



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

273266

CONCLUSÃO - 24-09-2020

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Ana Patrícia Brito)

=CLS=

*

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Por decisão de 10 de Janeiro de 2020, a Autoridade da Concorrência (de ora em diante AdC ou Recorrida), rejeitou, em definitivo, a pretensão da visada, aqui Recorrente, *Modelo Continente – Hipermercados, S.A.* (de ora em diante, Recorrente ou *Modelo*) de considerar «confidencial» e, portanto, protegidos por «segredo de negócio», elementos obtidos pela AdC, através de uma diligência de busca e apreensão de *correio electrónico aberto*. Em concreto, a Recorrente circunscreveu o objecto do presente recurso ao segmento da decisão recorrida que indeferiu i) «as classificações de confidencialidade com base em «Falta de Fundamentação», e que surgem identificadas com a menção «Falta de Fundamentação» na coluna M no quadro Excel que acompanha o Ofício Ref.^a S-AdC 2020/143 - PRC 2017/8 de 10 de Janeiro de 2020, e (ii) à decisão da AdC de indeferimento das classificação de confidencialidade com base em «Insuficiência de descritivo» por a VNC respectiva não incluir – relativamente às pessoas singulares mencionadas nas comunicações - menção de cargos e área dos colaboradores e empresas em que as mesmas trabalham» (cfr. pontos 40 e 41 das doudas conclusões de alegações de recurso).

Neste enquadramento e por conseguinte, a Recorrente imputa à decisão recorrida, de um lado, «vício de forma, por se encontrar insuficientemente fundamentada» e, por outro lado, violação do número 1, do artigo 30.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (de ora em diante, NRJC, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, com última alteração introduzida pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

*

Os autos de recurso interlocutório foram recebidos neste Tribunal, sendo que, por despacho de fls. 401 a 409 dos autos, foi atribuído efeito devolutivo ao recurso.

*

Ordenado o cumprimento do disposto no número 2 do artigo 64.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, pela *MCH, S.A.* foi dito opor-se à prolação de decisão por despacho, propugnando pela produção de alegações orais.

Considerando a pertinência do peticionado para a boa decisão da causa e melhor apreensão do objecto do recurso decorrente da imediação, designou-se data para esse efeito (cfr. acta).

A sobredita diligência revelou-se, particularmente, relevante para a compreensão das linhas gerais de dialética tensional que se estabelece, de um lado, entre a prossecução das atribuições punitivas da AdC e, de outro lado, dos Direitos de Defesa das Visadas, do que resultaram relevantes subsídios para a obtenção de um *justo equilíbrio*.

Contudo, cessada a imediação, há que proferir decisão mas a partir do objecto de recurso, tal como especificamente, delimitado pelas doutas conclusões de recurso da Recorrente, que circunscrevem a medida de jurisdição do Tribunal.

*

A Recorrida, Autoridade da Concorrência, apresentou alegações, propugnando pela improcedência do recurso e pela manutenção da decisão censurada (fls. 217 a 394).

*

Questão prévia: irregularidade, por falta de fundamentação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

De acordo com as dought conclusions of recourse, the decision appealed suffers from irregularity, for lack of justification (points 3 to 9). For this, the Recurrente invoked that that decision is «inintelligible, generic and very distant from the minimum duty of justification», given that it limited itself to proceeding to a «identification of the motives of indeferimento», with what it made «inintelligible what the cognitive path and the valuation followed by the AdC, in each of these segments» - points 2 and 3 of the requirement of fls. 368 and 368v of the autos.

Apresiasi.

The duty of justification of the decision condenatória is based on what is provided in article 205.º of the Constitution, as a corollary of the principles of good administration of Justice, in a State of Law and of the right to a fair process, guaranteed by the European Convention of Human Rights.

However, according to consolidated jurisprudence of the Supreme Tribunal of Justice – the purpose of the nullity defect is full transposition – the «lack of justification implies the non-existence of the facts and of the law that justify the decision and only the absolute lack of justification determines its nullity¹».

Of equal sort, it clarifies the STJ that, «the lack of justification does not confuse, or not can have the same comprehensive dimension, the lack of conviction that this justification operates in the addressee. For this the justification can not be sufficient for the ends that pursues and that desires of the decision of the jurisdictional body, but this perspective cannot obscure the constitutional purpose of the duty of justification as a general and common duty of perception of the sense of the decisions by all those who take knowledge of or who are addressees.²»

Reverting to the concrete case, it is observed, by means of simple reading, that whether in the notification of the *sentido provável da decisão* (spd), whether in the decision of 10 of January of 2020, the AdC proceeded to the explicitation, detailed, coherent and intelligible, of the procedure adopted for, defer or defer, the request for confidentiality presented by the Recurrente.

¹ Acórdão do STJ, de 24-01-2018, proferido no Proc. nº 3/12.2GAVVC-B.S1 – 3.ª Secção, disponível no site do itij.

