



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

SENTENÇA

§1

¹ HOSPITAL PARTICULAR DO ALGARVE, SA apresentou recurso das decisões administrativas proferidas pela AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ofício número 1882/2021, de 6 de julho de 2021 e ofício número 2112/2021, de 27 de julho de 2021) que, na sequência do procedimento tendente à proteção de informação confidencial, indeferiu os pedidos de confidencialidade formulados, bem como, na sequência deste, foi notificada pela Autoridade da Concorrência no sentido de serem levantadas algumas das confidencialidades a que estavam sujeitos elementos de prova, cuja divulgação se afere como necessária para a prova e imputação dos factos aos visados, em sede de nota de ilicitude. Inconformada, **arguiu as seguintes conclusões:** O presente recurso visa a anulação da Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida, emitida pela AdC, em 6 de julho de 2021 e a anulação da Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori emitida pela AdC, em 27 de julho de 2021, tendo em conta que entendimento da AdC, plasmado nas Decisões Recorridas, não tem qualquer correspondência na Lei, na verdade, contraria-a, e põe em causa os mais elementares direitos das entidades objeto da investigação, dos seus colaboradores e, algumas vezes, de terceiros, como veremos mais detidamente infra. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 175/2021, de 6 de abril de 2021, confirmou a interpretação da norma contida no artigo 85.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, no sentido em que, de entre os atos praticados pela AdC na fase administrativa do processo de contraordenação, “são suscetíveis de recurso aqueles que tiverem natureza decisória” (realçado nosso). Através das Decisões Recorridas a AdC decidiu de forma final não confidencializar informações mercedoras de proteção, com o intuito de permitir o acesso à mesma às demais entidades envolvidas no processo, bem como a terceiros. Este recurso representa a única via disponível para garantir que a AdC não divulga, de forma irrestrita e incondicionada, informação confidencial do HPA, dos seus colaboradores, de parceiros comerciais e outros terceiros (cuja desconfidencialização não cabe ao HPA decidir), incluindo nomeadamente através do acesso à Nota de Ilicitude e ao processo da AdC como um todo. Assim sendo, as Decisões Recorridas, que indeferiram os pedidos de tratamento confidencial das informações constantes dos documentos a incluir na imputação, são judicialmente impugnáveis, de forma autónoma e imediata, ao abrigo do disposto nos artigos 84.º e 85.º da LdC. Qualquer



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

entendimento contrário implicaria uma restrição excessiva do direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 18.º, n.º 2, com referência aos artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, todo da CRP). Não subsistem também dúvidas que o HPA, enquanto entidade diretamente visada pelas Decisões Recorridas e cujos direitos encontram-se na iminência de serem violados em resultado da implementação da Decisão, tem legitimidade para apresentar o presente recurso. Por fim, tendo por base o enquadramento legal aplicável aos recursos de decisões interlocutórias da AdC (i.e. artigos 84.º e 85.º da LdC), o presente recurso é apresentado de forma tempestiva, uma vez que é apresentado dentro dos 20 dias úteis após a emissão das Decisões Recorridas, em virtude da aplicação, por analogia, do Artigo 85.º, n.º 1 da Lei da Concorrência. Conforme se referiu supra, o presente recurso incide sobre a (i)legalidade da Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida de indeferir, arbitrariamente e sem qualquer fundamentação, a totalidade dos pedidos de tratamento de confidencialidade de informações constantes dos elementos de prova considerados pela AdC, pelo simples motivo de esta informação estar relacionada com “o comportamento ilícito objeto de investigação” e a (i)legalidade das Decisões sobre Confidencialidades nas Respostas aos Pedidos de Elementos e Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori de indeferir os pedidos de tratamento confidencial das informações constantes dos documentos a incluir na imputação permitindo a divulgação irrestrita e incondicionada de informações comercialmente sensíveis do HPA junto das demais visadas e, eventualmente, de terceiros. Pelo que, por força do presente recurso, a legalidade (em sentido amplo) do acesso à prova documental pelas co-Visadas e da divulgação de informação constante desta prova junto de terceiros está dependente, naturalmente, da decisão a proferir nos presentes autos, razão pela qual o mesmo deve ter subida imediata e efeito suspensivo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 407.º e no n.º 3 do artigo 408.º, ambos do CPP, aplicáveis ex vi, artigo 83.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do RGCO. De facto, a retenção do presente recurso torná-lo-ia “absolutamente inútil”, pelo que o mesmo deve, desde logo, ter subida imediata. Na verdade, o n.º 1 do artigo 407.º do CPP estipula que “sobem imediatamente os recursos cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis”. Ou seja, com o objetivo de evitar que um determinado recurso se torne um ato processualmente supérfluo, a lei impõe, verificadas determinadas circunstâncias, a sua subida imediata para o Tribunal superior. Consequentemente, e à luz do efeito suspensivo do presente recurso, deve a AdC suspender o acesso aos documentos do processo onde constam informações confidenciais do HPA e dos seus colaboradores, bem como suspender o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude. No âmbito do Mandado, as instalações do Recorrente HPA foram objeto de diligências de busca e de apreensão promovidas pela AdC, na presença do JIC de Portimão, em 10 de maio de 2019. Na verdade, não foi utilizado, neste âmbito, pela AdC qualquer mecanismo,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

designadamente a realização de pesquisas com base em palavras chave, destinado a salvaguardar (i) a distinção entre a interferência na correspondência e outros ficheiros; (ii) a existência de uma relação entre os ficheiros apreendidos e o objeto do Mandado; (iii) a informação pessoal do colaborador alvo de busca; bem como (iv) a informação coberta por sigilo médico ou por sigilo profissional de advogado. A AdC limitou-se a identificar o colaborador em causa e a copiar, com base numa diligência “relâmpago”, todos os emails em que este teve intervenção ao longo do respetivo exercício profissional no Recorrente, não cumprindo os requisitos legais que, no caso em apreço, tendo em conta a existência de sigilo médico, incluem a presença do Juiz de Instrução. Com efeito a exigência da presença do Juiz de Instrução em buscas neste âmbito não será, certamente, para que este se limite a assistir a uma cópia massiva e sem critério de milhares de documento, sem que pudesse ser exercido qualquer escrutínio. Consequentemente, a referida apreensão, sem qualquer limite, temporal, material ou outro, extravasou manifestamente o objeto do Mandado, numa flagrante violação das normas aplicáveis neste âmbito (i.e. artigo 17.º, n.º 2 e n.º 7 da Lei da Concorrência e artigos 124.º, 262.º, n.º 1 do Código de Processo Penal (“CPP”), aplicável ex vi artigo 13.º da Lei da Concorrência e artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações (“RGCÓ”)), bem como dos princípios constitucionais mais elementares, desde logo o princípio da proporcionalidade e necessidade e da reserva da intimidade da vida privada e familiar (cfr. artigos 18.º 26.º, n.º 1, 32.º, n.º 8 e 35.º, n.º 3 da CRP). Ademais, o Recorrente pode constatar subsequentemente que este *modus operandi* da AdC, que se afasta da prática decisória da Autoridade, lhe foi aplicado em exclusivo, no âmbito deste processo. De facto, diferentemente do que teve lugar com os outros visados no mesmo processo, de acordo com informação pública, a AdC, no caso do Recorrente, demitiu-se de fazer qualquer busca orientada por palavras chave relacionadas com o objeto do mandado. Em flagrante desigualdade em relação às demais visadas, também objeto de diligências de busca e apreensão, o Auto de Busca e Apreensão referente ao HPA referia que a cópia dos ficheiros massivamente copiados “será posteriormente triada e objeto de apreensão final por parte da Autoridade”, tendo este procedimento sido “validado pelo Meritíssimo Juiz de Direito”. O facto deste procedimento “em dois momentos” ter sido apenas aplicado ao Recorrente, e não a outras entidades objeto das mesmas diligências no âmbito deste processo, viola, flagrantemente, o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP. Também por este motivo, a ilegalidade das diligências e, consequentemente, a nulidade da documentação apreendida, foi suscitada no decurso das diligências, bem como no requerimento apresentado pelo Recorrente ao JIC em 26 de junho de 2019. Em resposta ao referido requerimento, o JIC proferiu o Despacho, em 12 de novembro de 2019, declarando “a nulidade da apreensão de todos os e-mails recolhidos na sede das requerentes, os quais após trânsito em julgado devem ser destruídos”. O



