



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1



Acórdão

Acordam os juízes que compõem a Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa

I – Relatório

Inconformada com a decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão mediante a qual foi dado parcial provimento ao recurso de impugnação judicial interposto pela Modelo Continente Hipermercados S.A. de decisão da Autoridade da Concorrência (‘AdC’) em matéria de confidencialidades, apresentou-se a recorrer perante este Tribunal da Relação a referida Modelo Continente formulando, após motivações, as seguintes conclusões:

“I. Objecto do Recurso

O presente recurso tem por objecto a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (‘TCRS’) que negou parcialmente provimento ao recurso de impugnação judicial interposto pela MCH de decisão da Autoridade da Concorrência (‘AdC’) em matéria de confidencialidades (‘Sentença Recorrida’), proferida no âmbito do processo de contraordenação n.º PRC/2017/5 em que é visada, entre outras empresas, a ora Recorrente MCH.



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

A. O presente recurso incide especificamente sobre os segmentos da Sentença Recorrida relativos

(i) à sanção da irregularidade da aludida decisão final da AdC em matéria de confidencialidades por falta de fundamentação; e

(ii) à improcedência do recurso de impugnação judicial da MCH, no que respeita às confidencialidades requeridas pela MCH relativamente a um conjunto de documentos ou segmentos de documentos, com o fundamento na inexistência de interesses dignos de protecção da confidencialidade dos mesmos.

II. Antecedentes do Recurso

B. Na fase organicamente administrativa do processo contraordenacional a que respeita o presente recurso, a MCH foi notificada para indicar quais as informações constantes da prova apreendida no âmbito de diligências de busca e posteriormente junta ao processo, que considerava serem confidenciais por motivos de segredo de negócio e, bem assim, para entregar à AdC Versões Não Confidenciais ('VNC') desses mesmos documentos para subsequente divulgação aos demais Co-Visados e eventuais Terceiros.

C. Cumprido o procedimento a que respeita o artigo 30.º da Lei da Concorrência, a AdC veio indeferir a classificação de confidencialidades apresentada pela MCH relativamente um conjunto vasto de correio electrónico e respectivos anexos que constitui a prova apreendida, nuns casos com fundamento em "Falta de Fundamentação" e, noutros, com fundamento em "Falta e/ou Insuficiência de Descritivo".

D. A MCH recorreu para o TCRS da Decisão Final da AdC sobre os indeferimentos de pedidos de confidencialidades motivados por i) "Falta de fundamentação" e ainda, por alegada "Falta e/ou insuficiência de descritivo", neste último caso apenas no que se refere à inclusão, nas VNCs de dados pessoais de colaboradores solicitando, a título principal, a declaração da irregularidade da Decisão Final da AdC por falta de fundamentação e, subsidiariamente, a revogação da decisão recorrida nos segmentos impugnados, a sua substituição por outra e a concessão de



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

prazo para junção de novas VNCs e conformidade com o decidido pelo Tribunal a quo.

E. O Tribunal a quo revogou a decisão impugnada no respeitante a um conjunto de segmentos indeferidos pela AdC, por “Falta de fundamentação” e declarou parcialmente improcedente o recurso da Sentença Recorrida na medida em que:

- i) considerou sanada a irregularidade, por falta de fundamentação, da Decisão Final da AdC, invocada pela Recorrente;
- ii) o recurso improcedente, mantendo a decisão recorrida quando a um conjunto de outros documentos ou segmentos indeferidos pela AdC.

F. A MCH não se conforma com a Sentença Recorrida no que diz respeito, por um lado, à sanção da irregularidade invocada por falta de fundamentação e, por outro, quanto à improcedência parcial da confidencialidade de certos documentos (abaixo melhor identificados) com fundamento na inexistência, relativamente a esses documentos ou aos excertos assinalados, de interesses dignos de protecção em virtude de os mesmos ou certos de seus segmentos determinados terem uma interpretação compatível com uma prática ilícita.

III. Questão prévia: da fixação do efeito do recurso

a) A fixação do efeito suspensivo ao recurso interposto da decisão da AdC

G. A Recorrente entende que deve ser fixado efeito suspensivo do processo ao presente recurso, independentemente de, no recurso da Decisão Final da AdC perante o Tribunal a quo este último ter optado pela fixação de efeito meramente devolutivo ao recurso, o que fez assumidamente por apelo a alegada jurisprudência firmada e consolidada do Tribunal da Relação de Lisboa na matéria.

H. Está em causa um recurso cuja retenção o tornaria claramente inútil e o qual impacta uma decisão da qual depende a validade dos atos subsequentes do processo - os que decorrem da inclusão ou não na nota de ilicitude dos factos abrangidos pelo eventual segredo que se discute nos autos - razão pela qual se justifica, nos termos dos artigos 407º, n.º 1 e 408º, n.º 3 do Código de Processo Penal, a determinação do efeito suspensivo do processo em consonância coma posição adoptada



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

por este Tribunal no processo n.º 228/18.7YUSTR-I (despacho com a Ref.ª 15427737, a 14.02.2020).

b) A fixação do efeito do recurso, nos termos e para os efeitos do artigo 414.º, n.º 1 do CPP aplicável *ex vi* artigos 83.º da LdC e 41.º e 74.º do RGCO

I. Em 25 de junho de 2020, e, portanto, em momento superveniente a da prolação da Sentença Recorrida, de 18 de junho de 2020, a AdC notificou a Nota de Ilicitude ('NI'), a todas as Co-Visadas no processo, levantou o segredo de justiça a que o processo se encontrava sujeito, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 32.º da LdC e determinou a possibilidade de acesso ao mesmo seja mediante consulta presencial nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência seja mediante cópia, a pedido (versão não confidencial) nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.

J. O que origina lesão iminente e continuada do direito ao segredo de negócio da Recorrente, lesão essa que não é prevenida pela circunstância de a AdC ter alertado os Visados no processo - sem qualquer cominação para o não cumprimento - que a cópia da versão não confidencial dos documentos do processo nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da Lei da Concorrência se destina exclusivamente a assegurar os direitos de audição e defesa dos Co-Visados.

K. A par do dano parcialmente verificado pelo facto de, pelo menos os Co-Visados podem ter já tomado conhecimento de informação confidencial que poderá vir a ser merecedora de protecção em função do desfecho do presente Recurso, há ainda, que acautelar um outro dano adicional ou complementar: o dano contínuo e irreversível associado à divulgação dessa informação confidencial da Recorrente, que é relevante na medida em que, a destrinça entre versões não confidenciais e versões confidenciais dos documentos - sujeitos, aliás, a diferentes regimes de acesso, corresponsivos de potenciais de devassa distintos - encontra-se, afinal, e também, dependente do teor dessa mesma Decisão Final da AdC.

L. Há que acautelar ainda outros efeitos, já considerados pelo Tribunal como relevantes, como sejam, a circunstância de, subsequente à verificação do vício da Decisão Final da AdC, e conseqüente substituição por nova Decisão Final, se vir a



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

revelar necessária a remoção ou substituição da informação em causa da Nota de Ilicitude.

M. Ainda que a LdC reserve à AdC a possibilidade de utilizar na NI informação confidencial constante da prova apreendida, essa utilização há de ser feita nos termos estritos previstos no art. 31.º, 3 da LdC e sem pôr em crise a consistência intrasistémica das normas da LdC em matéria de protecção de confidencialidades.

N. O efeito suspensivo do processo é permitido pelo quadro legal vigente e resulta de uma interpretação sistemática e teleologicamente fundada do regime recursório aplicável em matéria contraordenacional.

c) A aplicação subsidiária do CPP na fixação do efeito aos recursos interpostos de decisões do TCRS por ausência de regime legal próprio e a necessária atribuição de efeito suspensivo do processo ao recurso

O. Existe uma lacuna na Lei da Concorrência no que respeita ao regime aplicável ao efeito dos recursos interpostos de decisões do TCRS, pelo que se impõe a aplicação do disposto no artigo 408.º do CPP, ex vi artigos 74.º, n.º 4, do Regime Geral das Contra- Ordenações e 83.º da Lei da Concorrência, conforme aliás já reconhecido pelo douto Tribunal ad quem, em despacho com a Ref.^a 15427737, proferido no processo n.º 228/18.7YUSTR-I.LL.

P. Em face da adoção intempestiva e precoce da NI e do conseqüente acesso imediato ao processo a Co-Visados, a fixação de efeito suspensivo ao processo é a única forma de afastar o risco de dano irreversível ao segredo de negócio da Recorrente dano esse consubstanciado, nomeadamente, na possibilidade Co-Visadas analisarem a informação durante a preparação das suas defesas, pronunciando-se quanto a ela, transcrevendo-a nas suas peças, multiplicando os suportes em que se encontra, disseminando a informação pelos diferentes pelouros da sua estrutura, para daí recolherem contributos para uma melhor preparação das suas defesas, no fundo, contribuindo para a sua difusão pela respetiva estrutura interna das diversas empresas, promovendo a sua divulgação e reduzindo a possibilidade de rastrear uma eventual fuga de informação para além dos limites do presente processo.



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

IV. Dos dois aspectos da Sentença Recorrida aqui postos em crise - primeiras palavras

Q. No recurso que interpôs da decisão da AdC, a Recorrente peticionou ao Tribunal, em primeira linha, i) que fosse declarada a irregularidade da Decisão recorrida e, em consequência, ordenado à AdC que proferisse uma nova Decisão Final que observasse o dever de fundamentação, ou, caso assim não se entendesse, e, portanto, subsidiariamente, e à cautela ii) revogada a Decisão recorrida nos segmentos impugnados e substituída por outra que declarasse total ou parcialmente procedentes as confidencialidades assinaladas pela MCH no seu recurso, notificando-se, em consequência, a MCH para, em prazo razoável a fixar pelo Tribunal, juntar novas versões não-confidenciais em conformidade com o decidido.

R. Com esse seu pedido subsidiário, a Recorrente não sindicou o mérito *tout court* da Decisão recorrida, mas apenas e tão-somente a conclusão fundamental aí vertida, porquanto correspondente ao indeferimento (na sua quase totalidade) das classificações de confidencialidade da Visada.

S. O Tribunal *a quo* entendeu que o vício da falta de fundamentação resultou sanado com a interposição do recurso “sobre o mérito” pela Recorrente, pronunciando-se, em consequência, quanto à confidencialidade dos documentos abrangidos pelo objecto do recurso.

T. Ao fazê-lo, o Tribunal incorreu em dois erros, no que respeita aos seus poderes e deveres de cognição: i) negou-se a conhecer a irregularidade invocada pela Recorrente, daí não retirando as devidas consequências; e ii) sustentou que à Recorrente cabe antecipar os argumentos da sua defesa, nomeadamente para efeitos de justificar a dignidade objetiva dos interesses protegidos pelas informações cujo tratamento confidencial requereu.

U. O Tribunal confrontou, ainda, a Recorrente, com dúvidas quanto ao significado e pertinência da informação em causa, levantadas por si, pela primeira vez, e que o Tribunal, ao invés de procurar esclarecer (por exemplo, em sede de alegações orais), valorou em desfavor da Visada.



