na protecção de informações confidenciais ou do sigilo bancário) (cf. a sentença aqui recorrida, a fls. 1370 dos autos).

Como ali se explica, em termos que merecem a nossa concordância e que, por isso aqui reafirmamos, «A questão da protecção dos segredos de negócio num processo sancionatório suscita a necessidade de conciliar, sobretudo, três ordens de interesses: (i) o da transparência e da publicidade do processo³¹¹; (h) o do pleno exercício do direito de defesa que pressupõe o conhecimento de toda a informação reunida pela AdC; (iii) o da protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses

¹⁰ cuja cópia figura a fls. 1461-1478 dos autos, também disponível in http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Paginas/nacional.aspx.

^{11 3} Estendendo este valor à necessidade de diligência por uma tramitação eficiente e célere que permita o exercício da actividade administrativa em tempo útil.

dos visados e de terceiro (NUNO RUIZ, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 324).

Nesta orientação a publicidade do processo é um valor originário e de cúpula (cfr. art.º 32.º do NRJC) da organização do processo a par da celeridade como realização do processo equitativo, e, enquanto o direito de defesa⁴¹² pode ser compreendido como um corolário do valor da publicidade do processo, o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC funciona como uma excepção ou circunscrição desse livre acesso.

(...)

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

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

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

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

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

^{12 4} As garantias normativas deste direito de defesa em sede de processo sancionatório encontram *reducto pretoriano* nos artigos 32., n.º 10 da Constituição da República Portuguesa e no art.º 50.º do Regime Geral das Contra-ordenações.



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

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

Se já afastámos soluções práticas em que o dever de protecção da confidencialidade das informações resulte aniquilado ou esvaziado, agora, queremos deixar expresso que a restrição ou amplitude desse dever dependem, inexoravelmente, do seu valor probatório para a demonstração da existência ou inexistência da infração, a punibilidade ou não punibilidade do visado pelo processo, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima.

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

Esta é a *ratio* do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.

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

(...)

Se a pedra de toque da conformação parcelar do interesse na protecção de informações confidenciais, aquando do juízo de concordância prática, é, precisamente, o valor inculpatório ou exculpatório dessas informações, então a indiferenciação dos regimes de acesso a esses documentos carece de razoabilidade e admissibilidade.

A decisão da AdC conduz, fatalmente, a essa indiferenciação ao permitir o mesmo tipo de acesso a informações confidenciais com valor inculpatório ou exculpatório.

É de imediata percepção que o acesso pelas visadas dos documentos e informações confidenciais com valor inculpatório se faça do modo mais amplo possível, dando oportunidade que a defesa se efectue em campo tendencialmente aberto, cabalmente

informado, suficientemente esclarecido e sem obscurantismo por parte da entidade sancionatória.

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

É a AdC que declarou tais informações e documentos como probatoriamente inócuos para o processo sancionatório.

Num juízo em analepse, poder-se-ia até dizer que, caso a AdC tivesse presente o seu conteúdo e valor aquando da realização das diligências de conservação de prova, a respectiva apreensão não teria sequer ocorrido nos termos do art.º 18.º, n.º 1 al. c) do NRJC.

Estamos em condição de formular uma *segunda regra de cálculo* para a equação da concordância prática que nos propomos gizar.

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

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

Os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos na alínea c) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC traduzem-se numa *das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos*, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte (LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, ob. cit., pág. 209).



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

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

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

(...)

A responsabilidade processual de *cariz fiduciário ou de custódia* pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos e imputável à AdC advém, pois, do grau de ingerência e sujeição decorrente da maior agressividade em termos de meios coactivos que se reconhece nos poderes de investigação e de apreensão de documentos, independentemente do seu valor inculpatório ou exculpatório⁵¹³.

Atente-se nesta relação numérica: dos quase 90.000 documentos, em formato digital, apreendidos a todas as entidades, a AdC utilizou apenas 1124 documentos classificados como confidenciais, tendo as visadas, na sequência da solicitação prevista no art.º 30.º, n.º 2 do NRJC, identificado de entre os documentos apreendidos nas suas instalações, aqueles que, em seu entender, continham informações relativas a segredos de negócio e que, por essa razão, deveriam ser classificados como confidenciais e consequentemente limitado o acesso aos mesmos por parte de outras visadas e terceiros.