² Acórdão do STJ, de 11-01-2018 Proc. nº 111/02.8TAALQ.L1.S1 – 3.ª Secção, disponível no site do itij.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

Na verdade, na notificação *spd*, a AdC juntou, ao ofício, tabelas anexas com os seguintes descritores: confidencialidade diferida; motivo do indeferimento; no caso de indeferimento respeitante a falta de fundamentação a AdC apresentou, para isso, uma justificação; no caso de o indeferimento respeitar a falta e/ou insuficiência do descritivo, a AdC explicitou qual a indicação que deveria constar do mesmo. Como se pode ler no ponto 16 da decisão recorrida (fls. 355 destes autos):

«16. Foi esta a razão pela qual a AdC optou por:

- i. Nos casos em que o motivo de indeferimento se deve a falta de fundamentação identificar uma ou várias das seguintes opções: a informação em causa não constitui segredo de negócio ou outro tipo de segredo por (i) não ser secreta, ou (ii) não ter valor comercial por ser secreta, ou (iii) não ter sido objecto de diligências consideráveis para a manter secreta e/ou não ter ficado demonstrado que a sua divulgação pública ou mera transmissão a pessoas diferentes daquelas que a forneceram ou que delas tenham conhecimento é susceptível de lesar gravemente os interesses da empresa; e
- ii. Nos casos em que o motivo de indeferimento se deva a falta e/ou insuficiência de descritivo, detalhar, na coluna correspondente da tabela, indicações sobre o preenchimento do mesmo.»

Tal ponto de fundamentação deve, ainda, ser objecto de conjugação com o teor do descrito nos pontos 5 e 6 da decisão recorrida, em cujo teor se explicita, com reporte às colunas insertas nas «Tabelas de confidencialidade», os critérios abstractos de ponderação utilizados pela AdC. Neste *iter* e, seguidamente, constata-se que, no ponto 6 da decisão recorrida, a AdC procede ao detalhamento e individualização dos fundamentos do indeferimento relativamente a «procedimentos internos de marcação de preços, análise de preços, política comercial, negociação com fornecedores, acções promocionais, *shopping* e condições comerciais»; os fundamentos em que se estribou o indeferimento em matéria atinente aos «intervalos de valor», «aos PVP's», «à protecção de dados pessoais».



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

É, pois, manifesto, que o argumentário usado pela Recorrente para fundar uma pretensa irregularidade, por falta de fundamentação, se acha votado ao insucesso, sendo que tal argumentário não corresponde a uma *verdadeira questão prévia*, mas antes traduz o (legítimo) inconformismo da Recorrente com o mérito da decisão final.

Termos em que se julga improcedente, por não verificada, a aludida irregularidade da decisão recorrida, por falta de fundamentação.

*

Não se verificam nulidades ou questões prévias que cumpra conhecer e que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) De facto

Com interesse para o objecto dos autos, encontra-se assente a seguinte factualidade:

- I. No âmbito do processo de contraordenação que correu termos na AdC (sob a referência interna PRC/2016/4), a Recorrente foi sujeita a uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público;
- II. Aquelas diligências deram origem à extracção de uma certidão que fundou outro processo de contraordenação (com a referência interna PRC/2017/8), investigando-se uma eventual infração sobre preços de revenda dos produtos nos supermercados aos consumidores finais e sobre o nível de preços praticados pelas insígnias concorrentes para os mesmos produtos, que envolve a Recorrente e outras Co-Visadas;
- III. O sobredito processo de contraordenação foi sujeito a segredo de justiça, por deliberação do Conselho de Administração da AdC;
- IV. Nesta sequência, a AdC notificou as empresas Visadas no processo de contraordenação, incluindo a aqui Recorrente, para identificarem, de maneira fundamentada, as informações apreendidas consideradas confidenciais por motivo de segredo de negócio e, sendo o caso, juntarem versão não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