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

V. Da sanção da irregularidade da Decisão Final da AdC, com a interposição de recurso pela Visada

V. O pedido principal da MCH visa efectivar o seu direito ao segredo de negócio.

W. Porquanto ciente e convicta da falta de fundamentação da Decisão Final da AdC, a Recorrente, em momento prévio ao da interposição de recurso para o TCRS, arguiu a irregularidade da Decisão Final da AdC, junto desta, nos termos e para os efeitos do CPP.

X. A necessidade de arguição da irregularidade, nos termos e para os efeitos do CPP, não é um ónus que a jurisprudência considere, pelo menos de forma unânime e assente, imposto à Visada.

Y. A esse propósito, é de mencionar que a sentença do TCRS, confirmada pelo TRL, no processo n.º 20/19.IYUSTR, dispensou o cumprimento desse ónus prévio, havendo o Tribunal conhecido do vício, em recurso com objecto em tudo semelhante ao presente.

AA. Não é esse o entendimento do Tribunal *a quo*, para quem a interposição de recurso sobre o mérito da questão conduz, necessariamente, à sanção do vício, nos termos do artigo 121.º, n.º 1, alínea c), do CPP, ex vi artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, da LdC.

BB. O regime normativo invocado não tem cabimento no caso vertente, dado que a MCH não se pronunciou sobre o mérito da questão, isto é, não escrutinou, ponto por ponto, os fundamentos decisórios da AdC.

CC. O facto de a Recorrente conseguir avaliar a conveniência da impugnação judicial não significa, necessariamente, que esteja a recorrer do respectivo mérito, isto é, de uma determinada motivação com a qual discorda e que pretende ver sindicada, pois que, *in casu*, desconhece essa motivação.

DD. Se o Sentido Provisório de Decisão e a Decisão Final da AdC houvessem sido devidamente fundamentados, à Recorrente poderia ter sido possível ora i) conformar-se com as razões avançadas pela AdC, para concluir em determinado sentido, ora ii)



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

densificar as suas fundamentações, de forma a responder às dúvidas daquela.

EE. Impor à MCH que - sem que seja previamente notificada de uma Decisão devidamente fundamentada - antecipe as respostas a todas e quaisquer putativas dúvidas, interrogações e interpretações da AdC ou do Tribunal configura uma “*probatio diabólica*”.

FF. Foi por isso mesmo que a MCH procurou, em primeira linha - e precisamente por se encontrar ciente de que apenas junto da AdC, a natureza dialógica do processo de classificação de confidencialidades encontra pleno cabimento e os meios processuais adequados - que o Tribunal a quo conhecesse o vício da falta de fundamentação, com as devidas e legais consequências.

GG. O Assento n.º 1/2003, que o Tribunal a quo invoca para legitimar a sua solução, alude à necessidade da construção de um sistema menos formalista e mais preocupado com a justiça material.

HH. A declaração da sanção do vício pelo Tribunal *a quo*, apenas porque cautelarmente, a Recorrente procurou repetir, perante ele, o seu exercício de fundamentação - sem que, com isso, repita-se, estivesse a responder a um qualquer argumento da AdC, em sentido contrário ao da sua pretensão - é uma solução formalista e verdadeiramente inimiga da justiça do caso concreto.

II. A sanção do vício só se encontra legitimada quando a Recorrente impugna o “modo e o processo de formulação do juízo lógico”, bem assim “os fundamentos da decisão”, coisa muito distinta daquela que aqui se verifica, e que corresponde à impugnação de meras conclusões.

JJ. O argumento da economia processual, avançado, de igual modo, pelo Tribunal a quo, é contrariado pela realidade fática a que se chega, se seguida a posição daquele Tribunal.

KK. Existem soluções jurisprudenciais divergentes, a propósito da forma e das vias processuais e procedimentais a que a Visada deve recorrer, quando notificada de uma Decisão que considera inquinada por um vício de falta de fundamentação.

LL. A inexistência de uma corrente jurisprudencial uniforme justifica que a



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

Recorrente se tenha procurado acautelar, recorrendo, também, da solução-conclusão de indeferimento (na sua quase totalidade) dos seus pedidos de classificação de confidencialidades, não podendo ver-se prejudicada por uma construção tão formalista como a do Tribunal a quo.

MM. Os princípios do contraditório e da igualdade de armas, encontram-se, a par dos direitos de audiência e defesa, consagrados nos artigos 20.º, n.º 4, e 32.º, n.ºs 1, 2, 5 e 10 da CRP.

NN. Os Tribunais e a Administração têm deveres, não só de não ingerência, mas ainda de protecção dos direitos fundamentais, devendo abster-se de interpretações incompatíveis com o grau de realização ótima dos direitos fundamentais ou de entendimentos que aniquilem o seu sentido último.

OO. O Tribunal a quo andou mal ao considerar sanado o vício da falta de fundamentação da Decisão Final da AdC, apenas porque a MCH interpôs recurso que contesta as conclusões - ou seja, o sentido final, mas não as premissas - da Decisão Final.

PP. A leitura automatista do artigo 121.º, n.º 1, alínea c) do CPP, aplicável ex vi artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º da LdC, pelo Tribunal a quo, significou a preterição do seu “mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo” por i) um entendimento formalista, ii) uma interpretação estrita e distante da jurisprudência aplicável, e iii) uma conclusão sem cabimento à luz da factualidade vertente.

QQ. A sentença recorrida encerra manifesto erro, ao declarar sanada a irregularidade que afecta a Decisão Final da AdC, motivo por que deve ser substituída por outra que reconheça o vício e ordene, em consequência, a baixa dos autos à AdC, para que esta fundamente devidamente a sua Decisão Final em matéria de confidencialidades.

VI. Da legitimidade e dignidade objectiva de protecção dos interesses lesados pela divulgação da informação

RR. Tendo sanado a irregularidade por falta de fundamentação, o Tribunal a quo substituiu-se à AdC no cumprimento do dever de fundamentação desta última, negando protecção às confidencialidades requeridas, à luz de argumentos com os quais



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

a Visada nunca foi confrontada, e em relação aos quais não se pôde pronunciar.

SS. A MCH não teve oportunidade de se pronunciar sobre esses argumentos e sempre deveria ter sido auscultada antes de a decisão ter sido tomada, de modo a poder pronunciar-se quanto ao demérito desses pressupostos, sobretudo tendo em conta o vício de falta de fundamentação da Decisão Final da AdC invocado.

TT. A fundamentação dos seus pedidos de confidencialidade não poderia ter tido em conta tais argumentos, uma vez que a Recorrente sustentou os mesmos sem que, em qualquer momento que fosse, se visse confrontada com a adução de motivos, em relação aos quais pudesse orientar a sua argumentação, para efeitos de demonstrar a procedência da sua tese.

UU. Como referido pelo Tribunal *a quo*, na sua sentença proferida no processo n.º 20/19.1YUSTR, caso a Visada, aqui Recorrente, tivesse de explorar todas e quaisquer linhas de argumentação hipotéticas e alternativas que porventura pudessem evitar a conclusão no sentido do indeferimento das suas classificações, “o ónus perfeitamente identificado e a carga da Recorrente transformar-se numa *probatio diabólica*, em que os visados não só fundamentem a sua posição, como logo aduzam, em antecipação do potencial indeferimento da Autoridade da Concorrência, argumentos a contrario”.

VV. Se, por exemplo, a Recorrente entende que a informação é confidencial pelo motivo hipotético ‘A’, e a AdC não opõe a isso qualquer fundamentação específica e capaz, a Recorrente limitar-se-á, em sede de impugnação judicial, a invocar a linha de argumentação que lhe parece adequada à procedência do seu pedido e ao reconhecimento da protecção das suas confidencialidades.

WW. Na decisão desse recurso, não pode o Tribunal vir aceitar que ‘A’ possa até configurar um motivo válido ou plausível “em abstrato” para avançar, depois, e de forma verdadeiramente inovadora, um fundamento hipotético ‘B’, ao abrigo do qual indefere a pretensão da Recorrente, sem que esta tenha podido pronunciar-se sobre aquele mesmo motivo ‘B’.

XX. Assim sucedeu quando o Tribunal concluiu pela não verificação de requisitos de que depende a classificação de alguns dos documentos objecto do recurso



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

como confidenciais, por ter entendido “que um dos sentidos possíveis das mensagens em causa corresponde à expressão, corporização ou revelação de uma prática restritiva da concorrência (cf. artigo 9.º, n.º 1, do NRJC)”.

YY. Encontram-se nesta situação, os documentos MCH1120 e MCH1320 (num e noutro caso, quanto aos segmentos identificados no §116 da Sentença Recorrida), MCH1119 (nos mesmos termos que o documento MCH1120), MCH1134, MCH1128 (quanto ao segmento identificado no §131 da Sentença Recorrida), MCH 1130 (quanto ao segmento identificado no §133 da Sentença Recorrida), MCH1142, MCH_Papel_5 (quanto ao segmento identificado no §138 da Sentença Recorrida) e MCH_Papel_6 (quanto ao segmento identificados no §140 da Sentença Recorrida).

ZZ. A Recorrente não ignora que um dos critérios para a densificação da confidencialidade é precisamente o de que o interesse na sua protecção seja objectivamente digno de protecção. No entanto, a sua concretização e densificação pelo Tribunal *a quo*, desdobrando-o em sucessivas interrogacções, e subsumindo-lhe o teor das concretas conversacções integrantes dos tais documentos, sempre se afigurava imprevisível para a Recorrente, na data em que interpôs o seu recurso para aquele Tribunal.

AAA. A esta nova construção argumentativa não teve a MCH oportunidade de responder.

BBB. O Tribunal *a quo* entendeu que é à Recorrente que compete demonstrar que as expressões e segmentos em causa têm um sentido lícito, relegando todo o esforço para a Recorrente, nela concentrando o cumprimento de todos os ónus, e com isso legitimando um cenário factual, no qual a AdC se limita a dizer “não!”, alegando - sem fundamentar o porquê - que “não ficou convencida”.

CCC. Ora, a ideia genérica de dignidade objetiva da protecção dos interesses em causa, na ausência de qualquer densificação ou até de contraditório, vê-se esvaziada de sentido e reduzida a uma arma que a AdC pode utilizar em seu favor, como forma de indeferir, sem mais, as confidencialidades da Recorrente (como se verificou).

DDD. O facto de a AdC ser uma autoridade administrativa independente não



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

impede os Tribunais de sancionarem a sua actuação e assegurar essa concordância entre a missão de interesse público de que foi investida a AdC e os direitos fundamentais das Visadas, em processos contraordenacionais.

EEE. O Tribunal *a quo* reconhece que se trata de uma solução exigente para a Recorrente, embora não haja forma de o evitar. A Recorrente propõe uma solução alternativa: exigir à AdC o cumprimento do seu dever de fundamentação, garantindo que esse dever, consagrado na lei, e reconhecido pelos Tribunais, se não vê resumido a um décimo primeiro mandamento, sem aplicação prática.

FFF. Mais do que demasiadamente restritivo do direito fundamental ao segredo de negócio da Visada, este entendimento conduz a um resultado incompatível com o próprio princípio da presunção da inocência, já que conduz a que, perante uma afirmação ambígua, não só se presuma como prevalecente o sentido desfavorável à Visada, como se impeça a mesma de infirmar esse sentido, antes de tomar conhecimento dessa “presunção”.