^{13 5} Se nos é permitido o expediente estilístico da imagem inerente ao pescador e às malhas das redes de pesca, o grau de responsabilidade do colector de prova pelos documentos recolhidos está directamente relacionado com o grau de especificação do meio de recolha: quanto mais indiferenciada é a recolha, maior é o dever de tutela sobre os documentos que não interessem à recolha e que, não obstante, foram recolhidos.

Perante os cruzados pedidos de acesso, a AdC, admitindo a falta de diligência informativa do índice geral específico para a parte digital do processo; admitindo ainda que o exercício de defesa das visadas estava imediatamente diminuído por aquele índice, optou por conceder total acesso aos documentos não inculpatório nos termos do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC, incumprindo para tanto os deveres acessórios do art.º 30.º, n.º 1 do mesmo regime, desmerecendo e repudiando a responsabilidade processual assumida com a apreensão.

A inviabilidade ou a quase impossibilidade do exercício da defesa no que respeita à concretização dos pedidos de acesso efectuados pelas visadas (que a AdC tão prontamente reconhece na motivação da sua decisão) mais não é de que o convite pragmático ao cumprimento do dever acessório aqui nomeado e enunciado na sentença⁶¹⁴ que indeferiu os pedidos de acesso ilimitado das visadas.

Em proveito das alegações da Recorrente para este nosso argumento, as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22 de Março de 2013, adoptadas pela AdC ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, vem dar respaldo a esta perspectiva.

Nos termos do §187: *os documentos que contenham elementos de informação considerados confidenciais por motivos de segredo de negócio, bem como a correspondência respeitante aos mesmos entre a Autoridade da Concorrência e as entidades titulares dessa informação, e que a Autoridade não entenda serem necessários para prova da infração, serão juntos aos autos em apenso não acessível aos visados pelo processo ou a terceiros, devidamente identificado como contendo informação confidencial. Dos autos do processo, e acessível a todos os visados ou terceiros, constará ainda uma listagem, elaborada pela equipa de instrução, na qual se identificam os documentos considerados confidenciais e se*

¹⁴⁶ "Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece.

Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente.

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

Concede-se que, porventura, a Autoridade da Concorrência efectuou já um juízo sobre o potencial valor exculpatório da documentação confidencial constante dos autos que não foi utilizada como meio de prova, e, concede-se igualmente, terá extraído fundadamente a conclusão que a mesma é inócua.

Concede-se. Mas não só a documentação está nos autos e é meio de prova, ainda que não expressamente invocada como tal, como a Autoridade da Concorrência, se efectuou tal juízo, poderá não ter adoptado fundamentação bastante" — extracto da sentença, aqui referido na medida em que foi apontado pela AdC como critério de decisão.



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

apresentam, sumariamente, os motivos dessa qualificação, os quais poderão resultar directamente do tipo de informação em causa.

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

Mais adiante afirma-se ainda na sentença que vimos citando:

«(...) ao preencher a lacuna do regime de acesso a documentos confidenciais não utilizados na imputação como meio de prova, a AdC **defrauda, precisamente, a imposição legal de, na instrução dos processos, acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio**, uma vez que, com aquela decisão, se prescinde, por completo, de conferir protecção à preservação do segredo, fazendo desaparecer esse interesse no juízo da concordância prática, sem justificação normativa atendível para a consagração indiferenciada entre regimes de acesso a documentos confidenciais com valor inculpatório e exculpatório.

Isto é, por via da máxima compressão do interesse na protecção de informações confidenciais, a AdC trata documentos com valor exculpatório da mesma forma que os documentos com valor inculpatório, privilegiando apenas o valor da celeridade processual.»

Tendo presente que, inelutavelmente, a legalidade dos procedimentos adoptados pela AdC terá de ser aferida à luz dos princípios e regras legais então vigentes, e sem embargo de

subscrevermos a conclusão de que não havia qualquer justificação para consagrar um regime indiferenciado de acesso a documentos confidenciais, independentemente do seu valor inculpatório ou exculpatório, não merece o nosso acordo a afirmação aí expressa de que o procedimento adoptado pela AdC visou preencher uma lacuna existente relativamente ao regime de acesso a documentos confidenciais não utilizados como meio de prova na imputação.

Nesta matéria sufragamos o entendimento sustentado pelo Ministério Público junto do Tribunal recorrido na sua resposta aos recursos.