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Ministério Público e a AdC apresentaram, junto do TRL, recursos contra o Despacho, admitidos, respetivamente, por despachos de 20 de dezembro de 2019 e de 6 de janeiro de 2020 (processo n.º 3039/19.9T9LSB-A.L1). Certo de que os referidos recursos não procedem, o HPA apresentou, em 16 de março de 2020, a sua resposta aos ditos recursos, no sentido do entendimento incluído no Despacho ser mantido. Até à data, não foi proferida qualquer decisão por parte do TRL relativamente àqueles e não obstante o Despacho determinar a invalidade da informação apreendida, a AdC decidiu - num total esvaziamento das competências de fiscalização jurisdicional do JIC e de denegação absoluta do acesso à tutela jurisdicional efetiva, tal como decorre do artigo 20.º da CRP - incluir prosseguir a investigação com base na documentação apreendida nas instalações do HPA (e das outras Visadas) cuja apreensão, presentemente, é nula. Com efeito, não obstante a interposição de recurso por parte da AdC e do MP, no que concerne ao Despacho, junto do TRL e da apresentação de resposta por parte do HPA, em 16 de março 2020, a verdade é que, não tendo, até à data, sido proferida qualquer decisão por parte do TRL relativamente àquele, é manifesto que a nulidade da prova, decretada em primeira instância, se mantém, tendo o efeito suspensivo dos Recursos tão só e apenas sustido a ordem de destruição dos elementos de prova apreendidos e selecionados pela AdC nas instalações do Requerente e demais entidades visadas pelo processo. Assim sendo, a AdC decidiu prosseguir com o processo, impondo um ónus ao HPA para produzir versões não confidenciais dos documentos apreendidos - que, conforme detalhado infra, se revelou desnecessário, porque a AdC decidiu, finalmente, que nada podia ser confidencializado uma vez que a respetiva informação se relaciona com o objeto da investigação - enquanto a legalidade dos mesmos ainda não foi confirmada e cuja apreensão é presentemente nula. Consequentemente, as Decisões Recorridas são manifestamente ilegais, decorrendo estas do prosseguimento indevido do processo com base em prova nula, num total esvaziamento das competências de fiscalização jurisdicional do JIC e de denegação absoluta do acesso à tutela jurisdicional efetiva, em violação do artigo 20.º da CRP. Em qualquer caso, e independentemente da discussão supra, o entendimento plasmado na Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida é absolutamente inadmissível, não tendo qualquer correspondência na Lei ou prática relevante. Analisando, em detalhe, a justificação da AdC para o indeferimento das confidencialidades notamos que a AdC recorre, de forma inovadora e indiscriminada a uma de duas "fórmulas" gerais, idênticas entre si: (i) "Este pedido não poderá ser objeto de deferimento, uma vez que a informação em causa está relacionada com o comportamento ilícito objeto de investigação, não sendo, portanto, digna de proteção e não se considera demonstrado em que medida a informação em causa pode retirar capacidade competitiva à empresa, não se considerando que a sua divulgação possa causar um prejuízo sério."; e (ii) "É entendimento da AdC



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

que este pedido não poderá ser objeto de deferimento, uma vez que a informação em causa está relacionada com o comportamento ilícito objeto de investigação.”. Nesta sequência, o HPA apresentou, junto da AdC, em 18 de junho de 2021, um requerimento alegando e fundamentando a inadmissibilidade do entendimento plasmado no Novo SPD e reiterando o seu pedido de tratamento confidencial das informações já identificadas. A AdC ignorou o requerimento, emitindo, em 6 de julho de 2021, a Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida mantendo o entendimento plasmado no Novo SPD, sem se pronunciar sobre nenhum dos pontos levantados pelo HPA. Ora, o HPA não pode deixar de vir, de novo, usando as vias legais disponíveis, impugnar a Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida que materializa uma argumentação absolutamente incongruente e impõe uma situação de prejuízo particularmente grave dos direitos fundamentais das entidades envolvidas. Estamos, portanto, perante uma inovadora, e questionável, formulação para o indeferimento de pedidos de tratamento de confidencialidade de determinadas informações nos termos da qual a AdC poderá recusar a confidencialidade de qualquer informação que se relacione com o “comportamento ilícito objeto de investigação”. Será também difícil conceber, nesse caso, que informações poderiam ser alvo de confidencialização, já que não se compreende porque estariam no processo, e nos elementos de prova apreendidos e selecionados, informações que não se relacionem com o “comportamento ilícito objeto de investigação”. É também particularmente significativo que a AdC, na fase de inquérito, i.e., ainda antes de ser emitida a Nota de Ilicitude, se refira, nos dois parágrafos anteriormente mencionados, à conduta investigada como “comportamento ilícito”, o que implica que, por um lado, esteja a antecipar um juízo desfavorável em termos de licitude ou ilicitude dos alegados comportamentos e, por outro, esteja a fazer uso de um critério de juízo inacessível ao HPA, que não foi ainda, tanto quanto é do seu conhecimento, alvo de qualquer acusação. Em qualquer dos casos, conforme mencionado, o entendimento da AdC não tem qualquer correspondência na Lei e põe em causa os mais elementares direitos das entidades objeto de investigação, dos seus colaboradores e pacientes. De facto, em primeiro lugar, o n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência estabelece o seguinte: “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”. Esta obrigação de tutela resulta ainda do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, que aprova os estatutos da AdC nos artigos 89.º e 90.º do CPP, aplicáveis ex vi artigo 41.º do RGCO, nos artigos 195.º e 383.º do Código Penal e ainda, de forma relevante, nos artigos 61.º n.º 1 e 62.º da CRP, nas vertentes do direito de propriedade privada e de livre iniciativa económica das empresas. Ou seja, a AdC tem o dever de acautelar o interesse legítimo das Visadas na proteção dos seus segredos de negócio, assegurando a compatibilização do direito de defesa do visado

**Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão****Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2**Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

com o respeito por princípios fundamentais da atuação administrativa como a subsidiariedade, a intervenção mínima e a proibição do excesso. Em segundo lugar, porque o entendimento da AdC plasmado na Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida é contrário à prática decisória da AdC em matéria de tratamento de confidencialidades, inclusivamente em outros processos paralelamente em curso, em que são definidas regras estritas de acesso aos documentos e são preparadas e utilizadas, nos termos da Lei, versões não confidenciais para co-Visadas e para terceiros. De forma não menos relevante, tal entendimento também não encontra respaldo nas proclamações públicas da própria Autoridade, que pretendem orientar a prática decisória desta, em particular o Projeto de Linhas de Orientação sobre Proteção de Confidencialidades no âmbito de Processos Sancionatórios e Procedimentos de Supervisão, de 4 maio de 2017 e as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e dos Artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 22 de março de 2013. Ademais, a simples análise das versões não confidenciais de decisões condenatórias da AdC que se encontram publicamente disponíveis no seu website permite perceber que informação semelhante àquela cujo o HPA requer que seja anonimizada em virtude de deter os seus segredos de negócio e/ou dados pessoais dos seus colaboradores (ou de outras co-Visadas) foi tratada pela AdC como confidencial, independentemente de se encontrar, necessariamente, relacionada com o objeto de qualquer uma das investigações. Do mesmo modo, não resulta das Linhas de Orientação sobre Confidencialidades qualquer indicação de que a AdC não considerará como confidencial, no tratamento de confidencialidades de documentação apreendida no âmbito de processos sancionatórios, informação que possa, de alguma maneira, encontrar-se relacionada com o objeto da investigação. Por outro lado, a Decisão recorrida viola, também, as próprias Linhas de Orientação sobre a Instrução. De facto, o parágrafo 117 das Linhas de Orientação sobre a Instrução, elaboradas pela própria AdC, prevê que “a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova (...) a informação classificada como confidencial, por motivos de segredo de negócio, pelo visado ou por terceiros”. Ou seja, a necessidade de utilizar informação confidencial na imputação, não é motivo suficiente ou válido para recusar o tratamento confidencial de informação merecedora de proteção. Ademais, o parágrafo 167 das Linhas de Orientação sobre a Instrução exige um grau de diligência na proteção da informação utilizada na imputação que foi descurado pela AdC na Decisão recorrida. Consequentemente, a própria AdC compromete-se nas Linhas de Orientação sobre a Instrução a assegurar um equilíbrio atendível entre os direitos das Visadas e os interesses da investigação, um dever que foi manifestamente ignorado na Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida (e de forma geral na tramitação do conjunto da fase de inquérito neste processo). Neste

**Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão****Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2**Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

contexto, importa realçar, que as linhas de orientação constituem um mecanismo de auto-vinculação administrativa, pelo que a atuação da AdC em desconformidade com as referidas orientações constitui uma violação do princípio da boa-fé e da garantia jurisdicional efetiva, princípios esses com consagração constitucional no nosso ordenamento (artigos 266.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4 da CRP). À luz do exposto, a Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida deverá ser anulada tendo em conta a violação do artigo 30.º da LdC, do artigo 43.º do Estatutos AdC, dos artigos 89.º e 90.º do CPP, aplicáveis ex vi artigo 41.º do RGCO, dos artigos 195.º e 383.º do CP, dos artigos 61.º n.º 1, 62.º e 81.º alíneas e) e j) da CRP e ainda, de forma relevante, das próprias Linhas de Orientação da AdC. Adicionalmente a AdC na Decisão recorrida não apreciou, nem se pronunciou sobre o conteúdo do requerimento do HPA e voltou a não fundamentar a sua decisão de indeferimento dos pedidos de tratamento de informação identificada como confidencial. Resulta de forma clara do artigo 97.º, n.º 5 do CPP aplicável ex vi artigos 41.º do RGCO e 83.º da LdC a obrigação de fundamentação de qualquer ato decisório, devendo tal fundamentação incluir os motivos de facto e de direito que conduziram à decisão. Em concreto, resulta também expressamente das Linhas de Orientação sobre a Instrução, parágrafo 185, que, sempre que a AdC recuse o tratamento confidencial de determinadas informações, discordando dos esclarecimentos apresentados pela visada que justificam a confidencialidade dessas mesmas informações, o terá de fundamentar devidamente. Aliás, sem perceber o critério que concretamente levou a AdC a indeferir genericamente – com o critério particularmente absurdo da “relação com o objeto da investigação” – pedidos de proteção da confidencialidade de informações com fundamentos tão diferentes, não é possível efetuar qualquer controlo sobre a arbitrariedade (ou não) da Decisão. Com efeito, em primeiro lugar, da justificação apresentada pela AdC não resultam elementos de facto ou de direito que fundamentem a recusa da confidencialidade das diversas informações em causa. Ao limitar-se a afirmar que a informação ou documentação não poderia ser confidencializada por estar “relacionada com o comportamento ilícito objeto de investigação”, a AdC falhou em apresentar elementos de facto que permitam aferir de que forma tal informação está ligada ao comportamento objeto da investigação e porque tal ligação deve impedir que os mesmos sejam mantidos confidenciais. Do mesmo modo, a decisão da AdC falhou em apresentar elementos de direito que permitissem a não confidencialização das informações em causa. Na verdade, a Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida assenta numa formulação inovadora sem qualquer base legal, afastando-se da Lei e das Linhas de Orientação que devem ser seguidas pela AdC na sua atuação, não podendo, por esse mesmo motivo, considerar-se a mesma fundamentada com elementos de direito. Tanto assim é que a Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida parte de um entendimento inaceitável e incompatível com o direito aplicável, como se

**Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão****Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2**Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

referiu anteriormente. Em segundo lugar, adianta ainda a jurisprudência em matéria penal que a fundamentação dos atos deve ser “expressa, clara e coerente”, prendendo-se o dever de fundamentação com “a necessidade de credibilização dos actos decisórios perante a colectividade, impedindo que assentem em critérios puramente discricionários”. Ora, não se poderá de igual forma afirmar que a fundamentação apresentada pela AdC na sua Decisão se configura expressa, clara e coerente – na verdade, poder-se-ia dizer exatamente o contrário. A fundamentação que consta desta Decisão é confusa, tomando duas formulações aparentemente distintas, mas em tudo idênticas e incoerentes, quer com a atuação desta autoridade no processo até ao Novo SPD, quer com a sua atuação nos demais processos que tem vindo a conduzir – conforme referido, em maior detalhe, supra. Em terceiro lugar, releva ainda que a AdC aplica esta fórmula de forma genérica, não tendo em conta o tipo de informação que está em causa – de facto, com esta fórmula a AdC vem recusar a confidencialidade a (i) informações potencialmente pré-contratuais na esfera da APHP e da ADSE que não cabe ao HPA tornar não confidenciais e cuja desconfidencialização se encontra exclusivamente na esfera destas entidades, (ii) dados pessoais e (iii) segredos de negócio – o que, por si só, deve demonstrar a falta de adequação da justificação apresentada. Em princípio, a recusa de confidencialidade que se prende com dados pessoais não devia ser a mesma que a que impede a confidencialização de segredos de negócio ou de informações pré-contratuais que incluem terceiros, estando, por um lado, em causa informações de natureza muito distinta e, por outro, sendo a própria fundamentação do HPA ao pedir a sua confidencialização diferente nuns e noutros casos. A fundamentação da AdC falha também em acautelar as especificidades dos documentos e informações a que recusou confidencialização e que se revelam essenciais para que a sua decisão se pudesse considerar devidamente fundamentada. Por todos estes motivos, terá de se concluir pela falta de fundamentação da Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida, que incorre em omissão de pronúncia e de fundamentação, o que constitui uma irregularidade, nos termos do disposto no artigo 97.º, n.º 5, do CPP, aplicável ex vi artigos 41.º do RGCO e 83.º da LdC, o que foi oportunamente arguido em sede de requerimento para arguição de irregularidades datado de 9 de julho de 2021, para os efeitos do disposto no artigo 123.º do CPP, aplicável nos mesmos termos, ao qual a AdC respondeu simplesmente opondo-se à existência de qualquer irregularidade e remetendo, sem mais, para a coluna “Notas” do anexo à Decisão recorrida a qual inclui as duas formulação supra referidas e que não constituem, conforme demonstrado, qualquer tipo de fundamentação válida. Conforme se referiu supra, através das Decisões sobre Confidencialidades nas Respostas aos Pedidos de Elementos emitidas pela AdC, em 29 de junho de 2021, a AdC veio recusar, de forma arbitrária e incompreensível, proteger o que lhe é exigido por lei, nomeadamente informação de volumes de

**Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão****Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2**Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

negócio não publicamente disponível, incluindo dados financeiros desagregados – tendo recusado a maioria dos pedidos de confidencialização e aceite o “tratamento confidencial” de limitadas informações financeiras mediante substituição por intervalos numéricos que, em si, não permitem proteger a informação em causa. Tal foi agravado pela Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori, aqui recorrida, emitida pela AdC, em 27 de julho de 2021, e que veio reverter, sem qualquer fundamento, a autorização de tratamento confidencial das poucas informações que esta autoridade tinha entendido confidencializar, mesmo que de forma limitada, nomeadamente dados financeiros e informação sobre participações do HPA em subsidiárias. Ora, o entendimento da AdC não tem qualquer correspondência na Lei e põe em causa os mais elementares direitos do HPA, dos seus colaboradores e pacientes, em contradição com o próprio Direito da Concorrência e com o entendimento da própria AdC no que respeita à informação comercialmente sensível. Em primeiro lugar, conforme já amplamente detalhado supra, é o dever da AdC acautelar o interesse legítimo das Visadas na proteção dos seus segredos de negócio e demais informações confidenciais (cfr. artigo 30.º, n.º 1 da LdC e Linhas de Orientações da própria AdC). Ademais, conforme acima se referiu, o tratamento confidencial de informação não impede a utilização pela AdC da mesma na imputação, esta proteção visa apenas limitar o acesso à mesma por parte das demais Visadas e terceiros, conforme amplamente reconhecido pela própria AdC nas suas Linhas de Orientação. Em segundo lugar, o acesso irrestrito e incondicionado das demais Visadas à informação em causa, através da inclusão da respetiva informação na Nota de Ilicitude, comunicada sem qualquer restrição diretamente às próprias Visadas, corresponde pura e simplesmente à divulgação expressa de segredos de negócios e informação reservada da própria empresa. De facto, por um lado, quanto aos dados de volume de negócios geral do Grupo HPA, não é verdade o que a AdC pretendeu invocar para não proteger esta informação. Com efeito, não se consegue apurar de que forma serão os dados de volume de negócios geral do Grupo HPA informação pública, esta informação não é divulgada pelo HPA e não é acessível ao público em geral. Na verdade, ao referir que a informação em causa está publicamente disponível, entendemos que a AdC quer significar, apesar de não o referir, que a informação financeira das empresas é objeto de depósito junto do Registo Comercial. Contudo, este depósito não torna esta informação irrestrita e imediatamente acessível a terceiros, e em particular não com a desagregação específica a que é sujeita neste tipo de processo. Acresce que a obrigação de depósito tem exceções e prazos, muitas vezes prorrogáveis e prorrogados, o que teve lugar desde logo no que concerne o depósito de contas para 2020 (Despacho SEAAF n.º 191/2021-XXII, de 15/06 sobre o ajustamento do calendário fiscal de 2021). Neste sentido, a referida informação é, inegavelmente, informação comercial reservada da empresa, merecedora de proteção. Nem se discute, nesta fase, os intervalos de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