GGG. O Tribunal *a quo* entende que a sua interpretação e posicionamento quanto ao ónus incidente sobre a Visada resulta compatível com o princípio da presunção da inocência, porquanto, ao recusar a protecção de uma determinada informação como confidencial, a AdC ou o Tribunal não estão a concluir pela existência de um qualquer indício de prática restritiva, mas, ao invés, afirmando, apenas, que a Recorrente não cumpriu o seu ónus.

HHH. Só que o cumprimento desse ónus pressupõe que a Recorrente conheça a pergunta a que tem de responder, e, portanto, que explicação deve avançar para afastar qualquer entendimento sobre a ilicitude dessas informações, o que não corresponde à realidade.

III. Por outro lado, exigir-se à Recorrente que adiante todas as explicações possíveis e concebíveis sobre o significado dos documentos em causa - no caso, correio electrónico - corresponde a esvaziar de conteúdo a sua defesa, em sede de resposta à Nota de Ilicitude ou de recurso da Decisão final condenatória, o que bem se percebe se pensarmos que, nessa hipótese, esta terá tido que explicitar, em momento prévio ao da prolação da NI, o contexto, as funções, o sentido, o significado, e a importância de cada



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

documento concretamente em causa.

JJJ. Perpassam à Sentença Recorrida interpretações múltiplas e variadas de um conjunto de segmentos dos documentos em causa e a essas interpretações concretizadas e determinadas, sobre as quais a visada se não pode pronunciar, subjaz uma efectiva valoração *in dubio contra reo*.

KKK. Isto porque, entende a Recorrente, existe aqui uma confusão entre aquilo que se deve exigir à Recorrente, para efeitos de esta ver protegidas as informações que reputa de confidenciais, e aquilo que, mais à frente, se lhe deve exigir, em sede de defesa e uma vez notificada da acusação, na medida em que esta se vê obrigada a antecipar todas e quaisquer putativas interpretações dos referidos documentos implica, na verdade, encetar um exercício desproporcionado e irrazoável.

LLL. O princípio do contraditório, tal como previsto para o processo criminal no artigo 32.º, n.º 5 da CRP (aplicável ao processo contraordenacional por identidade de razão e por força do n.º 10 do mesmo artigo), pressupõe o “direito do arguido de intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo” ⁽¹⁾.

MMM. Daqui não decorre que a Recorrente se tenha de pronunciar quanto a todos os argumentos jurídicos que eventualmente venham a ser deduzidos pelo Tribunal contra a sua pretensão, mas é sempre necessário que a fundamentação da decisão que incide sobre uma qualquer pretensão, ainda para mais num recurso em processo contraordenacional, apresente um mínimo de previsibilidade, seja por encontrar respaldo na decisão recorrida, seja por ser expectável que o Tribunal venha a decidir com base em certo entendimento.

NNN. A violação do princípio do contraditório em processo contraordenacional sempre deverá impor a nulidade da decisão recorrida, nos termos do disposto nos artigos 32.º, n.os 5 e 10 da CRP, 120.º, n.º 1, alínea d) e 122.º do CPP e 3.º, n.º 3, do Código de Processo Civil (‘CPC’).

J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*,
Coimbra: Coimbra
Editora, 2007, p. 523.



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Rua do Arsenal - Letra G 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213222992 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

NUIPC 244/18.9YUSTR-B.L1

OOO. Não obstante o Tribunal *a quo* disponha de poderes de plena jurisdição, o mesmo não pode proferir decisões reconduzíveis a verdadeiras decisões-surpresa, sem conferir à Recorrente o direito ao exercício do contraditório.

PPP. O direito que assiste à Recorrente de, antes da decisão, se pronunciar sobre questões novas, mesmo que de direito e de conhecimento oficioso, é transversal ao processo civil e ao processo criminal e contraordenacional, por força do disposto no supra citado artigo 3.º, n.º 3, do CPC (resultando também do disposto no artigo 327.º do CPP).

QQQ. A única via de conferir operatividade e injuntividade a esse dever do Tribunal é configurá-lo como uma verdadeira condição para que o Tribunal possa pronunciar-se sobre essas questões.

RRR. Não tendo o tribunal cumprido o contraditório quanto à questão jurídica na qual acabou por se basear para decidir desfavoravelmente o recurso da Visada, o Tribunal conheceu de uma questão de que não podia tomar conhecimento, circunstância que configura a nulidade prevista no artigo 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP, aplicável por remissão ao presente caso, o que desde já se argui com os legais efeitos.

SSS. Impõe-se a revogação da Sentença Recorrida na parte em que declara sanado o vício da falta de fundamentação da Decisão da AdC, e a sua substituição por outra que ordene a prolação de uma outra, em que a AdC observe o seu dever de fundamentação, nomeadamente por força da circunstância de a dúvida quanto ao sentido das expressões em causa dever valer a favor da Recorrente.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Nestes termos e nos demais de Direito aplicável que V. Ex.^a doutamente suprirá, deverá ser declarado procedente o presente recurso e, em consequência, ser:

a) Fixado efeito suspensivo do processo ao presente recurso, nos termos do disposto no artigo 408.º, n.º 3, do CPP, aplicável *ex vi* artigos 74.º, n.º 4, do RGCO e 83.º da LdC; e,

b) Revogada a sentença recorrida no segmento em que declara sanada a irregularidade arguida pela Recorrente e substituída por outra que declare a irregularidade não sanada e que ordene, em consequência, a baixa dos autos à AdC, para que profira nova Decisão Final, que observe o dever de fundamentação; e

c) Declarada a nulidade da sentença recorrida por violação do princípio do contraditório, nos termos do disposto nos artigos 32.º, n.ºs 5 e 10 da CRP, 120.º, n.º 1, alínea d) e 122.º do CPP e 3.º, n.º 3, do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 41.º do RGCO e 13.º da LdC, ou, assim não se entendendo, declarada a nulidade da decisão recorrida com fundamento em excesso de pronúncia, nos termos do disposto no artigo 379.º, n.º 2, alínea c), do CPP, igualmente aplicável por remissão, revogando-se a decisão recorrida e ordenando-se em consequência a baixa do processo à primeira instância para que o tribunal cumpra o contraditório quanto à questão acima identificada antes de proferir nova decisão final”

Ao recurso assim interposto respondeu o Ministério Público e a AdC.

Referiu o primeiro que quanto no que tange à irregularidade nada há a apontar ao decidido e que quanto às demais questões são divergências de opinião não sindicáveis à luz do disposto no artº 127º do C.P.P. pelo que o recurso não merece provimento.

Já a AdC sustentou que (transcrição):

- (i) Questão prévia: do efeito do presente recurso
- A. O regime dos recursos das decisões proferidas pela AdC (cf. n.º 1 do artigo 84.º da Lei da Concorrência) encontra-se previsto no n.º 4 do artigo 84.º da Lei da Concorrência: “o recurso tem efeito meramente devolutivo, excepto no que respeita a decisões que apliquem medidas de carácter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 30.º, cujo efeito é suspensivo.”
- B. O artigo 89.º da Lei da Concorrência, que regula a interposição de recurso para o Tribunal da Relação, não remete especificamente para o n.º 4 do artigo 84.º daquela lei, contudo a sua aplicação ao recurso que prossegue para a segunda instância é a única solução que se coaduna com o espírito do legislador que expressamente previu que os recursos interlocutórios são admitidos com o efeito meramente devolutivo.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

- C. Apesar de o artigo 89.º não dar resposta explícita ao efeito do recurso para o Tribunal da Relação, impõem-se as razões que determinaram que o legislador fixasse o efeito meramente devolutivo: a de impedir que as visadas utilizassem o recurso de decisão interlocutória para paralisar o processo contraordenacional.
- D. A lacuna do artigo 89.º da Lei da Concorrência não pode levar à aplicação subsidiária de um regime que não se compatibiliza com este propósito mas, antes, do caso análogo previsto no n.º 4 do artigo 84.º daquele diploma.
- E. A fixação do efeito dos recursos interlocutórios encontra-se já perfeitamente estabilizada conforme resulta manifesto quer dos recentes despachos de admissão de recurso de decisão interlocutória proferidos pelo TCRS, quer de decisões do TRL onde foi fixado efeito meramente devolutivo — veja-se o entendimento maioritário do TRL no acórdão de 11 de Outubro de 2016; o entendimento vertido nos apensos E (09.12.2019), F (13.11.2019) e G (18.12.2019) do processo 228/18.7YUSTR, revertendo o efeito suspensivo dos recursos interlocutórios fixado, contra-maré, pelo TCRS, para o meramente devolutivo; e ainda veja-se a recente decisão do TRL (em conferência) de 13.04.2020 (secção da Propriedade intelectual, Concorrência, Regulação e Supervisão) no processo 225/15.4YUSTR-N.LI.
- F. Deverá ser fixado o efeito meramente devolutivo ao presente recurso, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, ou caso assim não se entenda, de acordo al. a) do n.º 2 do artigo 407.º e o artigo 408.º, n.º 1 e 2 a contrario do CPP.
- (ii) Objecto do recurso
- G. O presente recurso tem por objecto a Sentença proferida pelo Tribunal *a quo* em 18 de Junho de 2020, na parte em que negou provimento ao recurso interposto de decisão interlocutória da AdC de 10.01.2020 com a referência S-AdC/2020/125.
- H. A Sentença recorrida não se encontra ferida de qualquer vício susceptível de determinar a sua revogação, inexistindo qualquer nulidade, omissão de pronúncia ou qualquer erro na aplicação do direito.
- (iii) Do procedimento de confidencialidades seguido pela AdC
- I. Do disposto no artigo 30.º, no n.º 1 do artigo 32.º e do artigo 33.º da Lei da Concorrência, resulta que a ponderação entre o direito ao segredo de negócio, por um lado e, por outro, o direito de defesa, deve ser casuística e fundamentadamente ponderada pela AdC. Veja-se, neste sentido a sentença do TCRS datada de 07.06.2019 - Processo



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

n.º 228/18.7YUSTR-E (já transitado em julgado).