Assim, como ali se relembra, e tomamos a liberdade de citar,

«Existe a obrigatoriedade de aplicação do direito europeu da concorrência pelas autoridades nacionais, sejam autoridades administrativas ou tribunais.

Esta obrigatoriedade já decorria do art. 9º, nº 3 do Regulamento 17/62⁷¹⁵ «Enquanto a Comissão não der início a qualquer processo nos termos dos artigos 2.º, 3.º ou 6.º, as autoridades dos Estados-Membros têm competência para aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85.º e no artigo 86.º (...)».

O Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16/12/2002⁸¹⁶ levou esta obrigatoriedade mais longe. Substituiu o regime centralizado de aplicação do direito europeu da concorrência por um sistema de concorrências paralelas por via do qual quer as autoridades dos Estados-Membros (EM), quer os tribunais dos EM passaram a ter competência para aplicar directamente as disposições dos artigos 81º e 82º do Tratado (atuais artigos 101º e 102º do TFUE), incluindo o disposto no art. 81º, nº 3 (atual art. 101º, nº3 do TFUE)⁹¹⁷.

O art. 3º do Regulamento 1/2003 estabelece o modo como as normas nacionais e europeias da concorrência interagem entre si. No caso das práticas restritivas, estabelece o nº 1 deste preceito que sempre que um tribunal nacional aplica legislação nacional da concorrência, deverá aplicar igualmente as normas dos artigos 81º e 82º do Tratado (101º e

^{15 7} JO 203/62, de 21/02/1962, 08/Fasc. 01.

^{16 8} JO de 04/01/2003, L1/1 e ss.

^{17 9} É o que resulta dos artigos 5º e 29º, nº 2 quanto às Autoridades Nacionais e do art. 6º quanto aos tribunais nacionais, todos do Regulamento 1/2003. Cfr. ainda os considerandos 3), 4), 7), 8), 15), 16), 1ª parte, 17), 21), 22), 28), 31) e 35) do mesmo Regulamento 1/2003.



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

102º do TFUE). Esta obrigatoriedade é imposta aos tribunais nacionais, mesmo a título oficioso¹⁰¹⁸.

No caso das práticas concertadas, o art. 3º, nº 1 do Regulamento 1/2003 estabeleceu o critério pelo qual se pauta essa obrigatoriedade de aplicação do direito europeu: o critério da afectação do comércio entre os EM. Para que esta ocorra é necessário mas suficiente a) que a prática concertada consista numa actividade económica; b) que seja susceptível de afetar o comércio entre os EM; c) que esta afectação seja sensível¹¹¹⁹.

Como referiu o Professor Miguel Ferro, «Um dos erros mais frequentes na aplicação do critério da afectação do comércio entre Estados-Membros deriva da crença de que uma prática restritiva às fronteiras nacionais não pode preencher aquele critério. Por isso mesmo nunca será demais repetir: pode haver afectação ainda que o mercado geográfico relevante seja meramente nacional, ou até sub-nacional»¹²²⁰. Como nos dá nota o Autor, estribado em abundante doutrina e jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, mesmo as cláusulas restritivas que não afetem o comércio entre os EM podem infringir o art. 101º do TFUE, «desde que aquela afectação resulte do acordo em que elas se inserem, considerado na sua globalidade». Ainda segundo a síntese feita pelo Autor, o critério estará preenchido mesmo que a atividade de uma das empresas participantes na prática restritiva não pudesse afetar o comércio entre os EM¹³²¹.

Os factos imputados aos visados, tal como descrito na NI, preenchem claramente o critério da afetação sensível do comércio entre os EM. Daqui decorre que a solução jurídica a

^{18 10} «Na medida em que os tribunais nacionais tenham competência para tratar de um caso (4) têm também competência para aplicar os artigos 81.o e 82.o do Tratado CE (5). Deve-se recordar que os artigos 81.o e 82.o do Tratado CE relevam da ordem pública e são essenciais para a realização das missões confiadas à Comunidade. e, em especial, para o funcionamento do mercado interno (6). Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma vez que, por força do direito nacional, os órgãos jurisdicionais devem suscitar oficiosamente os fundamentos de direito que decorrem de uma norma interna vinculativa, que não tenham sido adiantados pelas partes, igual obrigação se impõe relativamente às normas comunitárias vinculativas» - cfr. o ponto 3. da Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04), JO C 101/54, de 24/04/2004.