valores exigidos pela AdC na restante informação financeira que, por sorte ou por não ter sido expressamente inserida pela AdC na Nota de Ilicitude, ainda mereceram serem substituídos por intervalos, que são de tal forma reduzidos que permitem uma apreensão bastante precisa dos montantes envolvidos, não permitindo, por isso, uma proteção adequada e suficiente. Por outro lado, com a Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori, a AdC sem qualquer justificação ou razão lógica, reverteu a sua decisão inicial e decidiu permitir um acesso irrestrito e incondicionado aos dados de volume de negócios do HPA na prestação de cuidados de saúde privados, em Portugal, no âmbito da ADSE e IASFA, com valores de comparticipação e copagamento discriminados... informação esta que não é pública e cuja divulgação permite um conhecimento preciso da posição de mercado do HPA, bem como da capacidade e da estratégia comercial desta empresa, impondo a AdC uma excessiva transparência permitindo o acesso pelas demais Visadas, também concorrentes, à informação reservada do HPA. Em terceiro lugar, este entendimento é contrário a própria prática decisória da AdC. De facto, a AdC considera, conforme afirmou em recentes casos, que a troca de informações entre concorrentes é particularmente sensível no caso de volume de negócios e dados financeiros não agregados, informações sobre custos, relações com fornecedores e clientes, e informações confidenciais de mercado, tal como a posição da empresa nos mercados onde opera. Ora, o acesso pelas demais Visadas à informação, acima referida, que a AdC se recusa a proteger, tem exatamente o efeito de permitir um conhecimento informado da posição e estratégia do HPA no mercado onde opera. Não pode a AdC de forma arbitrária e parcial, alterar o seu entendimento e interpretação das normas em vigor de acordo com a sua vontade e com o que serve os seus interesses, em total desconsideração pelos princípios fundamentais que devem reger a sua atuação (cfr. artigos 2.º, 3.º e 266.º da CRP). Por fim, e conforme explicado mais detidamente infra, a Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori é absolutamente contrária aos princípios da boa fé e segurança jurídica e princípios gerais da eficiência, economia e celeridade processual. Consequentemente, a Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori deverá ser anulada tendo em conta a violação do artigo 30.º da LdC, do artigo 43.º do Estatutos AdC, dos artigos 89.º e 90.º do CPP, aplicáveis ex vi artigo 41.º do RGCO, dos artigos 195.º e 383.º do CP, dos artigos 61.º n.º 1, e 62.º e 81.º alíneas f) e i) da CRP e ainda, de forma relevante, das próprias Linhas de Orientação e prática decisória da AdC. Decorre do supra exposto que as Decisões Recorridas são absolutamente lesivas dos direitos fundamentais não só do ora Recorrente, mas também dos seus colaboradores, das co-Visadas e de terceiros. O aludido artigo 18.º da CRP estatui que a restrição de direitos, liberdades e garantias apenas é legítima caso se encontrem verificados os seguintes pressupostos cumulativos: (i) previsão constitucional expressa da restrição; (ii) salvaguarda de um outro direito ou interesse

**Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão****Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2**

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

legalmente protegido; e (iii) proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, no que concerne as restrições aos direitos, liberdades e garantias, desdobra-se em três subprincípios: i) princípio da adequação; ii) princípio da exigibilidade; e iii) princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Assim sendo, e em obediência aos princípios consagrados no artigo 18.º da CRP, as decisões restritivas de direitos, liberdades e garantias devem respeitar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, estão proibidas as medidas restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos. Ora, em momento algum nas Decisões Recorridas é feita qualquer referência ao(s) direito(s) que se pretendem acautelar por força da compressão dos direitos do HPA e dos seus colaboradores, com tutela direta na constituição, nem tão pouco é feito um juízo quanto à adequação e, acima de tudo, necessidade de tal compressão para a defesa destes (hipotéticos) direitos. Nas Decisões Recorridas, a AdC basta-se com uma recusa generalista dos pedidos de tratamento de informação identificada como confidencial afirmando que tal informação estaria relacionada com o alegado “comportamento ilícito objeto de investigação” (i.e. Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida) ou que não pode ser protegida por ter de ser utilizada na Nota de Ilicitude (i.e. Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori) – não invocando qualquer direito ou interesse legalmente protegido, nem tampouco levando a cabo um teste de proporcionalidade quando opta pela restrição dos direitos (i) de propriedade privada; (ii) de livre iniciativa económica das empresas ou (iii) à reserva da vida privada. Em suma, a AdC recusa a proteção da informação confidencial constante do processo – em violação do seu dever legal – perante a necessidade de utilização desta informação na Nota de Ilicitude, apesar de como vimos supra, a confidencialização de informação não impedir a utilização pela AdC da mesma na imputação, uma vez que o tratamento confidencial de informações constantes processos contraordenacionais visa apenas limitar o acesso à mesma por parte das demais Visadas e terceiros, em virtude da proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos destas entidades. Em todo os casos, mesmo que a AdC tivesse explicitado que interesse pretende acautelar ao não permitir a confidencialização destas informações, não teria ainda assim levado a cabo o teste da proporcionalidade exigido pela própria CRP aquando a restrição de direitos, liberdades e garantias. O teste da proporcionalidade implica uma análise casuística do direito em causa e de se a restrição que se está a ponderar aplicar se configura necessária, adequada e proporcional em sentido estrito. Ao recusar genericamente a confidencialidade de informações distintas, cujos pedidos de confidencialidade procuraram assegurar a proteção de direitos eles próprios distintos, a AdC revela imediatamente que não levou a cabo uma análise casuística. Deste modo, não se poderá considerar que tal restrição dos direitos fundamentais do HPA seja legítima ao abrigo do artigo 18.º da CRP, a



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

abordagem usada pela AdC na Decisão recorrida comprime de forma significativa os direitos legal e constitucionalmente consagrados do HPA, não obedecendo a qualquer juízo de proporcionalidade e necessidade (cfr. artigo 18.º da CRP). Consequentemente, em face da violação dos princípios de proporcionalidade e necessidade, as Decisões recorridas são manifestamente ilegais. O direito à proteção dos dados pessoais é um direito fundamental consagrado no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e artigo 16.º TFUE, que merece proteção e que a AdC não pode simplesmente ignorar, assim como as justificações laboriosamente elaboradas e revistas pelo HPA quanto a estes pontos. Ora, esta recusa de confidencialização, e conseqüente divulgação, é manifestamente inaceitável, nos termos do artigo 4.º, n.º 1 do RGPD, que considera de forma clara que os dados pessoais correspondem às informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável. Neste sentido, o HPA propôs substituir as referências a dados pessoais pela fórmula “[Confidencial – Dados Pessoais de Colaborador do Grupo HPA]”, permitindo assim, à leitura das versões não confidenciais dos documentos, entender à qual Visada o elemento em causa é imputável, sendo perfeitamente suficiente para atender o propósito de demonstração – às demais Visadas ou terceiros interessados – da imputação que a AdC propõe fazer. Deste modo, em cumprimento das normas de proteção dos dados pessoais, não pode ser exigida a desconfidencialização do “cargo e departamento” das pessoas identificadas nos elementos de prova apreendidos, na medida em que tais elementos permitiriam, devido à natureza das empresas e cargos em causa, com um esforço muitíssimo reduzido, identificar as pessoas em questão. Por outro lado, a divulgação, e acesso irrestrito e incondicionado, dos documentos do processo onde constam dados pessoais de colaboradores do HPA é também incompatível com a presunção de inocência, artigo 32.º, n.º 2 da CRP, na medida em que expõe ao conhecimento de todos a envolvimento de determinadas pessoas em alegados factos que ainda não foram judicialmente e definitivamente confirmados – de uma forma que extravasa o âmbito do processo, uma vez que de acordo com a informação disponível a investigação não visa pessoas individuais. Assim sendo, a existência na informação em causa de dados pessoais torna particularmente inadmissível, num grau ainda superior ao dos segredos de negócio, a forma displicente como a AdC decidiu indeferir de forma injustificada, arbitrária e não fundamentada, os pedidos de tratamento de confidencialidades do HPA. De facto, a necessidade de tutela reforçada da reserva de intimidade dos colaboradores da Recorrente (tutelada pelas normas de proteção de dados pessoais), torna particularmente excessivo o acesso a esta informação em termos irrestritos e incondicionados. Consequentemente, em face da violação injustificada das normas de proteção de dados pessoais e presunção de inocência, em particular, a Decisão sobre Confidencialidades na Documentação Apreendida é manifestamente ilegal. Conforme se referiu, a AdC primeiro solicitou ao

**Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão****Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2**Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