- J. A AdC reconhece a complexidade do procedimento de classificação de confidencialidades perante o qual tanto as empresas como a própria AdC têm melhorado o seu desempenho e colaboração ao longo do tempo, tendo a jurisprudência contribuído para este aperfeiçoamento.
- K. A AdC, por um lado, especificando e densificando as orientações de como devem ser elaborados os pedidos de protecção de confidencialidades, e especificando, sempre que possível, a razão do seu indeferimento, nos seus ofícios de sentido provável e decisão final e nas respetivas tabelas excel que os acompanham, sendo que, relativamente a cada um dos elementos cuja confidencialidade é solicitada, existe agora uma célula específica onde a AdC expõe, com recurso a uma identificação numérica, os motivos de indeferimento (seja por falta de fundamentação, seja por falta de descritivo) por vezes oferecendo-se, inclusivamente uma justificação/ observação adicional na própria tabela ou no ofício que a acompanha.
- L. Por outro lado, as empresas que com menor ou maior rigor têm, também elas aperfeiçoado e no geral, colaborado com a AdC para a simplificação deste procedimento seguindo as orientações da AdC.
- M. No presente caso, observa-se que, após sucessiva interações, a AdC concluiu que a Recorrente não fundamentou de forma capaz todos os seus pedidos de classificação de informação como confidencial, indeferindo consequentemente e de forma parcial o requerido, o que motiva o presente recurso.
- N. Dos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência decorrem, para os visados titulares de informações confidenciais, “três ónus (...) sob pena de ficarem sujeitos à cominação legal de classificação das informações como não confidenciais. Tais ónus são: (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.” (cf. Sentenças proferidas pelo TCRS, no âmbito do Processo n.º 194/16.3YUSTR, 228/18.7YUSTR (apensos E, F, G, I), e 18/19.0YUSTR (apensos E e F)).
- O. Daqui decorre que, primeiramente, a empresa tem um ónus de identificar de forma fundamentada a informação que considera dever ser protegida como confidencial; num segundo momento, a empresa tem de ser capaz de explicar à AdC as razões para aquelas informações não poderem ser divulgada a terceiros, nomeadamente a co-



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Visados, sob pena de essa divulgação causar prejuízo grave à empresa.

- P. Olhando para o caso concreto: perante um conjunto de documentos (v.g., emails de natureza interna ou trocados com fornecedores potencialmente envolvidos na infração sobre preços de revenda dos produtos nos supermercados aos consumidores finais e nível de preços de revenda praticados pelas insígnias concorrentes para os mesmos produtos) a empresa tem de ser capaz de explicar que essa informação é reservada, ou seja, não é pública, foi sempre tratada como reservada e que sendo divulgada lhe pode causar prejuízo sério.
- Q. Não existe uma confidencialidade automática em função da temática; existe um ónus de fundamentação. Esta asserção é corroborada pelo TCRS na sentença de 07.06.2019 - Processo 228/18.7YUSTR-E (já transitado em julgado).
- R. Por outro lado, e sempre assumindo que a fundamentação do tratamento confidencial está suficientemente completa, a Lei da Concorrência determina ainda que a confidencialidade requerida só pode ser aceite se as versões não confidenciais apresentadas pela empresa permitirem apreender o teor da informação confidencial suprimida.
- S. A AdC fornece às empresas orientações para a identificação fundamentada de informações confidenciais nos termos da Lei da Concorrência, a todos os pedidos de informação da AdC (consistindo num conjunto de orientações bastante concretas sobre a necessidade de se explicar o carácter secreto de uma informação, o valor comercial dessa informação por ser secreta, as diligências adotadas pela empresa para preservar o carácter secreto da informação e o prejuízo concreto adveniente para a empresa da divulgação desses segredos).
- T. O fundamento para a não aceitação das versões não confidenciais pode também assentar na falta ou insuficiência de descritivo se este não permitir intuir a informação ocultada: só assim não ficarão comprometidos a publicidade do processo e os direitos de defesa de eventuais co-visados.
- U. Esta matéria já foi alvo de decisão pelo TCRS (corroborado pela TRL) que validou quer a necessidade da elaboração de descritivos para as informações ocultadas dos documentos considerados confidenciais, quer o método sugerido pela AdC.
- V. Por outro lado, a não apresentação de versões não confidenciais nos termos acima indicados, determina, nos termos do n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, que as informações sejam consideradas não confidenciais.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

- W. Ou seja, se num documento existir segmentos de informação classificados como confidenciais e efetivamente não o forem ou os seus descritivos não permitem intuir o seu conteúdo, a AdC levanta a confidencialidade de todo o documento, considerando-se não confidencial.
- X. Para o cumprimento destes três ónus, a AdC concede três oportunidades às visadas para apresentarem os pedidos de protecção de confidencialidades: num primeiro momento concede as orientações necessárias para realizarem o tratamento de confidencialidades; num segundo momento envia um sentido provisório da decisão desse tratamento dando oportunidade às visadas de justificarem melhor a informação considerada confidencial e apresentarem as versões conforme o entendimento da AdC em caso de discordância com as orientações fornecidas; e, ainda, por fim, num terceiro momento e após decisão final, concede prazo para apresentar novas versões não confidenciais em consonância com tal decisão.
- Y. Em anexo aos ofícios enviados às empresas visadas a AdC especifica como deve ser fundamentada a confidencialidade, procedimento esse que se materializa numa tabela de onde consta a informação em causa, o fundamento da necessidade de confidencialização e o descritivo da informação a confidencializar. Ainda nesse momento, as interessadas devem juntar uma primeira versão não confidencial da informação em causa.
- Z. Posteriormente, através de um sentido provável de decisão (em cumprimento do n.º 5 do artigo 30.º da Lei da Concorrência), a AdC, numa análise integrada das tabelas e num ofício específico para o efeito, (i) admite a informação como confidencial, ou (ii) indefere essa classificação justificando o motivo do indeferimento, sendo certo que, conforme já explicado, esse indeferimento pode dever-se à falta de fundamentação dada pela empresa visada quanto ao facto de determinada informação constituir segredo de negócio ou à falta de descritivo. Assim, e quando em causa esteja falta de fundamentação quanto à necessidade de classificação como segredo de negócio, a AdC fundamenta o seu indeferimento (ou sentido provável) com as seguintes justificações, que podem (mas não obrigatoriamente) verificar-se, efetivamente, de forma cumulativa (i) A informação não é secreta; (e/ou) (ii) A informação não tem valor comercial pelo simples facto de ser secreta; (e/ou) (iii) A informação não tem sido/ não foi objecto de diligências consideráveis para a manter secreta; (e/ou) Não ficou demonstrado pela empresa que a sua divulgação pública ou mera transmissão a pessoas diferentes daquelas que as forneceram ou que delas tenham conhecimento é suscetível de lesar gravemente os interesses da empresa.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

- AA. Quando, por outro lado, a AdC não questione a natureza confidencial da informação mas o descritivo da mesma oferecido pela visada se encontre em falta ou é insuficiente, a AdC aponta a falta/insuficiência de descritivo por entender que o sumário ou a descrição resumida da informação suprimida não permitia apreender o seu conteúdo e matéria.
- BB. O ofício através do qual a AdC se pronuncia sobre a informação constante daquelas tabelas não pode ser lido de forma dissociada destas nem vice-versa uma vez que, ao fundamento generalizado constante do ofício se segue, uma por uma, a identificação da informação em causa (em cada linha da tabela), o que permite ao seu destinatário perceber por que motivo a AdC concretamente indeferiu determinada classificação de um segmento como confidencial.
- CC. Em resposta a este sentido provável de decisão, as empresas podem novamente justificar ou fornecer/ aperfeiçoar os fundamentos da necessidade de confidencialização e, sendo o caso, aperfeiçoar ou respetivos descritivos.
- DD. Por último, a AdC emite a sua decisão final, estruturando igualmente a sua decisão num ofício e nas referidas tabelas, concedendo uma terceira e última oportunidade às interessadas para fornecer novas versões não confidenciais em conformidade com esta decisão.
- EE. Caso determinado segmento de informação não esteja devidamente fundamentado ou descrito, ou não seja junta versão não confidencial, a AdC é obrigada a levantar a confidencialidade de todo o documento, em cumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência - o que, de resto, já foi confirmada pelo TRL, no acórdão proferido em 13.II.2019, no Processo n.º 228/18.7YUSTR-F.LI e no acórdão proferido em 18.II.2019, no Processo n.º 228/18.7YUSTR-E.LI.
- (iv) Da sanção da irregularidade da Decisão Final da AdC, com a interposição de recurso pela Visada
- FF. A Recorrente, não obstante ter pretendido ver apreciada uma suposta irregularidade, não aparentou ter tido qualquer dificuldade na apreensão do exacto alcance e motivação da decisão final sobre a protecção de confidencialidades - isto sem prejuízo, evidentemente, de não concordar com as posições ali vertidas, circunstância que, todavia, nada tem que ver com a suposta falta de fundamentação.
- GG. Não obstante a Recorrente ter suscitado a questão de mérito a título subsidiário, invocando, em primeira linha, a suposta falta de fundamentação da decisão da AdC de 10 de Janeiro de 2020, a verdade é que só a apreensão do respectivo conteúdo teria permitido, como permitiu, escrutinar judicialmente os concretos indeferimentos que



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

resultaram daquela decisão.

HH. É este o entendimento vertido na sentença ora recorrida: "considera-se - tal como se entendeu no processo n.º 249/18.0YUSTR-C e se reiterou no processo n.º 228/18.7YUSTR-F, deste Juízo - que quando o visado não se limita a arguir o vício e se pronuncia sobre o mérito da questão objecto do recurso sana um eventual vício de fundamentação que pudesse existir, nos termos do artigo 121.º, n.º 1, alínea c), do CPP, ex vi artigos 41.º, n.º 1, e 13.º, do NRJC."

II. Tem sido este o entendimento maioritário do TCRS vertido na sentença de 12.06.2019 - Processo n.º 228/18.7YUSTR-F e confirmado por acórdão do TRL de 13.11.2020 (transitado em julgado quanto a esta parte), e, mais recentemente, nas sentenças de 17.02.2020 e 19.02.2020 - Processo n.º 18/19.0YUSTR (apensos F e E, respetivamente), onde se discutia matéria similar à dos presentes autos (confidencialidades).

JJ. Uma vez que a Recorrente solicita, ainda que subsidiariamente, ao Tribunal para apreciar o mérito da decisão da AdC de tratamento de confidencialidades, o vício de irregularidade ficou sanado.

KK. A Recorrente apreendeu e percebeu, no seu exacto alcance, o conteúdo da decisão proferida pela AdC e decidiu impugná-la judicialmente, apresentando um conjunto de argumentos e explicitando as razões que a levam a discordar da decisão da AdC, não havendo nada a apontar ao entendimento do Tribunal a quo.

LL. No caso em concreto, a análise do vício de falta de fundamentação pretendida pela Recorrente, fica prejudicada pela solução e parâmetro adoptados pelo Tribunal a quo nos parágrafos 29 e seguintes da sentença recorrida conforme explicitado pelo Tribunal a quo: "resulta dos factos provados que a Recorrente arguiu a irregularidade, a AdC indeferiu o requerimento apresentado e foi interposto recurso desta decisão. Face às asserções precedentes seria neste (segundo) recurso que o vício de falta de fundamentação deveria ser decidido e que, conseqüentemente, o presente recurso nem sequer deveria ou deve ser admitido. Considera-se que não é assim, pois a Recorrente não se limitou a arguir a irregularidade. Pronunciou-se também sobre o mérito da decisão da AdC, ainda que subsidiariamente, pelo que à luz dos parâmetros enunciados considera-se o vício sanado, pelo que se passará a conhecer dos fundamentos de mérito, ou seja, das demais questões supra indicadas."

MM. Andou bem o Tribunal a quo em não conhecer da eventual irregularidade que a decisão da AdC pudesse padecer, uma vez que a Recorrente conformou-se com esse vício ao sujeitar a decisão a uma apreciação de mérito pelo Tribunal *a quo*, inexistindo, deste



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

modo, qualquer erro susceptível de afectar a plena validade da sentença recorrida.