^{19 11} Cfr. Miguel Sousa Ferro, "A obrigatoriedade de aplicação do direito comunitário da concorrência pelas autoridades nacionais", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLVIII, nºs 1 e 2, p. 307 a 328; cfr. a Comunicação da Comissão 2004/C 101/07 — Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 81.º do Tratado, JO C 101, p. 81 e ss, de 27/04/2004; cfr. Comunicação De minimis 2001/C 368/07, JO C 368, p. 13 e ss, de 22/12/2001.

^{20 12} Miguel Ferro, Loc. Cit., p. 312.

^{21 13} Idem, p. 316.

dar a casos como o dos autos terá necessariamente de passar pela aplicação do direito interno conjugada com o direito europeu.

3. O direito de acesso ao processo constitui garantia processual destinada a aplicar o princípio da paridade de meios e a proteger os direitos de defesa. É diferente do direito geral de acesso aos documentos administrativos ao abrigo do Regulamento 1049/2001 (cfr. o ponto 2. da Comunicação (doravante COM) da Comissão 2005/C 325/07) ou do regime de acesso aos documentos administrativos, atualmente regulado pela Lei n.º 26/2016, de 22/08.

Dispõe o art. 33º, n.º 4 da LC: «O acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo 31.º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência na qual referidos elementos tenham sido utilizados como meio de prova, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim».

Por "acesso ao processo" entende-se exclusivamente o acesso concedido às pessoas, empresas ou associações de empresas destinatárias de uma decisão da AdC/comunicação de objeções da comissão (cfr. o ponto 3. da Comunicação 2005/C 325/07¹⁴²²).

4. É possível o acesso a documentos confidenciais que contêm "SN" não utilizados como meio de prova, com fundamento no seu potencial carácter exculpatório?

4.1. O art. 33º, 4 LC resolveu o acesso dos documentos confidenciais *não utilizados* como meio de prova ao dispor que para efeitos de defesa, o acesso respeita apenas aos elementos que foram utilizados como meio de prova. De acordo com esta norma, as informações que contêm "SN" prevalecem sobre o direito de defesa quando respeitem a documentos não utilizados como meio de prova.

Neste sentido se dirige a 1ª parte do ponto 187., das Orientações da AdC de 22/03/2013: «Os documentos que contenham elementos de informação considerados confidenciais por motivos de segredo de negócio, bem como a correspondência respeitante aos mesmos entre a Autoridade da Concorrência e as entidades titulares dessa informação, e que a Autoridade não entenda serem necessários

^{22 14} JO 325/p. 7 e ss, de 22/12/2005



le,

Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa

Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

para prova da infração serão juntos aos autos em apenso não acessível aos visados pelo processo ou a terceiros, devidamente identificado como contendo informação confidencial»¹⁵²³.

A Ordem Europeia prevê mesmo que tais documentos saiam do processo quando se conclua que são irrelevantes, como decorre do ponto 9. da COM. da Comissão 2005/C 325/07, na redacção da COM. da Comissão 2015/C 256/03, de 05/08/2015: «No decurso das investigações em matéria de concorrência, a Comissão pode obter documentos, alguns dos quais possam, na sequência de uma análise mais aprofundada, vir a afigurar-se irrelevantes para o processo em questão. Esses documentos podem ser devolvidos à empresa junto da qual foram obtidos. Uma vez devolvidos, esses documentos deixam de fazer parte do processo». Se deixaram de fazer parte do processo fica prejudicada a possibilidade de acesso sob qualquer forma.

4.2. Do exposto resulta que nem a Lei europeia nem a LC nacional são omissas quanto ao regime de acesso a documentos confidenciais que contêm "SN" não utilizados como meio de prova.

Seja qual for o fundamento invocado para aceder a tais documentos, como por exemplo o seu potencial carácter exculpatório, nem o direito europeu nem o direito interno dão relevância endo-processual aos documentos confidenciais *não utilizados como meio de prova*, uma vez que o seu acesso deixou de ser permitido aos visados no processo e a terceiros. Daqui resulta ficar prejudicada a realização de qualquer teste de ponderação para acesso, ou onerar a AdC com descrições de documentos que não suportam qualquer imputação.