HPA, e demais Visadas, que identificassem as informações consideradas confidenciais nos documentos que esta autoridade propõe incluir na imputação, tendo o HPA, em resposta, elaborado versões não confidenciais, descritivos e justificações dos 158 documentos. Nesta sequência, a AdC emitiu um primeiro projeto de indeferimento dos pedidos de confidencialização apresentados pelo HPA, tendo este último preparado novas versões, justificando e demonstrando as razões subjacentes aos pedidos de proteção da informação considerada confidencial. No entanto, sem qualquer motivo ou fundamento, a AdC veio alterar este primeiro projeto de indeferimento, requerendo de novo a apresentação de versões não confidenciais e desconsiderando por completo as segundas versões não confidenciais cuidadosamente elaboradas pelo HPA. Tudo isto para, afinal, recusar a proteção desta informação, porque tal informação estaria relacionada com o alegado “comportamento ilícito objeto de investigação”. Tendo em conta que a AdC apreendeu esta documentação e selecionou a mesma para ser incluída na imputação, esta autoridade não podia ignorar, quando solicitou às Visadas a identificação da informação confidencial, que está era relacionada com o objeto da investigação – ou então o processo integrava, de forma ilegal, elementos não relacionados com o objeto do processo, cuja tutela da confidencialidade se admitiria. Com esta metodologia e este entendimento, a AdC impôs ao HPA – uma empresa modesta, num contexto pandémico em que os recursos financeiros e pessoais da mesma deviam concentrarem-se para fazer frente à crise sanitária – um trabalho exigente e de longas horas, repetido em três ocasiões, que, afinal, a AdC sabia inútil. Numa segunda fase, a AdC empreendeu a mesma metodologia com o tratamento de confidencialidades das respostas aos 4 pedidos de elementos, tendo emitido, primeiro, as Decisões sobre Confidencialidades nas Respostas aos Pedidos de Elementos, para depois vir alterar, retroativamente, o sentido destas decisões, ordenando o levantamento do pouco das confidencialidades admitidas, através da Decisão de Levantamento de Confidencialidades a Posteriori, justificando esta alteração pela necessidade de utilizar esta informação na Nota de Ilicitude... entendimento este que é, como acima detalhado, inadmissível e incorreto, conforme a descrito no parágrafo 117 das Linhas de Orientação sobre a Instrução, elaboradas pela própria AdC, que prevê que “a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova (...) a informação classificada como confidencial”. Pelo que, ao solicitar a identificação de confidencialidade de documentos que afinal não poderiam ser considerados confidenciais, por estarem relacionados com o objeto do processo, ou por ter de utilizar a mesma na Nota de Ilicitude, a AdC violou, manifestamente, o princípio da boa fé (artigo 266.º da CRP) e os princípios gerais da eficiência, economia e celeridade processual, entendido na dimensão de proibição da prática de atos inúteis, tal como se encontra estabelecido no artigo 130.º, do Código de Processo Civil, aplicável ex vi artigo 13.º da LdC, artigo 41.º RGCO e artigo 4.º CPP... para além de, também,

**Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão****Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2**

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

pôr seriamente em causa o princípio da segurança jurídica, criando uma situação de intolerável incerteza, instabilidade e imprevisibilidade jurídicas, com uma metodologia diferente da prática normal da AdC e alterações súbitas de decisões e entendimentos, impondo uma desnecessária multiplicação dos esforços, sem qualquer justificação, resultando no facto de o HPA não conseguir antecipar, com precisão e segurança, a extensão do seu dever de cooperação com a AdC, em violação do artigo 2.º da CRP. Importa salientar que não só direitos do HPA estão em causa – na verdade, constam das informações que foram objeto de recusa de confidencialidade, dados pessoais de terceiros (incluindo de colaboradores das demais Visadas, da APHP, da ADSE e outras entidades) e informações potencialmente pré-contratuais na esfera da APHP e da ADSE, que não cabia ao HPA desconfidenciar, sendo tal direito exclusivo destas entidades. Neste sentido, a Decisão da AdC ofende não só direitos do HPA, visado na investigação, mas direitos de terceiros, não fazendo, novamente, a AdC qualquer juízo de proporcionalidade quando recusa o pedido de confidencialidade apresentado pelo HPA que pretende evitar de se pronunciar sobre a divulgação, ou não, de informações que não lhe pertencem. Ao impor ao HPA o ônus de decidir sobre o destino de informação eventualmente confidencial de terceiros e que resultaram da apreensão de documentos que estavam na posse do HPA, a AdC coloca o HPA numa posição altamente vulnerável, podendo o mesmo vir a ser responsabilizado de forma civil, contra-ordenacional e eventualmente criminal perante esses terceiros. Consequentemente, a Decisão é manifestamente ilegal uma vez que impõe ao HPA de atuar em prejuízo dos direitos de terceiros, em violação, nomeadamente, do artigo 266.º da CRP e do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo. Termos em que deve o presente recurso ser admitido, com subida imediata e efeito suspensivo, e, consequentemente, ser (i) suspenso o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude, (ii) anuladas as Decisões recorridas, por violação do artigo 30.º da Lei da Concorrência, artigos 2.º, 3.º, 18.º, 32.º, n.º 2, 61.º n.º 1, 62.º, 81.º alíneas f) e i) e 266.º, todos da CRP e das normas de proteção de dados pessoais (iii) determinando-se a admissão das versões não confidenciais apresentadas pelo HPA, que asseguram o equilíbrio atendível entre os direitos das entidades objeto da investigação e os interesses desta.

§2

- 2 Fica assim delimitado o **objeto do recurso**: i) procedimento de classificação de segredos de negócio e versões não confidenciais; ii) vício de falta de fundamentação; iii) levantamento de confidencialidades, nota de ilicitude, direito de defesa e



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

respetivos âmbitos formal e material. Mantêm-se válidos e regulares os pressupostos da instância.

§3

3 Avançando no **enquadramento fáctico** com vista à necessária **subsunção jurídica**, cumpre aludir à marcha do procedimento que conduziu ao momento atual, enquanto pressuposto fáctico da decisão, nos seguintes termos: **a)** o PRC 2019/2 corre termos na Autoridade da Concorrência visando, entre outras, HOSPITAL PARTICULAR DO ALGARVE, SA, pelo incurso em alegadas práticas restritivas da concorrência; **b)** a Autoridade da Concorrência notificou a Recorrente, através do ofício 2020/5560, datado de 21 de dezembro de 2020, com vista a iniciar o procedimento de classificação de eventuais segredos de negócio, assim identificando, de maneira fundamentada, as informações apreendidas consideradas confidenciais por motivo de segredo de negócio, e sendo o caso juntarem versão não 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), bem como para identificarem, de maneira fundamentada, as informações constantes das respostas aos pedidos de elementos consideradas confidenciais, tudo seguido em ficheiros excel, cujo conteúdo se considera reproduzido; **c)** a Recorrente, após o deferimento de prorrogações de prazo, apresentou pronúncia a 19 de janeiro de 2021; **d)** a Autoridade da Concorrência apresentou, a 11 de março de 2021 (ofício número 2021/703), o sentido provável de decisão, concedendo uma nova oportunidade à recorrente para se pronunciar e bem assim remeter as versões não confidenciais; **e)** a Recorrente, a 19 de abril de 2021, respondeu ao ofício mencionado; **f)** após a Autoridade da Concorrência ter adotado um novo sentido provável de decisão e decorrido o contraditório com a reiteração das razões já adiantadas, veio a proferir decisão final, através do ofício



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

com o número 2021/1882, de 6 de julho de 2021; **g)** a 9 de julho de 2021, a Recorrente arguiu a irregularidade da decisão por falta de fundamentação, a que se seguiu o indeferimento da Autoridade da Concorrência, sob ofício com o número 2021/2063, de 23 de julho de 2021; **h)** posteriormente à conclusão do referido procedimento relativamente a toda a prova que, até ao momento, instruía aqueles autos, a Autoridade da Concorrência entendeu que alguns dos elementos de prova classificados como confidenciais ao abrigo do aludido procedimento seriam necessários para prova e imputação às Visadas dos factos que constituem a infração, em sede de nota de ilicitude; **i)** e, em 30.06.2021, notificou HOSPITAL PARTICULAR DO ALGARVE, SA, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, do seu sentido provável de decisão quanto ao levantamento de confidencialidades, mais tendo concedido o prazo de 10 (dez) dias úteis para esta, querendo, apresentar esclarecimentos adicionais sobre a natureza sigilosa dos documentos classificados como confidenciais ou rever a classificação inicialmente por si efetuada, procedendo ao seu respetivo levantamento; **j)** após contraditório, a Autoridade da Concorrência, por meio do ofício com a referência S-AdC/2021/2112, de 27 de julho de 2021, decidiu “utilizar, para efeitos de demonstração e imputação aos Visados, dos factos que constituem a infração, e conseqüente punibilidade, do conjunto de informações classificadas como confidenciais pela MCH identificado no anexo ao presente Ofício, na medida em que as referidas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Nota de Ilicitude, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012”; **k)** a 29.07.2021, Autoridade da Concorrência adotou nota de ilicitude contra, entre outras, a aqui Recorrente.