NN. Conforme se refere no despacho de 22.04.2020 do Tribunal *a quo* no processo 18/19.0YUSTR-E “Existe antes uma interpretação diversa do direito feita pelo tribunal e pela Recorrente”.

(v) Da alegada violação do princípio do contraditório e excesso de pronúncia da sentença recorrida

OO. O controlo judicial exercido pelo Tribunal é um controlo de plena jurisdição conforme, aliás reconhecido pela Recorrente no ponto 46 das suas alegações de recurso.

PP. É entendimento maioritário do Tribunal *a quo* que o que está em causa no caso concreto é a impugnação da classificação por se entender que não estão em causa segredos de negócios, constituindo interesses próprios do processo de contraordenação, cujo tipo de controlo judicial deverá ser aquele próprio dos recursos de impugnação judicial (cf. parágrafos 17 e 18 da sentença de 07.06.2020 - Processo n.º 228/18.7YUSTR-E, já transitado em julgado).

QQ. O Tribunal *a quo* pronunciou-se igualmente no mesmo sentido no processo 18/19.0YUSTR-E.

RR. É também este o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa vertido no acórdão de 18.12.2019 no processo 228/18.7YUSTR-E.LI (já transitado em julgado) onde se discutia questão similar.

SS. Do exposto nos parágrafos 73 e seguintes da sentença recorrida, resulta claro que o Tribunal *a quo* terá reexaminado *ex novo* todos os documentos, não estando, e não tendo que estar sujeito aos fundamentos utilizados pela AdC para indeferir os pedidos de protecção de confidencialidades.

TT. Este reexame por parte do Tribunal *a quo* sempre foi o pretendido pela Recorrente com a interposição do seu recurso, tal como resulta das suas alegações de recurso dirigidas ao TCRS.

UU. Não pode a Recorrente, por um lado, pretender o reexame integral por parte do TCRS da sua classificação de confidencialidades, apelando, para o efeito, ainda que implicitamente, aos seus poderes de plena jurisdição e, por outro lado, com a constatação de uma decisão desfavorável, pretender limitar tais poderes de plena jurisdição e recolocar o TCRS na posição de mero órgão administrativo em plena fase administrativa do processo contraordenacional.

VV. Importa ainda referir que a Recorrente aquando do pedido de protecção de confidencialidades, não está a fundamentar que aquela informação é confidencial



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

tendo em conta qualquer argumento da AdC, pelo que afirmar que não lhe foi dada a possibilidade de contralegar os argumentos do Tribunal, não tem qualquer sentido lógico ou fundamento legal.

WW. A possibilidade de contralegar os fundamentos apresentados pelo Tribunal a quo para indeferir a sua pretensão, é precisamente em sede de recurso, não existindo qualquer violação do princípio do contraditório.

XX. O princípio do contraditório fica assegurado com a possibilidade de a Recorrente, não concordando com os argumentos e justificação da decisão do Tribunal a quo, recorrer para uma instância superior, pelo que os recursos destinam-se precisamente, a reapreciar as questões decididas pelo Tribunal a quo.

YY. O contraditório deve ser assegurado pelo Tribunal entre as partes, não entre Tribunal e Recorrente. O Tribunal não notifica a Recorrente do seu sentido provável de decisão para efeitos de audiência prévia dos interessados, aqui se distinguindo o processo judicial, do procedimento administrativo ou da fase administrativa do processo contraordenacional.

ZZ. Veja-se, o entendimento do TRL no acórdão de 18.12.2018 já citado supra.

AAA. A MCH tenta replicar junto do TCRS a mesma atuação que tem revelado perante a AdC, no sentido de que todas as interações nunca são as bastantes, em que toda e qualquer fundamentação é sempre insuficiente e, por fim, em que todo e qualquer sentido decisório é sempre ilegal e atentório dos seus direitos.

BBB. A natureza da AdC e da sua respetiva posição processual permitem (ainda que censuravelmente) este tipo de atuação, já não se compreende, de facto, a alegação da MCH no sentido de que a mesma teria sempre de ser previamente consultada para se pronunciar sobre o sentido decisório do Tribunal que como já se viu está a atuar com poderes de plena jurisdição, atuação essa expressamente pretendida e reconhecida pela Recorrente.

CCC. Conclui-se que o Tribunal a quo, tendo um controlo de plena jurisdição, analisou a classificação dos pedidos de confidencialidades da Recorrente conforme o seu entendimento, aplicando e interpretando a lei, e fazendo um reexame ex novo das confidencialidades apresentadas pela MCH, tirou “as ilacções que extraiu dos factos apresentados constitui[ndo] uma mera aplicação do direito, área em que o Tribunal não estava sujeito à alegação das “partes” (artigo 5.º, n.º 3 do CPC), nem sequer se podendo dizer que a solução seguida pelo tribunal se desvinculou totalmente do alegado por Recorrente e Autoridade da Concorrência, quer na sua substancialidade



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

quer na sua adjectividade." (cf. despacho do TCRS de 22.04.2020)

DDD. Não existe qualquer excesso de pronúncia por parte do Tribunal a quo.

EEE. Como se pode constatar no ponto 4.1.3 (artigos 302.º a 317.º) das alegações de recurso de impugnação para o TCRS, a MCH colocou à consideração do Tribunal *a quo* o tema da dignidade das informações, explicando inclusivamente por que razão as mensagens devem ser lidas de modo contextualizado, percebendo a linguagem deste tipo de mercado, etc..

FFF. Mais, a própria decisão da AdC tem como fundamento de indeferimento o facto de certas informações poderem ser configuradas como ilícitos jusconcorrenciais, pelo que estando o Tribunal a apreciar a decisão em plenitude (com controlo de plena jurisdição) deve ater-se e pronunciar-se sobre cada um dos documentos tal como pretendido pela Recorrente, caso contrário não tinha como objecto do recurso as confidencialidades em particular, explicitando, ainda que superficialmente, para cada uma delas por que razão tais informações não podem configurar um ilícito jusconcorrencial (ponto 4.3 das alegações de recurso para o TCRS). Vide por exemplo os artigos 328.º e 329.º e 346.º a 350.º das alegações de recurso apresentadas para o TCRS).

GGG. Andou bem o Tribunal a quo em pronunciar-se sobre cada um dos documentos, inclusivamente sobre o tema da dignidade das informações objecto de pedido de confidencialidade.

HHH. Relativamente ao argumento da Recorrente, em concreto, segundo o qual o Tribunal a quo ao fundamentar a não classificação de certa informação como confidencial por existir uma dúvida quanto ao significado e pertinência da informação, deveria ter esclarecido com a Recorrente tal dúvida, não pode proceder.

III. Estando em causa informação trocada entre a Recorrente e um fornecedor suscetível de configurar uma infração às normas da concorrência, tal informação não deve, e não pode, ser protegida como informação confidencial.

JJJ. No essencial, estão em causa mensagens de correio electrónico em que se observa uma monitorização e reporte de preços de venda ao público praticados por concorrentes da Recorrente em aparente desvio a um preço concertado com o fornecedor; e pedido de melhores condições comerciais ao fornecedor para compensar preços mais competitivos praticados por concorrentes para o mesmo produto.

KKK. A Recorrente dificilmente poderia infirmar o fundamento do Tribunal a quo uma vez



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

que estamos perante um processo de contraordenação para investigação de uma prática restritiva da concorrência, logo a AdC terá na sua posse e-mails que, na sua maioria, possam ser suscetíveis de configurar a infração a ser investigada.

LLL. Os co-visados do processo devem ter direito a aceder a toda a informação utilizada pela AdC para imputar uma infração, para se poderem defender, estando perante um caso em que os direitos de defesa devem ser assegurados e prevalecer em detrimento de qualquer possível segredo de negócio (cf. Parágrafos 64 e 65 da decisão recorrida).

MMM. Importa referir, com o devido respeito, que a argumentação da Recorrente quanto a este ponto causa alguma perplexidade à AdC.

NNN. Em primeiro lugar, não é a primeira vez que a Recorrente se depara com o fundamento utilizado pelo Tribunal a quo na sentença recorrida de não considerar segredo de negócio informação que não é objetivamente digna de protecção por ser passível de configurar um ilícito jusconcorrencial.

OOO. Desde logo, este mesmo Tribunal, pelo menos numa sentença proferida em 07.06.2019 no processo 228/18.7YUSTR-E e confirmada por acórdão do TRL de 18.12.2019, tal como referido na sentença ora recorrida, em que a MCH era Recorrente e onde se discutia questão similar, já tinha decidido no mesmo sentido, explicitando em cada um dos documentos objecto de análise quais as informações passíveis de ser configuradas como estando perante ilícitos jusconcorrenciais.

PPP. Adicionalmente, a decisão da AdC de 10 de janeiro de 2020, no seu ponto 5. (i) junta aos autos como Documento n.º 18, vem precisamente, com base naquela sentença (cf. nota de rodapé n.º 1) fundamentar a sua decisão de indeferir os pedidos de protecção de confidencialidades por falta de fundamentação da MCH precisamente por considerar “que tais pedidos não poderão ser objecto de deferimento uma vez que a informação em causa é, na quase totalidade dos casos, passível de consubstanciar o comportamento ilícito objecto de investigação, não sendo, portanto, essa eventual confidencialidade digna de protecção”.

QQQ. Não se pode considerar, tal como alegado pela Recorrente, que esta se deparou com uma decisão surpresa, quer porque já tinha conhecimento de como o Tribunal maioritariamente se pronunciava realizando um controlo de plena jurisdição e reexaminado *ex novo* os pedidos de protecção de confidencialidades identificados pela MCH, bem como, a AdC, em sede de decisão final, já tinha indeferido alguns pedidos precisamente com fundamento no facto da informação ser passível de consubstanciar um ilícito jusconcorrencial não sendo portanto digna de protecção.”



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Os autos subiram a este Tribunal e foi proferida decisão onde foi afirmado o efeito meramente devolutivo dos autos.

O Ministério Público teve vista nos mesmos.

Os autos foram a vistos e à conferência.

*

II- Do âmbito do recurso e da fundamentação de facto

O âmbito do recurso é delimitado em função do teor das conclusões extraídas pelo recorrente da motivação apresentada, só sendo lícito ao Tribunal ad quem apreciar as questões desse modo sintetizadas, sem prejuízo das que importe conhecer oficiosamente, como são os vícios da sentença previstos no artigo 410º, nº2, do CPP, mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito (cfr.Ac. do Plenário das Secções Criminais do STJ de 19/10/1995, DR I-A Série, de 28/12/1995 e artigos 403º, nº1 e 412º, nºs 1 e 2, ambos do CPP aplicável subsidiariamente por via do disposto no artº 83º da LC e 41º nº 1 do RGCO).

Tendo tal presente note-se que a recorrente é clara ao limitar o âmbito do recurso.

Assim, a recorrente refere, na conclusão A), “O presente recurso incide especificamente sobre os segmentos da Sentença Recorrida relativos

(i) à sanção da irregularidade da aludida decisão final da AdC em matéria de confidencialidades por falta de fundamentação; e

(ii) à improcedência do recurso de impugnação judicial da MCH, no que respeita às confidencialidades requeridas pela MCH relativamente a um conjunto de documentos ou segmentos de documentos, com o fundamento na inexistência de interesses dignos de protecção da confidencialidade dos mesmos.