- confidencial desses documentos (mais se informando as empresas de que, nos termos da lei, a não identificação de eventuais confidencialidades, a falta de fundamentação ou a falta de envio de versão não confidencial de documentos confidenciais determina a publicidade da informação);
- V. Para tanto, a AdC exortou a Recorrida a observar as orientações contantes do anexo I ao ofício S-AdC/2018/1421, por um lado; por outro lado, a AdC remeteu à Recorrente um suporte de armazenamento externo com toda a documentação em causa acompanhada de uma tabela/índice de todos os documentos apreendidos, elaborada pela AdC para facilidade de identificação pela empresa de eventuais confidencialidades e sua fundamentação;
- VI. A Recorrente respondeu ao pedido de identificação de confidencialidades, por referência aos 84 documentos eletrónicos e 23 documentos em papel;
- VII. De seguida, a AdC notificou a Recorrente do *sentido provável de indeferimento* quanto ao pedido de proteção de confidencialidade relativo à prova apreendida, concedendo-lhe prazo para «dizer o que tivesse por conveniente»;
- VIII. Em concreto, relativamente à prova apreendida, a AdC explicitou que foi deferido o pedido de proteção de confidencialidades relativamente a 15 documentos em papel e a dois documentos eletrónicos; mas que o pedido da Recorrente não poderia ser aceite (i) relativamente a 2 documentos eletrónicos, com fundamento no não preenchimento dos critérios de fundamentação exigidos no n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência (e vertidos nas Orientações constantes do Anexo I ao pedido enviado em maio); (ii) relativamente a 10 documentos eletrónicos, por falta de descritivo suficiente; (iii) relativamente a 67 documentos eletrónicos, por falta de fundamentação e falta de descritivo; (iv) relativamente a 4 documentos em papel, por falta de descritivo suficiente; (v) relativamente a 6 documentos em papel, por falta de fundamentação e falta de descritivo;
- IX. Nas *versões não confidenciais* (VNC) apresentadas pela Recorrente à AdC, aquela substituiu o nome dos colaboradores, envolvidos ou mencionados nas comunicações, por siglas;
- X. A AdC rejeitou esse procedimento, invocando que tal descritivo é insuficiente, pois que a «VNC tem de permitir intuir cargos e áreas de colaboradores, empresas envolvidas»;
- XI. A Recorrente apresentou *Resposta* ao sentido provável de decisão, reiterando e densificando as razões pelas quais considera que a informação classificada como confidencial deveria beneficiar de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

proteção e apresentou novas versões não confidenciais e/ou sumários ou descrições resumidas reformuladas da informação protegida;

- XII. A Recorrente alterou a suas VNC, de modo a que nas mesmas passasse a figurar, sempre que tal se encontrasse igualmente do original, a menção [Email Sonae] ou Email [Fornecedor], conforme o caso; além disso, aditou, em cada documento contendo uma menção ao cargo, área e actividade ou empresa do colaborador em causa, essa menção fosse evidenciada na respectiva VNC;
- XIII. Em 10.01.2020, a AdC indeferiu o pedido de proteção de confidencialidade da Recorrente (ofício S-AdC/2020/143), fundado na circunstância de a Recorrente não ter logrado satisfazer o solicitado, por não ter enviado as fundamentações adequadas, as reformulações de descritivos apresentados e novas versões não confidenciais, em que observasse o vertido em IX;
- XIV. Além disso, vários pedidos de informação confidencial foram rejeitados, pela AdC, com fundamento na perda de confidencialidade pelo decurso do tempo, com fundamento na circunstância de a informação em causa não constituir *segredo de negócio ou outro tipo de negócio* e, finalmente, por se tratar de informação passível de consubstanciar um *comportamento ilícito, objecto da investigação*;
- XV. Em 24.01.2020, a Recorrente enviou novas versões não confidenciais dos documentos e, em 06.02.2020, apresentou um requerimento com pedido de correção de lapso em ficheiros já entregues.
- XVI. Entretanto, foi proferida nos autos Nota de Ilcitude (nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, em 26.06.2020) sendo visados no processo de contraordenação PRC/2017/8, as seguintes empresas e pessoas singulares (para além da Modelo Continente Hipermercados, S.A.): Sogrape – Distribuição, S.A., Auchan Retail Portugal, S.A., Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A, Cooplecnorte – Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços, C.R.L., ITMP Alimentar, S.A., [REDACTED] e [REDACTED], todos com I. Mandatários constituídos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

Motivação:

A factualidade acima discriminada resulta da apreciação crítica da documentação junta aos autos, em concreto, o teor da decisão impugnada, concatenada com os demais documentos n.ºs 1 a 19 junto com as alegações de recurso da AdC (fls. 276 a 394 do 2.º volume dos autos). Procedeu-se, ainda, à análise crítica de documentos juntos na sequência das alegações orais produzidas.

B) De Direito

Atento o supra explanado, o *thema decidendum* nestes autos respeita a apurar se, ao indeferir parcialmente os pedidos de *confidencialidade* peticionados pela Recorrente, a AdC postergou o disposto no número 1 do artigo 30.º do NJC, ao recusar a protecção de confidencialidade a excertos de comunicação onde são referidas a «metodologia e métrica específicas de análise, assentes em índices de preços (...), desenvolvidas para avaliação do seu posicionamento competitivo no mercado, perante concorrentes e produtos específicos» e bem assim quando está em causa matéria atinente a «preços em negociações com o fornecedor» e «procedimentos internos de marcação de preço».

Mais argumenta a Recorrida que a decisão censurada pôs em crise o «direito fundamental à protecção de dados pessoais de cada um dos colaboradores envolvidos na troca de e-mails», alegadamente previsto no artigo 35.º da Constituição. De acordo com a Recorrente, a exigência da AdC, de introduzir na VNC «*informação suplementar à que consta do documento original*» é irrazoável e desproporcional (cfr. artigos 69.º a 72.º das doudas conclusões de recurso, fls. 65, 1.º volume dos autos).