⁴ O fundamento e motivação da matéria de facto anteriormente enunciada redundam de mera prova documental, de teor não controvertido, conquanto representa em si mesma o fundamento processual do recurso, imediatamente intuído pela consulta dos autos, nomeadamente documentos certificados e juntos com as alegações pela



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Defesa e pela Autoridade da Concorrência. Mais se exara que, sem prejuízo de ser reconhecido como deficiente técnica expositiva de factos a mera consignação da sua reprodução, certo é que, considerada a especificidade dos autos, parece-nos ser a mais consentânea com uma desejável economia de meios, ademais quando sobrevém matéria patente em formato eletrónico (ficheiros excel). E nada mais se considerou por não oferecer relevo, por ser de teor conclusivo ou por configurar juízos de Direito.

- 5 Percorrido o nexu lógico de apreciação das *quaestio decidenda* já identificadas, importa deter o olhar no artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, incluído sistematicamente na secção II (processo sancionatório relativo a práticas restritivas), do capítulo II (práticas restritivas da concorrência), que, sob a epígrafe: “segredos de negócio” dispõe o seguinte: “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. 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.”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

- 6 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão alinhou as coordenadas diretoras para a compreensão do procedimento previsto no artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, designadamente nos processos n.º 195/16.1YUSTR (sentença datada de 25.10.2016) e 194/16.3YUSTR (sentença datada de 11.01.2017), ambas transitadas em julgado, que aqui se mantêm por receberem inteira concordância, e se transcrevem, enquanto manutenção de uma desejável estabilidade jurisprudencial. Assim, escreveu-se na primeira sentença que “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 proteção dos seus segredos de negócio, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente”, mas abrigando “também o raciocínio inverso ou, por assim dizer, complementar: enquanto visadas no processo sancionatório e principais interessadas na proteção do segredo de negócio, as entidades devem colaborar com a definição da regulação do acesso à informação confidencial, pelo que aqui se consigna o entendimento de que a colaboração prevista no art.º 30.º, n.º 2 e 3 deve configurar um ónus processual da defesa, no sentido em que o seu regular cumprimento visa salvaguardar a prevalência do próprio direito ao exercício de defesa”. Por sua vez, deixou-se exarado na segunda sentença que dos preceitos plasmados nos números 2 e 4, do artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, resulta a incidência de três ónus incidentes sobre os visados titulares de informações confidenciais e que os mesmos devem cumprir, sob pena de ficarem sujeitos à cominação legal de classificação das informações como não confidenciais, quais sejam: “(i) ónus de identificação das informações que considera confidenciais; (ii) ónus de fundamentação de tal identificação; (iii) e ónus de fornecimento de uma cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das mesmas” – conferir, com muito interesse pela visão integrada e crítica, PATRÍCIA OLIVEIRA,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

“Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações de Direito da Concorrência – análise jurisprudencial”, Revista de Concorrência e Regulação, ano VIII, número 31, Almedina, pp.147/77.

- 7 Vale para concluir que se não antevê qualquer comprometimento das obrigações da Autoridade da Concorrência ao adotar um conjunto de orientações conducentes à identificação fundamentada das informações confidenciais. Pelo contrário, não traduzindo nesse documento a imposição de quaisquer deveres ou compromissos estranhos ao dever geral de fundamentação resultante da vontade do legislador e projetada no artigo 30.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência, traduz inclusivamente um esforço meritório de compilação e concretude, coadjuvantes do preenchimento das tabelas de confidencialidade, cujo interesse, *prima facie*, é até das próprias visadas. E assim é dentro de um quadro de contraditório necessário, de molde a salvaguardar a integridade dos segredos de negócio das visadas, mas também de colaboração necessária, tendente a permitir a exequibilidade do dever de custódia da Autoridade da Concorrência, sopesado com o superior interesse público de prossecução célere da atividade sancionatória.
- 8 Volvendo às duas decisões atrás enunciadas, vislumbra-se que a proferida no processo n.º 195/16.1YUSTR (sentença datada de 25.10.2016), adotou uma perspetiva de resolução mais umbilicalmente ligada ao Direito Administrativo, já a proferida no processo n.º 194/16.3YUSTR (sentença datada de 11.01.2017) não se desvinculou de uma perspetiva eminentemente processual penal por remissão da lei contraordenacional. Com efeito, é o próprio Regime Jurídico da Concorrência que determina a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas aos processos por práticas restritivas da concorrência (conferir artigo 13.º, do Regime Jurídico da Concorrência), mas não se pode olvidar o específico enquadramento processual e material trazido pelo procedimento de classificação de segredos de negócios.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

- 9 Tendemos a considerar que o procedimento a que alude o artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência – e sem que tal seja entendido enquanto desvirtuação da lei subsidiária aplicável e que é claramente a comandada pelo 83.º, do Regime Jurídico da Concorrência – está mais próximo de um vulgar procedimento de natureza administrativa, do que de natureza processual penal, tendo em conta que o mesmo surge num momento prévio à própria consideração da viabilidade da abertura de inquérito e eventual exercício do direito de defesa, atua enquanto mero instrumento do procedimento sancionatório, assumindo carácter meramente acessório deste, e detém uma valia exógena e autónoma, porque relevante fora do procedimento e independente deste, assim impelindo à consideração de um bloco de normatividade (substantivo e processual) próprio para regular os procedimentos sancionatórios de tipo administrativo – conferir MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito sancionatório público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, Revista de Concorrência e Regulação, ano IV, número 14/15, abril/setembro 2013, Almedina, p. 124/134.
- 10 Neste conspecto, salvaguardado o conhecimento de plena jurisdição e sem prejuízo da acentuação de um pendor administrativista umbilicalmente ligado à fase do processo em questão, importa destacar que o presente recurso inevitavelmente redundará num recurso de anulação, por oposição a um recurso eminentemente substitutivo, porquanto visa somente a apreciação do concreto ato sancionatório impugnado, aí se esgotando o objeto do processo – conferir MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense, Almedina 2013, p. 823; TIAGO LOPES DE AZEVEDO, Lições de Direito das Contraordenações, Almedina 2020, pp. 299/300.
- 11 Com efeito, só a Autoridade da Concorrência, enquanto entidade competente para a prossecução dos atos de condução instrutória do processo, possui os instrumentos técnicos e conhecimento efetivo dos autos capazes de proceder ao enquadramento dos conceitos indeterminados que suportam a classificação da documentação como total, parcialmente confidencial ou não confidencial, por se reconduzirem a segredo



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

de negócio. Mais, o Tribunal, por não ser o titular da instrução, não pode realizar uma operação complexa, como seja a classificação de documentação como confidencial, quando lhe falta, necessariamente, uma visão holística do processo, pela razão simples de o mesmo lhe não estar acessível, sendo-lhe exibidas meras certidões que implicam um olhar avulso e esparso sobre o mesmo. É que a confidencialidade de documentos também pode variar em função da natureza do processo, da natureza dos visados ou da natureza da temática envolvida, pelo que parece estar comprometida a possibilidade de um juízo assertivo e autónomo por parte do Tribunal.

- 12 Como aponta o Tribunal da Relação de Lisboa – conferir acórdão (ainda inédito) datado de 08.09.2020, com o processo 272/19.7YUSTR-A.L1, Relator: RUI TEIXEIRA – “o Tribunal não existe para “refazer” o labor de uma entidade administrativa. O sistema de recursos não se destina a refazer o *iter processual* mas a apontar vícios e impedir a sua comissão”, e quando assim acontecer, o Tribunal determina “que a decisão proferida não se pode manter, [revoga] a mesma ou [ordena] a produção de nova decisão”.
- 13 Compendiados os fundamentos que têm constituído a jurisprudência constante nesta matéria, um dado se antepõe como incontornável: o dever de fundamentação da Autoridade da Concorrência revela-se enquanto corresponsável do dever de fundamentação das visadas. O procedimento é necessariamente dinâmico e simbiótico.
- 14 Como, de modo exemplar, sumaria o Tribunal da Relação de Lisboa: “A decisão da Autoridade da Concorrência nesta matéria não poderá deixar de ser fundamentada, impondo-se nesta matéria à AdC, em face da dignidade Constitucional dos interesses em causa, uma exigência particular de fundamentação, por forma a permitir ao visado compreender as suas razões e sindicá-las, para com as mesmas se conformar ou reagir, contestando os fundamentos da decisão. A sobredita fundamentação da decisão tem, pois, uma dupla finalidade – funciona como «condição de legitimação



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

externa da decisão pela possibilidade que permite de verificação dos pressupostos, critérios, juízos de racionalidade e de valor e motivos que determinaram a decisão», e destina-se a possibilitar a reapreciação da decisão em sede de recurso, o que pressupõe o conhecimento do modo e o processo de formulação do juízo lógico contido na mesma, para, sobre os fundamentos da decisão, formular o seu próprio juízo.” – conferir acórdão (não publicado) do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 12 de maio de 2020, com o processo n.º 20/19.1YUSTR.L2, Relator: ANA PESSOA.