São estas, pois, as duas questões que teremos de conhecer embora estas se desdobrem, depois, noutras que têm de ser expressamente referidas.

Assim, a presente decisão terá de conhecer:

- a) A questão do excesso de pronúncia;
- b) A questão da sanção da irregularidade;
- c) A questão da violação do princípio do contraditório;
- d) A questão da decisão surpresa que representa a decisão recorrida;
- e) A questão da existência de um ónus de parte no que tange à afirmação das confidencialidades.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

A fim de podermos dar resposta a cada uma das questões recordaremos a factualidade que subjaz ao segmento recursal em análise sem prejuízo de, quando necessário, nos reportarmos à decisão de direito proferida pelo Tribunal a quo.

Assim,

a) No âmbito do processo de contraordenação que corre termos na AdC sob a referência interna PRC/2016/04, a Recorrente foi alvo de uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC entre os dias 07.02.2017 e 03.03.2017, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público datados de 02.02.2017 e de 10.02.2017.

b) Após a realização destas buscas, a AdC extraiu certidão de cópia do processo n.º PRC/2016/04 para instruir o processo de contraordenação com a referência interna PRC/2017/14, cujas cópias constam a fls. 220 a 226, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor.

c) Em 16.05.2018, a Recorrente foi notificada pela AdC, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência para, no prazo de 10 dias úteis, identificar de maneira fundamentada as informações que considerasse confidenciais por motivo de segredo de negócio (observando as orientações contantes do anexo I ao ofício), por referência aos documentos electrónicos e documentos em papel apreendidos e remetidos à Recorrente em suporte electrónico - cf. ofício S-AdC/2018/1032, cuja cópia na parte em suporte de papel consta a fls. 232 a 237 e na parte em suporte electrónico consta na pen junta a fls. 351, pastas “01. Anexo ofício S-AdC_2018_1032_pedido emails MCH” e “01. Anexo ofício S-AdC_2018_1032_pedido papel MCH” e nos ficheiros Excel “01. Anexo ofício S-AdC_2018_1032_tabela pedido emails MCH.xlsx” e “01. Anexo ofício S-AdC_2018_1032_tabela pedido papel MCH.xlsx”, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor.

d) Na sequência de prorrogações do prazo, em 20.06.2018, a Recorrente respondeu ao pedido de identificação de confidencialidades, por referência aos referidos documentos electrónicos e documentos em papel, cuja cópia do requerimento em suporte de papel consta a fls. 254 a 256 e cujo restante consta na pen de fls. 351, nas pastas “02. Anexo resposta 20.06.2018 ofício S-AdC_2018_1032 - emails e papel pedido” e “06. Anexo resposta 24.01.2020 ofício S-AdC_2020_125 - VNCs finais Emails” e ficheiros Excel “02. Anexo resposta 20.06.2018 ofício S-AdC_2018_1032 - tabela emails pedido.xlsx” e “02. Anexo 20.06.2018 ofício S-AdC_2018_1032 - tabela papel pedido.xlsx”, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor.

e) Em 11.09.2018, a AdC notificou a Autora, nos termos do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 30.º do NRJC, do seu sentido provável de decisão quanto ao pedido de protecção de



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

confidencialidades relativo à prova apreendida, apresentado em 20.06.2018, concedendo à Autora prazo para querendo, dizer o que tivesse por conveniente (cf. ofício com a referência S- AdC/2019/3749, cuja cópia, na parte da decisão em suporte de papel consta a fls. 260 a 261 e na parte em suporte electrónico consta napen de fls. 351, no ficheiro Excel “03. Anexo ofício S- AdC_2019_3749_tabela SPD MCH.xlsx”, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor).

f) Nesse ofício, a Recorrente foi informada da identidade das pessoas colectivas Co-Visadas no processo, a saber: as sociedades Bakery Donuts Portugal, Lda SA, fornecedoras da Recorrente; Jerónimo Martins - SGPS, S.A., Pingo Doce - Distribuição Alimentar, S.A., Auchan Portugal - Investimentos (SGPS), S.A. e Auchan Retail Portugal, S.A. todas sociedades concorrentes da Recorrente.

g) Por requerimento datado de 16.09.2019, a Recorrente invocou, junto da AdC, a irregularidade do ofício S-AdC/2019/3749, por falta de fundamentação e a sua substituição por outro (com inclusão das Tabelas de Confidencialidades) do qual constasse um sentido provável de decisão devidamente fundamentado, devendo a AdC densificar o seu iter reacional quanto aos vários segmentos que considerou feridos de falta de fundamentação e/ou falta/insuficiência de descritivo, com as legais consequências, conforme cópia de fls. 265 a 268, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

h) Na sequência de uma prorrogação do prazo, em 02.10.2019 a MCH apresentou a sua resposta ao sentido provável de decisão, cuja cópia do requerimento em suporte de papel consta de fls. 292 a 298 e na parte em suporte electrónico consta na pen de fls. 351, no ficheiro Excel “04. Anexo resposta 03.10.2019 ofício S-AdC_2019_3749 - tabela VNC SPD.XLSX” e na pasta “04. Anexo resposta 03.10.2019 ofício S-AdC_2019_3749 - VNCs Emails e papel SPD.zip”, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

i) Em 10.01.2019, a AdC indeferiu, por via do ofício S-AdC/2020/125, o pedido de protecção de confidencialidades formulado pela Recorrente, cuja cópia na parte em suporte de papel consta a fls. 300 a 302 e na parte em suporte electrónico consta na pen de fls. 351, no ficheiro Excel “05. Anexo ofício S-AdC_2020_125_tabela decisão final MCH.XLSX”, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, sendo esta a decisão objecto de impugnação judicial.

j) Em tal ofício consta, entre o mais, o seguinte: “5. Sem prejuízo da fundamentação apresentada nas Tabelas acima referidas, bem como no mencionado nos parágrafos anteriores, a presente Decisão tem ainda por base os seguintes fundamentos:

i. Quanto aos pedidos de protecção de informação confidencial indeferidos por falta de



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

fundamentação que dizem respeito, em especial, a procedimentos internos de marcação de preços, política comercial, negociação com fornecedores, acções promocionais e condições comerciais é entendimento da AdC que tais pedidos não poderão ser objecto de deferimento uma vez que a informação em causa é, na quase totalidade dos casos, passível de consubstanciar o comportamento ilícito objecto de investigação, não sendo, portanto, essa eventual confidencialidade digna de protecção (por exemplo, MCH172, MCH1041, MCH1118, MCH1119, MCH1120, MCH1128, MCH1130, MCH1134, MCH1142, MCH1143, MCH1150, MCH1320).

- ii. Quanto aos pedidos de protecção de informação confidencial indeferidos por falta e/ou insuficiência de descritivo que dizem respeito, em especial, a intervalos de valor, estes devem permitir intuir a grandeza da informação em causa, de forma a esta ser inteligível num contexto de comparação com outras informações também indicadas em intervalos de valor e constantes das mesmas mensagens². Com efeito, as percentagens devem ser indicadas com um intervalo de variação não superior a 10%, excepto quando os valores são inferiores a 10%, correspondendo neste caso os intervalos de variação a 5 pontos percentuais. As referências a percentagens inferiores a 5% deverão ser indicadas com recurso a intervalos de 1,5 pontos percentuais. Os valores absolutos devem também ser indicados com intervalos que permitam caracterizar adequadamente a realidade a que se referem, nomeadamente, o mercado do bem ou serviço em causa e a posição da empresa nesse mesmo mercado. Para o efeito, deve ser privilegiada a indicação de intervalos de variação não superiores a 5, 10, 100, 1000, 10.000, etc., para ordens de grandeza até 10, 100, 1000, 10.000, 100.000, etc., respetivamente. A título de exemplo de mensagens que se enquadram nesta categoria estão a MCH1041, MCH1118, MCH1128, MCH1130, MCH1149.
- iii. Quanto aos pedidos de protecção de informação confidencial indeferidos por falta e/ou insuficiência de descritivo que dizem respeito, em especial, à protecção de dados pessoais, a AdC mantém o seu entendimento quanto ao tratamento que deve ser conferido a este tipo de informação no contexto do processo contraordenacional - por exemplo, no que se refere à necessidade de inclusão de cargos e área dos colaboradores, bem como das empresa(s) envolvida(s), de forma a permitir um entendimento e alcance globais do documento. Nesta circunstância, entende a AdC que a identificação do cargo, área e empresa de cada um dos intervenientes deverá ser inserida tantas vezes quantas as necessárias - mas sempre pelo menos uma vez - em cada documento objecto de tratamento, podendo os nomes dos colaboradores ser substituídos por siglas. Pode também, em alternativa e de modo a facilitar o



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

tratamento/análise da informação, ser facultado um documento autónomo que faça a devida correspondência entre as siglas e a identificação dos cargos, áreas e empresas respetivas.

- iv. Quanto aos restantes casos, entende a AdC que a MCH não logrou especificar qual o carácter secreto da informação em causa, nomeadamente, explicitando qual o seu valor comercial em 2019, que fez a MCH para proteger essa informação dentro e fora da empresa, que tipo de colaboradores tinham acesso a essa informação, ou se havia restrições de acesso a essa informação dentro da empresa. Resulta para a AdC que a MCH não cumpriu, da forma detalhada que se lhe impunha, o ónus de identificação e fundamentação que implicaria a classificação como confidencial da informação em causa e que, sem esse ónus devidamente cumprido, não tem sequer base legal a AdC para deferir o tratamento confidencial, uma vez que esse tratamento confidencial restringirá a publicidade do processo e, eventualmente, os direitos de defesa das demais visadas."

k) No mesmo ofício foi determinado o seguinte: "6. Assim, no que concerne aos pedidos de protecção de confidencialidade indeferidos, deverá a MCH, no prazo de dez dias úteis, submeter versões não confidenciais dos documentos, reformuladas de acordo com a decisão final da AdC constante do presente Ofício e das Tabelas Excel".

l) No mesmo ofício, a AdC pronunciou-se sobre a irregularidade por falta de fundamento do sentido provável de decisão invocada pela Recorrente, através do requerimento de 16.09.2019, que julgou não se verificar.

m) Por requerimento de 15.01.2020, a Recorrente arguiu a irregularidade da decisão final por falta de fundamentação, cuja cópia consta a fls. 308 a 313, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor.

n) A este requerimento respondeu a AdC a 28 de janeiro de 2020, através do ofício S-AdC/2020/310, indeferindo a irregularidade, conforme cópia de fls. 315 a 319, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

o) A Recorrente interpôs recurso desta decisão, que ainda não foi remetido a este Tribunal.

p) No dia 24 de janeiro de 2020, a MCH apresentou à AdC Versões Não Confidenciais que considerou em conformidade com o teor do ofício S- AdC/2020/125, tendo esta sido corrigida a 06.02.2020, cuja cópia dos requerimentos em suporte em papel constam a fls. 333 a 335 e 339 a 350 e cujas Versões Não Confidenciais constam no suporte electrónico de fls. 362, na pasta "07. Anexo resposta 06.02.2020 - VNCs finais Emails - corrigidos.zip".