Finalmente, a Recorrente insurge-se contra o indeferimento de protecção de informação como *confidencial*, com fundamento no decurso do tempo.

Vejamos, pois.

Sob a epígrafe *segredo de negócio*, dispõe aquele preceito que

- 1- Na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo seguinte.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

- 2- Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas.
- 3- Sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio, concede à empresa, associação de empresas ou outra entidade a que as mesmas se referem a oportunidade de se pronunciar, nos termos do número anterior.
- 4- Se, em resposta à solicitação prevista nos n.os 2 e 3 ou no artigo 15.º, a empresa, associação de empresas ou outra entidade não identificar as informações que considera confidenciais, não fundamentar tal identificação ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas, as informações consideram-se não confidenciais.
- 5- Se a Autoridade da Concorrência não concordar com a classificação da informação como segredos de negócio, informa a empresa, associação de empresas ou outra entidade de que não concorda no todo ou em parte com o pedido de confidencialidade.

A densificação normativa do conceito de *segredos de negócio* opera-se, de acordo como trilho prosseguido pela jurisprudência do TJUE³, com a verificação dos seguintes requisitos cumulativos:

- (i) as informações têm de ser do conhecimento de um número restrito de pessoas;
- (ii) deve-se tratar de informações cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro;
- (iii) e é necessário que os interesses que possam ser lesados pela divulgação da informação sejam objetivamente dignos de proteção.

Para que seja reconhecida a protecção de confidencialidade, estabelece, ainda, a sobredita jurisprudência da EU, que recai sobre o titular da informação o ónus de demonstrar que: (i) as informações são do conhecimento de um número restrito de pessoas; (ii) são informações cuja divulgação pode causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro; (iii) e os interesses que podem ser lesados pela divulgação da informação são objetivamente dignos de proteção. (...) em síntese final, se conclui que o ónus de fundamentação se basta com a

³ Neste sentido, cf. decisões proferidas nos processos T-474/04 Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse v Comissão, EU:T:2007:306, §65, T-88/09, Idromacchine v Comissão, EU:T:2011:641, § 45, e, a propósito do âmbito mais geral do segredo profissional, as decisões proferidas nos processos T-198/03 Bank Austria Creditanstalt AG c. Comissão Europeia, § 71, e T-345/12, Akzo Nobel e Outros v Comissão, EU:T:2015:50, § 65, e Evonik Degussa v Comissão, EU:T:2015:51, § 94



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

demonstração dos seguintes elementos: (i) as informações são do conhecimento de um número restrito de pessoas; (ii) são informações cuja divulgação pode causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro; (iii) e os interesses que podem ser lesados pela divulgação da informação são objetivamente dignos de protecção.

Revertendo ao enquadramento jurídico nacional, verifica-se que a norma constante no artigo 30.º do NRC comporta um *desvio* ao princípio geral da publicidade do processo, constante no artigo 32.º do NRC.

Por outro lado, tal norma carece de concatenação com a normatividade constante no artigo 33.º do NRC, que assegura às Co-Visadas o acesso aos autos para efeitos de exercício pleno dos seus direitos de defesa.

Neste conspecto, a decisão de protecção como *confidencial* de determinada matéria impõe – como se inculca dos requisitos formulados por aquela Jurisprudência - o empreendimento de um juízo casuístico e fundado, na medida em que demanda a ponderação dos efeitos de tal protecção sobre o exercício efectivo do direito de defesa das Co-Visadas, de um lado; e a ponderação dos efeitos sobre tal protecção no exercício dos poderes de fiscalização, regulação e punição atribuídos, por lei, à Autoridade Reguladora.

Por conseguinte, dúvidas não existem no sentido de que, neste enquadramento de interesses conflituantes em presença, é à Recorrente que compete observar o tríptico ónus, que sobre si impende, justificador da concessão de protecção de confidencialidade: i) o ónus de identificação das informações que considera confidenciais; ii) o ónus de fundamentação de tal identificação; iii) e, finalmente, o ónus de fornecimento de uma cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das mesmas.

Assim, a procedência ou improcedência do presente recurso decorre de, casuisticamente, se considerar, ou não, justificada a decisão da AdC de recusar a peticionada confidencialidade⁴.

Ora, antes demais, compulsados os autos (e documentação junta) verifica-se que a decisão recorrida adoptou, de modo prévio e abstracto, um modelo por meio do qual conferiu à Visada as «orientações necessárias para realizarem o tratamento de confidencialidades», através da remessa de uma «tabela onde consta a informação em causa, o fundamento da necessidade de