- 15 Deve, pois, concluir-se que, considerada a linearidade do procedimento que é adotado, bem como a condução dinâmica e participada do mesmo com cumprimento pleno e cabal de contraditório, sendo o destinatário do ato quem melhor conhece os documentos carecidos de classificação, a fundamentação adotada pela Autoridade da Concorrência terá de exibir a necessária suficiência e adequação, de molde a obviar dificuldades interpretativas.
- 16 Tais necessidades de fundamentação radicam inexoravelmente na compreensão do conceito de segredo de negócio que deve ser prosseguido, e que atualmente se encontra já consolidado na jurisprudência nacional. O Tribunal convoca, mais uma vez, o douto aresto já anteriormente citado – conferir acórdão (não publicado) do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 12 de maio de 2020, com o processo n.º 20/19.1YUSTR.L2, Relator: ANA PESSOA – no qual se exara, com particular clareza, o seguinte: “Temos entendido que se retira da jurisprudência da União Europeia (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) a necessidade de verificação dos seguintes requisitos cumulativos relativamente à informação a proteger: (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



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

terceiro; (iii) e é necessário que os interesses que possam ser lesados pela divulgação da informação sejam objetivamente dignos de proteção (...). E quanto à natureza atual ou pretérita das informações, a informação passada pode perder relevância, sendo de sufragar, neste âmbito, o entendimento adotado pela jurisprudência da União Europeia (Cf. despacho do Tribunal Geral de 15 de novembro de 1990, Rhône Poulenc e o./Comissão, T 1/89 a T 4/89 e T 6/89 a T 15/89, Colet., p. II 637, n.º 23; v. despacho 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 jurisprudência aí referida; despachos do presidente da Oitava Secção do Tribunal Geral de 8 de maio de 2012, Diamantheadel A. Spira/Comissão, T 108/07, n.º 65, e de 10 de maio de 2012, Diamantheadel A. Spira/Comissão, T 354/08, n.º 47) – decisão proferida no processo T-341/12, Evonik Degussa v Commission, EU:T:2015:51, §84) traduzido no seguinte: «Há que lembrar que, por força de jurisprudência bem assente, não são secretas nem confidenciais as informações que o foram mas que datem de cinco anos ou mais e devam, por isso, ser consideradas históricas, a menos que, excecionalmente, o recorrente demonstre que, apesar da sua antiguidade, tais informações continuam a constituir elementos essenciais da sua posição comercial ou de um terceiro». Releva, pois, em matéria de concorrência, um conceito de segredo ligeiramente diverso do estabelecido no artigo 313º do Código da Propriedade Industrial, resultante do recorte que do mesmo fazem os artigos 30º a 34º do NRJC, desde logo porque dele não faz parte a necessidade de demonstração de que as informações foram objeto de diligências razoáveis por parte da pessoa que as detém, no sentido de as manter secretas.”.

¹⁷ Está em causa um vasto conjunto de documentação, sobre a qual a Recorrente justificou os pedidos de confidencialidade, pese embora com diferenças entre os vários documentos, da seguinte forma: “Dados pessoais; informações potencialmente pré-contratuais na esfera da APHP que não cabe ao HPA desconfidenciar”.

¹⁸ Respondeu a Autoridade da Concorrência: “A identificação do motivo de indeferimento como “Falta de fundamentação”, revela que a AdC entende que a fundamentação apresentada não permite concluir que a informação em causa seja



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

confidencial, por não consubstanciar um segredo comercial na aceção do n.º 1 do artigo 313.º do Código da Propriedade Industrial, ou por não permitir a demonstração cumulativa das seguintes condições: (i) a informação deve ser do conhecimento de apenas um número restrito de pessoas; (ii) a sua divulgação é suscetível de produzir um prejuízo grave para o seu titular e/ou terceiros; (iii) e os interesses suscetíveis de serem prejudicados com a divulgação da informação são legítimos e objetivamente dignos de proteção.”. Mas além disso, aduziu a propósito de alguma documentação que “Este pedido não poderá ser objeto de deferimento, uma vez que a informação em causa está relacionada com o comportamento ilícito objeto de investigação, não sendo, portanto, digna de proteção e não se considera demonstrado em que medida a informação em causa pode retirar capacidade competitiva à empresa, não se considerando que a sua divulgação possa causar um prejuízo sério.”.

- 19 A Recorrente optou por reiterar os argumentos já esgrimidos, mantendo, no essencial, a fundamentação já exibida anteriormente. Vejamos. Quando a Recorrente imputa falta de fundamentação na decisão, esquece que ela própria nada mais acrescenta aos fundamentos iniciais. Com efeito, se a Autoridade da Concorrência constatar debilidades na fundamentação, estaria bom de ver que mantendo incólumes os fundamentos, a resposta seria a mesma, isto é, o indeferimento por falta de fundamentação.
- 20 É que com mais ou menos extensão argumentativa, o quadro fundamental é o mesmo, a saber: o documento é conhecido de um número restrito de pessoas, a divulgação é suscetível de produzir prejuízos graves, os interesses são objetivamente dignos de proteção. Porém, o que releva conhecer é, cumulativamente, a razão pela qual a informação deve ser objeto de conhecimento restrito, qual o prejuízo grave que decorre da difusão da informação, e, quais os concretos interesses reputados de legítimos e que carecem objetivamente de proteção. E para tanto não basta dizer que



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

se tratam de dados pessoais ou de informações potencialmente pré-contratuais. Na verdade, o que realmente conta e importa para uma fundamentação liminar dos pedidos é: (i) aduzir elementos concretizadores das razões da informação ser sensível, isto é e v.g., por que razão ali estão evidenciados custos, margens de lucro e condições comerciais particularmente relevantes e exclusivas e por que não podem ser conhecidas dos concorrentes; (ii) consubstanciar os motivos da informação ser conhecida de um número restrito de pessoas, nomeadamente referindo qual o sistema de classificação interno da empresa e até que nível a informação é partilhada, tanto mais premente quando o que está em investigação é a alegada partilha de informação entre concorrentes; (iii) e, a final, materializar os prejuízos sérios, que não meramente potenciais ou hipotéticos, mas com a alusão a juízos de prognose fiáveis e efetivos.

- 21 Ademais, a Recorrente nada invocou a respeito da invocação da Autoridade da Concorrência no sentido de a documentação em causa configurar ela própria “o comportamento ilícito objeto da investigação”, quando lhe cabia, querendo, aduzir motivação em contrário, explicando e concretizando as razões da discordância.
- 22 Dentre os ditames orientadores quanto ao que deva merecer a qualificação enquanto segredo de negócio, avulta a necessidade de tais alegados segredos serem objetivamente dignos de proteção. Ora, não pode defender-se uma garantia de tutela relativamente a documentação ou informação que constitui ela própria o âmago da infração que está na génese da investigação e inquérito da Autoridade da Concorrência. Aliás, a solução inversa não deixaria de se impor como paradoxal: então se o procedimento sancionatório da Autoridade da Concorrência visa um conjunto de agentes pela prática de alegados factos que redundam em eventos diretamente relacionados com partilha de informação sensível, seria no mínimo abstruso que essa mesma informação, que por natureza se entende ter sido em momento anterior, total ou parcialmente, partilhada de modo ilícito, possa agora



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

receber a chancela de uma confidencialidade já quebrada pelos próprios factos em investigação.

- 23 Portanto, em primeira linha, caberia à Recorrente enquadrar as razões que obstam à conclusão logo avançada pela Autoridade da Concorrência no sentido de a informação constituir e revelar ela própria o comportamento ilícito. Isto é, se a Recorrente discorda da Autoridade da Concorrência, não só pode esgotar as razões que contrariam tal fundamento, como tal constitui exigência do procedimento.
- 24 Porém, poder-se-á questionar que o esforço de fundamentação da Autoridade da Concorrência estará simplificado, quando se baste com o argumento que a informação em causa configura o próprio comportamento ilícito objeto da investigação, sabendo-se de antemão que a instância judicial, em sede interlocutória, não poderá avançar para uma avaliação de mérito do alegado. Mas não é assim, porquanto não só a informação tem em si mesma de ser apta a tal classificação, designadamente por reporte ao modo como foi materializada, razão pela qual nem todos os documentos receberam ou podem receber tal motivação por parte da Autoridade da Concorrência; bem como, e mais relevante, a visada possui todos os recursos para contrariar essa visão, bastando para isso explicar por que razão o comportamento ilícito não tem na sua génese aquela informação, cujo carácter confidencial se pretende manter.
- 25 Por outro lado, nem se diga que tal representa uma desproteção da esfera jurídica das visadas, conquanto aqui se compreendem dois planos distintos, a saber: a tutela interlocutória, com a especificidade e limitações próprias do momento processual, e a tutela final, quer a do plano contraordenacional quer a de outro eventualmente cogitável. Como exemplarmente se esclarece em acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – conferir acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 07.10.2021, com o processo n.º 292/20.9YUSTR-A.LI-(PICRS), Relator: CARLOS MARINHO, disponível eletronicamente em dgsi.pt – “depois da revelação do segredo, subsistem outros interesses, designadamente o de afirmar a ilicitude do



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

meio instrutório com vista a abalar a decisão final e até o de estabelecer perante a comunidade em geral e os intervenientes em particular a importância micro e macro-económica do segredo comercial e sua defesa. Trata-se, porém, já de interesses não intercalares mas de tutela final ligados à questão magna da procedência ou improcedência da imputação do «labéu». Tanto assim, que “o quadro avaliativo é absoluto não relativo. Não há violação grande ou dilatada do segredo. Ou há ou não há. Uma vez violado este, passamos a falar de danos e de ilicitude das condutas geradoras de lesões ressarcíveis, porque segredo já não há. Aliás, também não nos encontramos no quadro de uma ação de responsabilidade civil ou de contencioso administrativo de anulação não sendo invocáveis e cogitáveis as regras e motivações relativas a estes.”.