4.3. Num primeiro momento da investigação os documentos que mais tarde acabaram por *não ser utilizados* na NI/Decisão como meio de prova constituíram apenas "prova recolhida", prova de primeira aparência. Após uma análise mais fina e aprofundada da globalidade dos elementos recolhidos por parte da entidade que tem o poder-dever de investigar, instruir e decidir, não viram confirmado o seu estatuto probatório. São elementos

^{23 15} De acordo com o art. 25º, nº 7 da LC: «A Autoridade da Concorrência adota, ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, linhas de orientação sobre a investigação e tramitação processuais». Os poderes de regulamentação da AdC são os resultantes do art. 7º, nºs 1 e 4 dos seus estatutos aprovados pelo DL 10/2003, de 18/01. Neste quadro legal de atribuições normativas, as Orientações da AdC constituirão mais do que mera soft law.

que deixaram de constituir prova por não serem necessários nem idóneos para suportar a imputação de uma infração.

4.4. Os "SN" neles contidos viram transferida, de forma implícita, *ope legis*, a tutela oferecida pelo art. 30º, nº 1 da LC para a tutela individual do seu titular, responsável pela gestão da confidencialidade dos mesmos.

5. A resposta à pergunta de saber se é possível o acesso a documentos confidenciais por conterem "SN" que não foram utilizados como meio de prova, ainda que sob o pretexto do seu potencial carácter exculpatório, é assim negativa.

O pretendido acesso aos 93 882 ficheiros¹⁶²⁴ não utilizados pela AdC como meio de prova na NI não tem a tutela do direito. Daqui resulta estar prejudicado o controlo de legalidade quanto ao acesso e ao modo de acesso a tais documentos.

A nulidade dos atos praticados pela administração tem pressuposta a violação da lei (seja de normas princípios, seja de normas regras). Se o interesse das recorrentes não é protegido pelo direito, não há violação da lei.»

Em consonância com este entendimento, que perfilhamos, os recursos interpostos não poderão proceder.

Sem prejuízo, afigura-se-nos nada obstar – antes aconselhar – a que, tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo e o dever de gestão processual que lhe compete (e agora perante a introdução legislativa introduzida ao art. 33.º, n.º 4 da LC pela Lei n.º 23/2018, de 05-06), a AdC tenha presente o «entendimento frontalmente crítico» para com a sua actuação «na concretização do regime previsto nos artigos 30.º, 31.º e 33.º do NRJC» expresso na sentença proferida no Proc. n.º 1/16.7YUSTR, a que alude a decisão aqui recorrida e que, tal como nesta também se refere, reveja «os seus procedimentos de modo a evitar litigância interlocutória em processos sancionatórios.»

*

III. Decisão

Em face do exposto, acordam os Juizes da 9.ª Secção Criminal da Relação de Lisboa em

^{24 16} 95006-1124 – 93882 – cfr. Supra II, 1. e 6..



Tribunal da Relação de Lisboa

9.ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa
Tel: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

- ao abrigo do disposto no art. 380.º, n.ºs 1, al. b), e 2, do CPP, proceder à correção da matéria de facto dada como provada, no sentido de lhe aditar um ponto 19-A, com a seguinte redacção:

«19-A. Em 13 de Agosto de 2015, a visada/recorrente BST comunicou à AdC não se opor ao acesso das co-visadas aos seus documentos em causa, desde que tal acesso ficasse estritamente limitado aos mandatários das co-visadas que o requeressem, sob compromisso de não divulgação da informação acedida e da sua utilização exclusivamente para efeitos do exercício dos direitos de defesa no âmbito do presente processo; e em condições de reciprocidade.»

- no mais, negar provimento aos recursos interpostos pelos arguidos, **Banco Santander Totta, S.A.** e **Banco Comercial Português, S.A.**, confirmando a decisão recorrida.

Custas pelos recorrentes, fixando-se a taxa de justiça em 4 (quatro) UCs (arts. 92.º, 93.º, n.º 3 e 94.º, todos do RGCO, 8.º, n.º 9, do Regulamento das Custas Processuais e Tabela III a ele anexa).

Notifique e comunique à AdC, com cópia, nos termos previstos no art. 94.º-A, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08-05.

*

(Certifica-se, para os efeitos do disposto no art. 94.º, n.º 2, do CPP, que o presente acórdão foi elaborado e revisto pela relatora, a primeira signatária)

*

Lisboa, 11 de Abril de 2019