⁴ No sentido de que a tomada de decisão a este propósito demanda, necessariamente, um juízo de ponderação, cfr. a, título meramente exemplificativo, o Acórdão do TJUE de 30 de maio de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comissão (T-198/03, EU:T:2006:136). Sobre a temática cfr. também o acórdão AKZO Chemie/Comissão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

comercialização e o descritivo da informação a confidenciar». Em seguida, em cumprimento do disposto no número 5, do artigo 30.º do RJC, a AdC notificou a Recorrente do *sentido provável da decisão*, explanando uma análise integrada das tabelas num ofício próprio para o efeito, esclarecendo, de um lado, a admissibilidade da categorização como *confidencial* da informação e, por outro lado e em contraponto, o indeferimento do peticionado, para o que juntou a pertinente fundamentação, com uma pluralidade de justificações, como seja *a informação não é secreta, a informação não tem valor comercial pelo simples facto de não ser secreta, a informação não foi objecto de diligências consideráveis para ser considerada secreta, não ficou demonstrado que a divulgação pública ou mera transmissão a pessoas diferentes daquelas que as fornecem ou que delas tenham conhecimento é susceptível de lesar gravemente os interesses da empresa*. Além disso, nos casos em que a AdC aceitou o carácter confidencial da informação mas considerou insuficiente ou omissa o correspondente *descritivo*, a decisão recorrida logrou explicitar que o sumário ou a descrição resumida não satisfaziam o normativo em causa, na medida em que «não permitia apreender o seu conteúdo e matéria».

Vem isto a propósito de se pretender enfatizar que a AdC proporcionou, assim, à Recorrente, efectivas condições para o exercício do ónus que a Lei lhe impõe, em matéria de protecção da confidencialidade, incluindo, o estabelecimento da dicotomia entre improcedência do peticionado por *falta de fundamentação* e por *falta de descritivo*.

Ora, relativamente ao segmento da decisão recorrida que recusou a protecção de confidencialidade a matéria que, segundo a Recorrente, continha *segredo de negócio* (cfr. ponto 199.º das Alegações de recurso, constante de fls. 259 dos autos), constata-se que a recusa se fundou na circunstância de a matéria em causa não poder merecer a sobredita protecção por conter informação susceptível de configurar a infracção objecto de investigação dos autos contraordenacionais. Com efeito, sem prejuízo dos demais requisitos, afigura-se proporcional e adequado estabelecer como limite, ao tratamento confidencial, a circunstância de essa informação constituir, ela própria, matéria susceptível de configurar a postergação das regras da concorrência. Na verdade, pese embora a menor densidade axiológica subjacente às condutas contraordenacionais, as mesmas tutelam, ainda assim, relevantes bens jurídicos, cuja competência para assegurar a sua observância se encontra cometida a entidades reguladoras. Donde, o exercício das competências de fiscalização e censura sobre comportamentos anticoncorrenciais seria, desproporcionadamente, coarctado se a AdC ficasse privada de escutar, com detalhe e profundidade, a observância dos ditames



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

concorrenciais devido à supremacia do valor *segredo de negócio*. Note-se, aliás que, procurando temperar os riscos decorrentes da quebra de confidencialidade, a AdC sujeitou os autos contraordenacionais a segredo de justiça, assim mitigando eventuais constrangimentos decorrentes do indeferimento da peticionada confidencialidade.

Por outro lado, conforme explicitado na decisão recorrida, o objecto dos autos contraordenacionais em investigação abarca outras Visadas, cuja compressão do exercício efectivo de Defesa se acharia, desproporcionadamente, afectado, caso se vissem privadas de aceder à informação apreendida à Recorrente, com fundamento na circunstância de a mesma constituir *segredo de negócio*. Com efeito, por força do disposto no número 10, do artigo 32.º da Constituição, dúvidas não restam de que o arguido, visado em processo contraordenacional, goza de um direito de defesa constitucionalmente tutelado, de matriz idêntica ao conferido ao arguido visado em sede de processo penal⁵.

De igual sorte, não está aqui em causa qualquer postergação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*⁶ pois que, a informação, em causa, foi obtida na sequência de uma busca e apreensão determinada pelo Ministério Público e tal princípio comporta excepções⁷, quer em

⁵ Neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/2015, disponível no site do TC: *Tem-se assistido ao progressivo abandono da interpretação restritiva e redutora da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo vindo já o Tribunal Constitucional defender que as garantias dos arguidos nos processos sancionatórios não se limitam a estes direitos de audição e defesa e reconhecido a existência de um evidente paralelismo entre o processo criminal e o processo contraordenacional, que é conformado por princípios básicos daquele, tendo em conta os interesses subjacentes. Tal ordem de considerações sai, evidentemente, reforçada quando o RGCO manda aplicar ao respetivo processo, por via de direito subsidiário, a lei do processo criminal.*

X. É, ainda, entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional que os direitos e garantias do arguido em sede de processo contraordenacional não se esgotam, ou limitam ao referido n.º 10 do artigo 32.º da CRP, desenvolvendo-se e concretizando-se ao longo de outros; preceitos constitucionais, ou seja, o direito de impugnação perante os tribunais das decisões sancionatórias em causa, direito que se funda, em geral no artigo 20.º, n.º 1, e, especificamente para as decisões administrativas, no artigo 268.º, n.º 4, da CRP.