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

q) Os documentos apreendidos à Recorrente e objecto de decisão relativa a confidencialidades são aqueles que constam no suporte informático junto a fls. 351, nas pastas “01. Anexo ofício S-AdC_2018_1032_pedido emails MCH” e “01. Anexo ofício S-AdC_2018_1032_pedido papel MCH”, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor.

r) As versões não confidenciais apresentadas pela Recorrente constam, reunidas, também no suporte informático, de fls. 351, nas pastas “04. Anexo resposta 04.10.2019 ofício S-AdC_2019_3749 - VNCs Emails e papel SPD.zip”.

s) Os trabalhos de qualificação e justificação de confidencialidades levados a cabo pela Recorrente, bem como os sentidos preliminar e definitivo da posição da AdC encontram-se vertidos no documento Excel junto como parte da decisão impugnada, composto por duas folhas de cálculo, uma relativa à prova apreendida composta por comunicações electrónicas e uma outra relativa à prova apreendida em papel, que se encontra gravado no suporte de fls. 351, com o título “05. Anexo ofício S- AdC_2020_125_tabela decisão final MCH.XLSX”

t) As duas folhas de cálculo seguem a mesma estrutura básica contendo, em cada linha, os segmentos de documentos concretamente em causa sobre os quais a AdC se pronunciou e, em cada coluna, detalhes de identificação adicional do segmento em questão e as respectivas justificações de confidencialidade da Recorrente e da AdC, apresentadas sucessivamente mediante a adição de novas colunas no documento, em função das interações ocorridas entre a Recorrente e a AdC.

u) As colunas I e J do referido ficheiro Excel, relativamente à folha de cálculo relativa aos documentos electrónicos, com os títulos “Confidencialidade” e “Justificação de confidencialidade”, sumarizam a qualificação inicial de confidencialidade e a respetiva justificação efetuadas pela Recorrente a 20 de junho passado.

v) Na mesma folha e ficheiro, as colunas “L”, “M”, “N”, “O” e “P” com os títulos “Confidencialidade indeferida”, “Motivo do indeferimento Co- Visadas”, “Falta de Fundamentação Co-Visadas: justificação”, “Motivo do Indeferimento Terceiros”, “Falta de Fundamentação Terceiros: Justificação” e “Indicação Descritivo” contêm as objeções suscitadas pela AdC à qualificação de confidencialidades da Recorrente, quando se trate de confidencialidades que a AdC reputa, preliminarmente, de confidenciais ou não confidenciais face a cada um desses leques de entidades.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

w) Nas colunas “R”, “S” e “T” da mesma folha de cálculo e ficheiro, sob os títulos “Nova Fundamentação confidencialidade Co-Visadas”, “Nova Fundamentação confidencialidade Terceiros”, “Resumo/Descritivo Revisto” consta o trabalho de densificação adicional das confidencialidades efetuado pela Recorrente e remetido à AdC em 4 de outubro, à exceção dos descritivos, que, quando reformulados, foram diretamente inseridos nas VNCs.

x) A coluna “R” explicita a justificação adicional aduzida para sustentar a confidencialidade do documento ou segmento de documento em causa, em relação a Co-Visadas.

y) A coluna “S” explicita a justificação adicional aduzida para sustentar a confidencialidade do documento ou segmento de documento em causa, em relação a Terceiros.

z) Quanto às colunas “U”, “V”, “W”, “X”, “Y” e “Z”, com os títulos, respetivamente “Decisão Co-visadas”, “Versão Acesso Co-visadas”, “Decisão Terceiros”, “Versão Acesso Terceiros”, “Comentários” e “Resumo/descritivo Final”, as colunas “U” e “V” contêm a posição final da AdC sobre o pedido de protecção de confidencialidades aduzido pela Recorrente tendo em conta nomeadamente as clarificações trazidas pela justificação adicional de confidencialidades, quanto a Co-Visadas e a Terceiros, respetivamente e as colunas “V” e “X” contêm informação sobre se o documento em causa será disponibilizado para efeitos de acesso ao processo por meio de obtenção de cópias na sua versão integral (mediante o preenchimento da coluna com “VO”), ou na sua versão parcialmente confidencial (mediante o preenchimento da coluna com “VNCF” ou “VNCF” conforme se trate, respetivamente, da versão não confidencial inicial ou da versão não confidencial final), conforme explicitado pela AdC na decisão final.

aa) A segunda folha de cálculo segue a mesma estrutura, embora contendo menor número de colunas relativa à identificação e localização do documento em causa.

“Não há factos não provados com relevo para a decisão da causa e tudo o mais que tenha sido alegado e não conste no elenco supra exarado é matéria de direito, de natureza conclusiva ou irrelevante.”

*

Enquadramento jurídico

Como é sabido, e resulta do disposto nos artº 368º e 369º ex-vi artº 424º nº 2, todos do Código do Processo Penal, o Tribunal da Relação deve conhecer das questões que constituem objecto do recurso pela seguinte ordem:



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Em primeiro lugar das que obstem ao conhecimento do mérito da decisão.

Seguidamente pelos vícios previstos no artº 410º nº 2 do Código do Processo Penal (o TRL não conhece de matéria de facto, designadamente de impugnação alargada em matéria contraordenacional).

Por fim, das questões relativas à matéria de Direito.

Será, pois, de acordo com estas regras de precedência lógica que serão apreciadas as questões suscitadas pelo recorrente.

A recorrente suscita, desde logo uma nulidade, a saber do excesso de pronúncia referida no artº 379º nº 1 al. c) do C.P.P. (conclusão RRR).

A recorrente sustenta a sua afirmação no facto de, segundo ela, o Tribunal ter decidido de forma desfavorável a sua pretensão sem sequer a ter informado de que o iria fazer com recurso a critérios diferentes daqueles que a AdC, em fase anterior do processo havia utilizado.

Deixando agora de parte a questão da decisão surpresa vamos ater-nos na nulidade invocada pois que é esta, na ordem lógica da decisão a que nos ocupa.

Ocorre um excesso de pronúncia quando o Tribunal decide matéria para além daquela que é o objecto do processo. O que vincula o Tribunal é o objecto do processo e apenas este. O que foi pedido ao Tribunal *a quo* foi que aferisse da legalidade das afirmações feitas pela AdC sobre as confidencialidades e foi o que fez. O Tribunal *a quo*, analisando toda a prova apreendida, disse qual a que considerava correctamente classificada e qual a que considerava erradamente classificada sendo que quanto a esta última ditou o curso a seguir (nota: suscitam-se-nos algumas dúvidas se o deveria ter feito mas não iremos tomar posição pois que este segmento decisório não foi objecto de recurso e se o fizéssemos haveria excesso de pronúncia).

Dito isto nenhuma violação legal ocorre no segundo escrutínio feito pois que o Tribunal *a quo* possui, atenta a matéria, poderes de plena jurisdição.

A posição sustentada de que o Tribunal teria de auscultar a recorrente sobre o sentido provável da sua interpretação da Lei não encontra qualquer respaldo no texto legal. Nada, zero.

Usando a feliz expressão da AdC na sua resposta “Não pode a Recorrente alegar que o Tribunal decidiu em excesso ao pronunciar-se sobre o indeferimento da confidencialidade de determinadas informações, quando foi a própria MCH a colocar a questão à análise do douto Tribunal (...) Mais, a própria decisão da AdC tem como fundamento de indeferimento o facto



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

de certas informações poderem ser configuradas como ilícitos jusconcorrenciais, pelo que estando o Tribunal a apreciar a decisão em plenitude (com controlo de plena jurisdição) deve ater-se e pronunciar-se sobre cada um dos documentos tal como pretendido pela Recorrente, caso contrário não tinha como objecto do recurso as confidencialidades em particular, explicitando, ainda que superficialmente, para cada uma delas por que razão tais informações não podem configurar um ilícito jusconcorrencial (...).

Assim, improcede a primeira questão proposta no recurso

A segunda questão prende-se com a sanção da irregularidade.

A questão coloca-se da seguinte forma:

A recorrente peticionou, no recurso que atravessou perante o TCRS (ref^a citius 243547), “Termos em que: (...) (ii) deve a Decisão Recorrida ser declarada nula por falta de fundamentação; e (...)”.

A recorrente sustentou, em sede motivação o seguinte:

“No que à "falta de fundamentação", e mesmo tendo presente a explicitação acima transcrita constante da Decisão quanto ao sentido e significado da indicação desse motivo de indeferimento (*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 constitui segredo de negócio ou outro tipo de segredo por (i) ser secreta, e (ii) ter valor comercial por ser secreta, e (iii) ter sido objeto de diligências consideráveis para a manter secreta e (iv) ter ficado demonstrado que a sua divulgação pública ou mera transmissão a pessoas diferentes daquelas que as forneceram ou que delas tenham conhecimento é suscetível de lesar gravemente os interesses da empresa.*), a MEO não logra alcançar (i) a base legal de onde a AdC retira a exigência destes requisitos que atribui como exigência para a classificação de uma informação como confidencial, (ii) por que motivo a AdC considera os requisitos que menciona como cumulativos e, em qualquer caso, (iii) qual a concreta razão, por referência a cada caso concreto, para considerar que o pedido de protecção de confidencialidade não estaria fundamentado.

O primeiro ponto, indicado em (i), é especialmente importante, tendo em conta que, como referimos, na pronúncia a MEO sustentou a sua posição quanto ao enquadramento jurídico que, presumivelmente, estaria a ser seguido pela AdC.

69.º

Porém, na Decisão, ao invés do que seria expectável, não só a AdC optou por não indicar, uma vez mais, as normas jurídicas nas quais baseia o seu entendimento, como não apresenta um único fundamento para sustentar a sua caracterização da noção de "segredo de negócio ou outro tipo de segredo", nem qualquer motivação genérica ou concreta para desatender os fundamentos aduzidos pela MEO na pronúncia sobre o SPD para justificar o



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

entendimento de que os quatro requisitos de que a AdC faz depender a classificação de uma informação como confidencial não são, tal qual, atendíveis quer alternativa quer cumulativamente.

70.º

Nessa medida, e por não resultar da Decisão qualquer indicação das bases jurídicas das exigências de fundamentação nos termos pretendidos pela AdC nem sequer qualquer indicação dos motivos pelos quais a fundamentação jurídica apresentada pela MEO não deveria ser acolhida, a MEO não logra alcançar os motivos do indeferimento dos pedidos de protecção de confidencialidade o que, desde logo e salvo melhor entender, traduz um vício de fundamentação da Decisão.

71.º

Adicionalmente, ligado ao facto de a AdC não indicar sequer a base jurídica da sua posição, e conforme referido em (ii) no artigo 67 supra, parece resultar que os requisitos indicados pela AdC no ponto 4 i) da Decisão (*A informação em causa constitui segredo de negócio ou outro tipo de segredo por (i) ser secreta, e (ii) ter valor comercial por ser secreta, e (iii) ter sido objeto de diligências consideráveis para a manter secreta e (iv) ter ficado demonstrado que a sua divulgação pública ou mera transmissão a pessoas diferentes daquelas que as forneceram ou que delas tenham conhecimento é suscetível de lesar gravemente os interesses da empresa*) são cumulativos, isto é, que a AdC para determinar o motivo de indeferimento como "falta de fundamentação" teve de submeter a matéria à apreciação dos quatro pressupostos que elenca.