- 26 É consabido de todos os visados, ademais reiterado ao longo do procedimento de classificação de confidencialidades e até por decorrência legal (conferir artigo 30.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Concorrência), que todos os documentos reputados de confidenciais, cuja informação não seja tratada e apresentada de forma não confidencial, podem vir a ser considerados e tratados como não confidenciais.
- 27 Por outro lado, como exarou o Tribunal da Relação de Lisboa – conferir acórdão (ainda inédito) datado de 08.09.2020, com o processo 272/19.7YUSTR-A.L1, Relator: RUI TEIXEIRA – citando o decidido no aresto proferido no processo número 18/19.0YUSTR-F.L1, e mostra consentâneo com as douts alegações e motivações da Recorrente, quando se evidencie a clara compreensão do objeto decisório, pode bem sustentar-se “que os termos do recurso constituem o prevalecer de faculdade a cujo exercício o ato anulável se dirigia”. E lapidarmente afirma: “Dito de outra forma: se se pretende que um ato seja anulável por falta de fundamentação não se pode esgrimir perante o Tribunal os termos que se reputam anuláveis. Não se pode dizer que não se compreende a mensagem como a recorrente o faz para, a jusante, se vir dizer que a mensagem é errada. Dizer que algo é intrinsecamente incorreto pressupõe a compreensão desse algo.”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

- 28 Ora, considerado o ato em causa, que cuida de explicitar a natureza da classificação de um determinado documento (confidencial, parcialmente confidencial ou não confidencial), considerado o procedimento (linear) imprimido para a sua classificação, considerado a possibilidade (plena e cabal) de exercício de contraditório, considerado, por fim, que o destinatário do ato é quem melhor conhece os documentos em causa, bem se pode concluir que a fundamentação adotada pela Autoridade da Concorrência exhibe a necessária suficiência e adequação, não conduzindo a quaisquer dificuldades interpretativas.
- 29 Ademais, vale dizer sem tibiezas, que a exigência de fundamentação da Autoridade da Concorrência está proporcionalmente dirigida à exigência de fundamentação que a Visada impôs a si própria, contanto o critério interpretativo fornecido pela norma é, lidimamente, o oposto, cabendo à Visada, que para isso está em melhores e mais privilegiadas condições, exaurir as razões que fundam a sua pretensão, não podendo escudar-se numa suposta falta de fundamentação da Autoridade da Concorrência quando a primacial falta de fundamentação, e que determina os termos da pretensão, só a si é imputável.
- 30 Tudo compulsado e concatenado, afigura-se que os fundamentos apresentados pela Autoridade da Concorrência respondem às objeções apresentadas pela Recorrente. A decisão é clara e discorre criticamente sobre as razões que importam para a classificação dos documentos, ainda que com recurso a um catálogo sucinto e conciso de razões pré-estabelecidas, mas nem por isso menos perceptível e de um modo tal, que a Recorrente pode discordar, mas compreende os motivos e pode sindicá-lo o seu mérito.
- 31 No mais, quando se conclua, como é o caso, pela suficiência da fundamentação apresentada pela Autoridade da Concorrência, fica subtraída qualquer aferição judicial acerca do mérito da classificação do documento, porque é a Autoridade da



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Concorrência que, no âmbito de juízos discricionários eminentemente técnicos, valorativos e de prognose possui o *munus*, quer material quer instrumental à atividade sancionatória, necessário à execução de tal tarefa, consentâneo com o dever geral que lhe é imposto de acautelar o interesse legítimo das empresas na preservação do segredo de negócio, assim decaindo todos os fundamentos de recurso, que ditam pois a sua improcedência. E sem que, deste modo, se vislumbre qualquer violação dos princípios de proporcionalidade, necessidade e/ou proteção de dados pessoais, compreendidos os fundamentos atrás explicitados e cuja essência contraria qualquer ofensa ao parâmetro constitucional, sopesado o mesmo com a possível, mas inarredável, compressão do direito de defesa face aos fundamentos esgrimidos pela Autoridade da Concorrência para a classificação dos documentos.

³² No que tange com o levantamento das confidencialidades (ofício número 2112/2021, de 27 de julho de 2021), tal como conclui José Lobo Moutinho e Henrique Salinas – conferir Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina 2013, p. 335 – pressupõe-se como adquirido o linear entendimento que “no confronto entre segredos de negócio e defesa do visado/arguido, este último direito prevalece”, sob pena de inquestionável violação do disposto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa.

³³ E, portanto, não só se não observa dúvida consistente acerca do âmbito formal de aplicação da disposição plasmada no artigo 31.º, n.º 3, do Regime Jurídico da Concorrência que, sistematizada dentro da secção e capítulo dirigido ao processo sancionatório de práticas restritivas da concorrência, tem por intuito a possibilidade conferida à Autoridade da Concorrência de utilizar informação classificada como confidencial contida em meios de prova, quando a mesma se afigura necessária para a demonstração de infração às normas da concorrência, e desde que salvaguardado o contraditório nos termos do disposto no artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência; como, desta forma, se antepõe como inexorável, face ao direito em conflito prevalecente, estabelecer o âmbito material de potencial sacrifício da



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

proteção do segredo de negócio em benefício do exercício do direito de defesa – conferir PATRÍCIA LOPES, “Segredos de negócio vs. Direitos de defesa do arguido nas contraordenações da concorrência”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, N.º 4 (outubro/dezembro 2010), Almedina, pp. 86/94.

- 34 Tal âmbito material, escorado no entendimento constitucional do princípio da proporcionalidade, há de ter por base a compreensão de duas extremas: havendo uma desproteção inaceitável do segredo de negócio, tal constituirá, *in limine*, uma eventual proibição de prova e impossibilidade da sua valoração (conferir artigo 31.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Concorrência); subtraída a garantia de defesa do arguido, tal poderá significar uma anulação do processado, quando e na medida estrita em que a falta de comunicação de documentos influa diretamente no exercício do direito de defesa, designadamente na ausência de outras provas que motivem os enunciados condenatórios.
- 35 Porém, adiante-se que a pronúncia judicial sobre eventual compressão inaceitável do direito de defesa ou desproteção do segredo de negócio só perante o julgamento e a discussão da matéria de facto pode ser lograda, porquanto se encontra irremediavelmente dependente da apreciação dos factos e da prova que os sustenta.
- 36 Por conseguinte, não só cumpre validar formalmente a deliberação, seja por cumprimento do contraditório, seja porque a mesma se encontra devidamente fundamentada de facto e de direito, como também bem se encontra materialmente fundada, na medida em que os elementos objeto de levantamento da confidencialidade anteriormente determinada concorrem para o exercício do direito de defesa dos outros visados, designadamente no que contende com a suscetibilidade de infirmação de elementos concorrentes da culpa e dosimetria da coima bem patentes nos valores atinentes a faturação, composição do capital social e quota de mercado, assim decaindo todos os fundamentos de recurso, ditando pois a sua improcedência, porquanto e no mais não se antevê por ora litígio, assumindo as questões colocadas carácter meramente hipotético.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

§4

37 Em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, o **TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO** decide não providir o recurso interposto por HOSPITAL PARTICULAR DO ALGARVE, SA e manter as deliberações da Autoridade da Concorrência ora impugnadas, indeferindo igualmente a arguição de quaisquer vícios que as invalidem.

Condenar HOSPITAL PARTICULAR DO ALGARVE, SA nas custas judiciais devidas, fixando a taxa de justiça em 3 UC - conferir artigo 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 e notifique, sendo a Autoridade da Concorrência com envio de certidão judicial, mais se consignando que os vertentes autos estão em segredo de justiça e contêm matéria confidencial.