⁶ Como é sabido, a Constituição não consagra *expressis verbis* o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o que, contudo, não obsta ao seu reconhecimento como um princípio constitucional implícito a que corresponde um direito fundamental não escrito (neste sentido, v. entre muitos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 120 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas” (Parecer) in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 38-39 e AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 14-15.

A este respeito, na jurisprudência, cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 695/95, 542/97, 304/2004, 181/2005, 155/2007, 461/2011, 340/2013 e 360/2016 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 14/2014, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, de 21 de outubro de 2014.

⁷ Sobre o carácter não absoluto e as exceções, cfr. o Acórdão n.º 373/2015 e com referência à Autoridade da Concorrência e à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, respetivamente, os Acórdãos n.ºs 461/2011 e 360/2016.

Na doutrina, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas” (Parecer), cit., pp. 17-27; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *O Novo Regime dos Crimes e Contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 103



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

matéria de processo penal, quer no plano contraordenacional, designadamente, no que tange aos denominados *deveres de colaboração*, fundados em razões de eficiência e apuramento da verdade material.

Ainda no que tange ao segmento de recusa de protecção de confidencialidade estribado na *falta de fundamentação*, importa salientar que bem andou a decisão da AdC ao recusar a protecção de confidencialidade relativamente à informação atinente a *preços ou PVP's* (cfr. ponto 203 das alegações da AdC), pois que, não sendo tal natureza secreta, não é idónea a merecer tratamento de protecção de confidencialidade. Neste enquadramento, também não merece censura o segmento, da decisão recorrida, que invocou a recusa de concessão de protecção de confidencialidade com fundamento no decurso do tempo, na medida em que constitui jurisprudência estabilizada, do Tribunal de Justiça da União Europeia⁸, o entendimento de que as informações datadas de «há mais de cinco anos, perderam o seu carácter confidencial e devem ser tidas por *históricas*». De igual sorte, também não merece reparo a recusa de concessão de confidencialidade aos documentos em papel melhor identificados no ponto 205 das alegações da AdC (fls. 260 dos autos), por se tratar, igualmente, de matéria não sujeita a segredo de negócio, logo desprovida de carácter confidencial.

Em síntese, neste trecho, a Recorrente não logrou demonstrar, como lhe competia, por um lado, a natureza secreta da informação visada e, por outro lado, a existência de prejuízo decorrente da não concessão de protecção de confidencialidade. Por outro lado, em contraponto, apurou-se que a informação em causa respeita, em larga medida, a matéria não protegida por segredo de negócio por se tratar de matéria objecto de investigação contraordenacional,

e ss.; *idem*, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação” (Parecer) in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit., pp. 70-85; e NUNO BRANDÃO, “Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, N.º 1 (jan.-mar., 2014), p. 29 e ss., pp. 38 e 47-51). PAULO DE SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, N.º 1 (jan.-mar, 2010), p. 121 e ss., pp. 136-139; *idem*, “A utilização em processo penal das informações obtidas pelos reguladores dos mercados financeiros” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 587 e ss., pp. 590-594.

Em idêntico sentido, a jurisprudência do TEDH, nos Acórdãos de 8 de abril de 2004, *Weh v. Áustria*, Queixa n.º 38544/97, §§ 44 e 45, e de 29 de junho de 2007, *O'Halloran and Francis v. Reino Unido*, Queixas n.ºs 15808/02 e 25624/02, § 53.

⁸ Neste sentido, os despachos do presidente da Quarta Secção do Tribunal Geral de 22 de fevereiro de 2005, *Hynix Semiconductor/Conselho*, T-383/03, Colet., p. II-621, n.º 60, e do presidente da Oitava Secção do Tribunal Geral de 8 de maio de 2012, *Spira/Comissão*, T-108/07, n.º 65.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

indiciadora da violação das regras da concorrência. Finalmente, neste conspecto, a recusa de protecção confidencialidade destinou-se ainda a possibilitar às Co-visadas o exercício efectivo do seu direito de defesa, pois que só a recusa de confidencialidade lhes confere acesso ao seu teor, para efectiva e cabal contraditção.

No que concerne aos pedidos indeferidos com fundamento na *falta de descritivo* (documentos com os identificadores MCH1997 e MCH1235), a Recorrente não observou o ónus de explicitação da fundamentação da sua pretensão, nos termos determinados pela AdC, razão que conduziu ao indeferimento daquela. Por seu turno, como salienta a AdC, do cotejo da tabela *excel*, anexa à decisão final, resulta que, com reporte aos documentos constantes no ponto 199 das alegações da Adc (com exceção dos documentos com os identificadores MCH372 e MCH2388), a Recorrente não apresentou uma versão não confidencial consentânea com as orientações da AdC no que respeita à identificação de pessoas singulares, o que importa o indeferimento global do peticionado, nos termos constantes no número 4 do artigo 30.º do NRC.

Finalmente, cumpre apreciar e decidir sobre a alegada violação do artigo 35.º da Constituição, invocado pela Recorrente para não fornecer à AdC a informação relativa aos *cargos, áreas e empresas* mencionados na correspondência electrónica. Segundo a Recorrente, a concessão à AdC daquela informação consubstancia um *aditamento* à informação originalmente constante do teor daqueles documentos, sendo informação de natureza pessoal protegida por aquela norma jusfundameantal. Por seu turno, a Recorrida aventa que não se trata de um *aditamento* mas da mera *substituição dos nomes próprios ou dados pessoais existentes* por informação que, para efeito de investigação dos autos contraordenacionais, permita inferir a função e papel de cada um nas empresas em causa.

Vejamos, pois.

Antes de mais, importa precisar que a autodeterminação comunicativa não se confunde com a autodeterminação informativa. Na verdade, o objeto de protecção do *direito à autodeterminação comunicativa* reporta-se a *comunicações individuais* efetivamente realizadas ou tentadas e só essas é que estão cobertas pelo sigilo de comunicações. Naquele outro direito tutela-se as *informações pessoais* recolhidas e tratadas por entidades públicas e privadas, cuja forma de tratamento e divulgação pode propiciar ofensas à privacidade das pessoas a que digam respeito».



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

O artigo 35.º da Constituição consigna “*um direito fundamental à autodeterminação informativa, traduzido num conjunto de direitos relacionados com o tratamento automático das informações pessoais dos cidadãos, que visam, simultaneamente, protegê-las perante ameaças de recolha e de divulgação, assim como de outras utilizações possibilitadas pelas novas tecnologias, e, também, assegurar aos respetivos titulares um conjunto de poderes de escolha nesse âmbito*”⁹. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, «a fórmula *tratamento* abrange não apenas a individualização, fixação e recolha de dados, mas também a sua conexão, transmissão, utilização e publicação. O enunciado linguístico *dados* é o plural da expressão latina *datum* e está utilizado na Constituição no sentido que hoje lhe empresta a ciência informática: representação convencional de informação, sob a forma analógica ou digital, possibilitadora do seu tratamento automático (introdução, organização, gestão e processamento de dados)¹⁰».

No que concerne à utilização da informática, a normatividade ínsita no artigo 35.º da CRP postula «o direito a conhecer a informação que sobre cada um de nós é tratada, e que se traduz, no essencial, no direito de saber *que* dados pessoais estão a ser recolhidos, utilizados conservados, comunicados e para que finalidade, e ainda por quem estão a ser tratados – *o quê, por quem, para quê?* – de modo a permitir aos cidadãos deter ou retomar o controlo sobre os seus dados. A este conjunto de pretensões jurídico-subjetivas, refletidas no n.º 1 do artigo 35.º, a doutrina portuguesa, por inspiração germânica, chamou *direito à autodeterminação informativa*, o qual, em certa medida, abrange ainda o direito à retificação ou atualização dos dados, ainda que esta seja já uma dimensão subjetiva que pressupõe a concretização daquelas dimensões¹¹».

Donde, esclarece o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 403/2015, «o direito à autodeterminação informativa confere assim a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, desdobrando-se em vários direitos: «a) *o direito de acesso*, ou seja o direito de conhecer os dados constantes de registos informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados); b) *o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito ao esclarecimento* sobre a finalidade dos dados; c) o direito de contestação, ou seja o direito à

⁹ Catarina Sarmento e Castro, “40 Anos de “Utilização da Informática” - O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, in *e-Pública* vol. 3, n.º 3, dezembro 2016, págs. 42-66.

¹⁰ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, *ob. cit.*, pág. 550.

¹¹ Filipa Urbano Calvão «O direito fundamental à proteção dos dados pessoais e a privacidade 40 anos depois», *Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa, Impacto e Evolução*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017, p. 89.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

retificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável; d) *o direito de atualização* (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desatualização); e) finalmente, *o direito à eliminação* dos dados cujo registo é interdito»; e o direito a conhecer a finalidade a que se destinam os dados é «um direito à autodeterminação sobre informações referentes a dados pessoais que exige uma proteção clara quanto ao «desvio dos fins» a que se destinam essas informações. Daí as exigências jurídico-constitucionais relativas às finalidades das informações: (1) *legitimidade*; (2) *determinabilidade*; (3) *explicitação*; (4) *adequação e proporcionalidade*; (5) *exatidão e atualidade*; (6) *limitação temporal* (cf. *ob. cit.* Vol. I, págs. 552 e 553). Acresce que as pessoas têm não apenas o direito de saber o que a seu respeito consta dos registos informáticos, mas também o direito de que esses dados sejam salvaguardados contra a devassa ou difusão. Por sua vez, este último direito engloba vários *direitos específicos*: (a) a proibição de acesso de terceiros a dados pessoais (artigo 35.º, n.º 4, da Constituição); (b) proibição da interconexão de ficheiros de bases e bancos de dados pessoais (artigo 35.º, n.º 2, da Constituição)».

Desta breve e perfunctória *excursão* resulta que os dados pretendidos pela Recorrida não integram o núcleo duro dos dados constitucionalmente tutelados – os denominados dados sensíveis – por se tratarem apenas de descritivos atinentes à categoria e escopo das funções desempenhadas, num dado enquadramento empresarial e temporalmente balizadas.

De igual sorte, resulta do número 4 do artigo 35.º da Constituição, que aquele direito não é absoluto, consentido exceções, a apreciar à luz do disposto nos números 2 e 3 do artigo 18º da Constituição. Ora, precisamente entre essas exceções, tem-se divisado a utilização de dados pessoais para fins de investigação criminal, designadamente como meio de prova em processo penal¹². É certo que, estamos em sede contraordenacional, mas a verdade é que se afigura proporcional e necessário à prossecução dos fins aqui em causa, o acesso àqueles dados. Efectivamente e desde logo, o processo contraordenacional acha-se, igualmente, estribado em princípios de interesse público, norteados pelo princípio da descoberta da verdade material, razão

¹² Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, na *ob. cit.*, pág. 555, PAULA RIBEIRO FARIA, em “Constituição Portuguesa Anotada” dirigida por Jorge Miranda e Rui Medeiros, tomo 1, pág. 383, da ed. de 2005, da Coimbra Editora, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, em “Protecção de dados pessoais e direito à privacidade”, em “Direito da sociedade da informação”, vol. I, pág. 252, da ed. de 1999, da Coimbra Editora, e o Parecer n.º 21/2000 da P.G.R., pub. no D.R. II Série, de 28-8-2000.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

porque se considera que o seu acesso, neste enquadramento, se acha justificado. Note-se, aliás, que a decisão recorrida admite, como forma de mitigar a ingerência necessária, a «substituição dos nomes dos colaboradores por siglas» (ponto iv, de fls. 354 dos autos) ou a junção, pela Recorrente, de «um documento autónomo que faça a devida correspondência entre as siglas e a identificação dos cargos, áreas e empresas respectivas».

Por outro lado, trata-se de dados de reduzida incidência na reserva da vida privada, pois que, de acordo com a *normalidade social*, a identificação de empresas e pessoas singulares, assim como, a revelação da sua categoria profissional e as funções exercidas são matéria desprovida de carácter reservado ou confidencial.

Finalmente, importa referir que, conforme consta da decisão recorrida, paralelamente ao pedido de revelação daqueles dados, a AdC alargou o âmbito subjectivo da sua investigação, pelo que algumas delas assumiram a qualidade de visadas no processo.

Por último, cumpre aduzir um argumento fundante do sentido decisório que ora se preconiza resultante, em larga medida, da dialética ocorrida em sede de alegações produzidas nos autos: afigura-se-nos deveras duvidoso que a Recorrente tenha legitimidade para invocar a postergação de pretensos direitos fundamentais dos seus trabalhadores.

Por outras palavras, pelas razões acima explanadas, os dados aqui em causa não integram, salvo melhor opinião, a normatividade do preceito convocado; contudo, se assim não se entendesse, estar-se-ia na presença de direitos individuais cuja representatividade e exercício de tutela jurisdicional não foi transferida para a Recorrente por força da relação de trabalho estabelecida com os seus trabalhadores. Com efeito, para o que ora releva, não estão em causa direitos *fundamentais* da Recorrente, enquanto pessoa colectiva. Estão em causa pretensos direitos fundamentais de pessoas singulares, maiores e capazes, que, contudo, a Recorrente se propõe, por esta via adjectiva, tutelar, *representando-os* em juízo. Ora, precisamente, por se tratarem de direitos individuais, não tem a Recorrente legitimidade processual para demandar que lhes seja conferida protecção, pois que tal *reivindicação* só pelos próprios pode ser empreendida.

Razão porque, também por esta via, haveria que julgar improcedente o peticionado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo – J1

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 73/20.0YUSTR-A

Não se divisa, por isso, qualquer postergação - desadequada, desproporcionada ou injustificada - do direito jusfundamental à *autodeterminação informativa*, consagrado no artigo 35.º da Constituição.

A douta decisão recorrida não merece, por isso, reparo, achando-se, legal e constitucionalmente, conforme, como decorre da fundamentação supra.

Termos em que, pelas razões supra expostas, não pode o recurso proceder.

*

III – DISPOSITIVO

Em face do exposto e com os fundamentos acima explicitados, julga-se improcedente o douto recurso apresentado, confirmando-se a douta decisão recorrida.

Uma vez que o recurso foi julgado totalmente improcedente, são devidas custas pelo Recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 3 UC's, nos termos previstos nos artigos 93.º, n.º 3 e 4, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigo 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais.

*

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

9 de Outubro de 2020

(até 30.9, elaboração de sentença nos autos de RCO de nível 3 n.º 322/17; após prolação de sentenças nos RCO's 136/20 e 169/20)

A Juíza de Direito

Mariana Gomes Machado