72.º

Mas a verdade é que nada nos diz que o sejam. De modo que da Decisão não resulta se bastaria o preenchimento de um dos requisitos para que o pedido de confidencialidade fosse atendido ou se, diversamente, todos os quatro requisitos devem estar presentes na informação que se pretende manter sigilosa.

73.º

Da Decisão também não se depreende minimamente o grau de fundamentação que a AdC espera obter da Recorrente para acudir à protecção por esta desejada.

74.º

Na verdade, a Recorrente lançou mão de um conjunto variado de razões típicas procurando indicar, relativamente a cada documento, quais as que se aplicavam na natural expectativa de que fosse evidente a relação entre o teor de cada documento/informação que se pretendia manter sigilosa e a razão concretamente invocada para a sua confidencialidade.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

75.º

Ora, ao tomar posição relativamente ao pedido de protecção da informação confidencial de cada documento, a AdC nunca não diz por que motivo a razão invocada pela Recorrente não é atendível e também não esclarece se a recusa da protecção se deve à inadequação da justificação usada ou à circunstância de a informação a proteger não preencher os requisitos da justificação apresentada pela Recorrente ou daquela que a AdC considera legítima.

76.º

A ausência de elementos que permitam à MEO compreender a concreta causa de indeferimento quanto a cada pedido de confidencialidade consubstancia uma verdadeira ausência de fundamentação.

77.º

Convém a este propósito lembrar que a nossa jurisprudência constitucional "reconhece que os segredos de negócio de uma empresa estão incluídos no direito fundamental de propriedade (art. 62.2 da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.2, n.s 1, da CRP) e são anclares de bens constitucionalmente protegidos, como a livre iniciativa económica privada e a equilibrada concorrência entre as empresas (art. 81.s, al. e) e j), da CRP)" (*Cfr. Lei da Concorrência Anotada, MLGTS, Almedina, 2016, p. 317; Cfr. Acórdão n.s 254/99 do TC, de 04.05.1999, proferido no processo n.s 456/97 e o Acórdão n.s 136/2005 do TC, de 15.03.2005, proferido do processo n.s 470/02.*)

78.º

Nestes termos, o direito à protecção do segredo de negócio encontra-se sujeito ao regime constitucional dos direitos liberdade e garantias, os quais são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas, nos termos do artigo 18.s, n.s 1, da CRP.

79.º

Encontrando-se, ademais, a AdC adstrita a uma função garantística da protecção do segredo de negócio, conforme decorre do disposto no artigo 30.2, n.2 i, da LdC,

80.º

cabendo-lhe, nesse âmbito, providenciar ao visado uma justificação completa, adequada e, sobretudo, sindicável, das razões que, em seu entender, determinam o indeferimento de um pedido de confidencialidade.

81.º



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

É também este o sentido da jurisprudência europeia, segundo a qual a decisão de apreciação de segredos de negócio deve ser "devidamente fundamentada" (cfr. Ac. Akzo Chemie v. Comissão, Processo 53/85, § 29, já referido).

82.º

Não basta, pois, que a AdC, sob pena de desconsideração total pela sua posição de garante, proceda a uma remissão abstrata para o que considera serem os requisitos do segredo de negócio, discutíveis ou não,

83.º

abstendo-se de proceder à fundamentação concreta da decisão de indeferimento relativamente a cada pedido de confidencialidade apresentado e à comunicação das razões pelas quais entendeu que determinada informação não constitui segredo de negócio à luz dos critérios que decidiu acolher.

84.º

Ao proceder nestes termos, a AdC, ao invés de acautelar o segredo de negócio da Recorrente, conforme é seu dever, mais contribuiu para um agravamento do ónus a que a mesma se encontra sujeita,

85.º

uma vez que esta se vê na contingência de ter de especular sobre as potenciais razões subjacentes ao indeferimento de cada um dos seus pedidos de confidencialidade para tentar exercer o seu direito à protecção dos seus segredos de negócio e o seu direito ao recurso.

86.º

Ora, se é certo que a classificação de informação que constitui segredo de negócio só pode ser feita com a colaboração das visadas e que, neste âmbito, recai sobre elas um ónus de fundamentação dos pedidos de confidencialidade por si apresentados,

87.º

é igualmente certo que o artigo 30.º, n.º 1, da LdC "acomete à AdC uma função garantística de protecção do segredo de negócio" (destacado original) - conforme esclareceu este Tribunal na decisão proferida no âmbito do processo n.º 195/16.IYUSTR - incumbindo à AdC, no âmbito desta função, analisar criteriosamente os pedidos de confidencialidade que lhe são apresentados e justificar os motivos concretos pelos quais considera que determinada informação não carece de protecção.

88.º



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Deste modo, ao pronunciar-se sobre pedidos de confidencialidade, a AdC deve considerar-se adstrita, no mínimo, às mesmas exigências de fundamentação que oneram a visada, atuando num quadro de vinculação à função garantística da protecção do segredo de negócio.

89.º

Pelo que não pode considerar-se suficientemente fundamentada uma decisão de indeferimento de um pedido de confidencialidade nos termos da qual a AdC se limite a indicar “Falta de fundamentação” ou “Falta e/ou insuficiência de descritivo”.

90.º

Pelo que resulta, desde já, que a Decisão recorrida se presta a uma total invalidade, porquanto a carece de fundamentação adequada, o que se revela tanto mais grave quando se considere que está em causa uma “decisão final.”

Este segmento recursal recebeu resposta por parte do TCRS, o qual começou por considerar que “Não há qualquer dúvida que a decisão da AdC tem de ser fundamentada. Tal resulta, de forma suficiente, do artigo 97.º, n.º 1, alínea b), e 5, do Código de Processo Penal (CPP), ex vi artigos 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), e 13.º, do NRJC”, acrescentando que “(...) considera-se que a falta ou insuficiência de fundamentação da decisão em causa é uma irregularidade, por força do artigo 118.º, n.º 2, do CPP, ex vi artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, do NRJC. Este entendimento foi acolhido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão datado de 13.11.2019, proferido no processo n.º 228/18.7YUSTR-F, deste Tribunal e do presente Juízo, aí se exarando o seguinte: “É manifesto que não está em causa qualquer nulidade, sanável ou insanável, já que a mesma não se mostra prevista nos art.ºs 119º e 120º do C.P.P.. Só se verifica o vício da nulidade de um acto processual nos casos expressamente previstos na lei (art.º 118º do C.P.P.), pelo que no caso sub judice trata-se tão só de uma mera irregularidade a que se deve aplicar as regras previstas no art.º 123º do C. P. Penal”.

O TCRS segue um percurso de salientar o porquê e qual o regime das irregularidades para depois (e finalmente) referir que “com relevância para a decisão do caso considera-se – tal como se entendeu no processo n.º 249/18.0YUSTR-C e se reiterou no processo n.º 228/18.7YUSTR-F, deste Juízo – que quando o visado não se limita a arguir o vício e se pronuncia sobre o mérito da questão objeto do recurso sana um eventual vício de fundamentação que pudesse existir, nos termos do artigo 121.º, n.º 1, alínea c), do CPP, ex vi artigos 41.º, n.º 1, e 13.º, do NRJC. As razões para este entendimento são aquelas que a AdC invoca, nas suas alegações, por via da citação de excertos da decisão proferida por este



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Tribunal, Juiz 3, no processo n.º 18/19.0YUSTR-E, ou seja, razões de economia processual, tendo em conta que a falta de fundamentação não impediu a Recorrente de avaliar a conveniência da impugnação judicial. Para além disso, o Tribunal dispõe de poderes de plena jurisdição. Foi também este o entendimento acolhido, com as devidas adaptações, pelo acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 1/2003, publicado no Diário da República n.º 21/2003, Série IA, de 2003-01-25.

(...)

Transpondo os parâmetros expostos para o caso concreto, resulta dos factos provados que a Recorrente arguiu a irregularidade, a AdC indeferiu o requerimento apresentado e foi interposto recurso desta decisão. Face às asserções precedentes seria neste (segundo) recurso que o vício de falta de fundamentação deveria ser decidido e que, consequentemente, o presente recurso nem sequer deveria ou deve ser admitido. Não é assim, pois a Recorrente não se limitou a arguir a irregularidade. Pronunciou-se também sobre o mérito da decisão da AdC, ainda que subsidiariamente, pelo que à luz dos parâmetros enunciados considera-se o vício sanado, pelo que se passará a conhecer dos fundamentos de mérito”.

Com o devido respeito entendemos que a justificação dada peca por ser algo simplista mas não deixa, por esse facto, de estar correcta.

A recorrente sustenta, nas sua conclusão OO que “ O Tribunal a quo andou mal ao considerar sanado o vício da falta de fundamentação da Decisão Final da AdC, apenas porque a MCH interpôs recurso que contesta as conclusões – ou seja, o sentido final, mas não as premissas – da Decisão Final.”

Acontece que a recorrente é livre de contestar o que entender e é esta a palavra chave, “entender”. A recorrente entendeu a mensagem que lhe foi transmitida, que é, aliás, a que resulta da conjugação das tabelas excel e da decisão final (sendo que as primeiras fazem parte da segunda).

Atendendo à mensagem, a recorrente entendeu por bem contestar, desde logo, o resultado. Aliás, diga-se que a dinâmica com vista ao estabelecimento das confidencialidades nunca passou pela contestação das premissas das quais a AdC partiu, pelo considerar que o que se estava a pedir era contrário a uma noção sedimentada de “segredo de negócio”. O que a recorrente sempre contestou foi a subsunção que a AdC fez pois que para si certas matérias tinham valia de segredo e para a AdC não. Ante a dinâmica do processo a conclusão “DD” não tem sentido. Na verdade, a recorrente não questionou nunca se a noção base de que a AdC partiu estava certa ou errada mas também nunca disse que a mesma não lhe havia sido explicada, ou seja, que a sua fundamentação não lhe foi transmitida.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Como já tivemos ocasião de referir no Acórdão desta Relação e Secção de 22.09.2020 proferido nos processo 18/19.0YUSTR-E.L1 “Decorre do disposto da al. c) do n.º 1 do artigo 121.º do CPP (aplicável, por maioria de razão às irregularidades) que um eventual vício desta natureza se sana se o participante processual interessado se tiver prevalecido de faculdade a cujo exercício o acto anulável se dirigia.

O fundamento desta causa de sanção de nulidade é claramente a economia processual, já que, se apesar da eventual nulidade do acto, o efeito a que se destinava vier a ser ainda assim produzido, é inútil recomeçar do princípio, sem que esse recomeçar venha trazer algo mais do que aquilo que já acabou por ser alcançado.

Conforme acima já mencionámos, umas das funções que a fundamentação de um acto decisório desta jaez visa permitir é que seja dado ao visado conhecimento das razões do indeferimento da sua pretensão, para que este possa, querendo, as impugnar judicialmente, discutindo o mérito do indeferimento. Assim sendo, uma das virtudes às quais se dirige o acto decisório fundamentado é a impugnação judicial sustentada em fundamentos de mérito.

Ora, no vertente caso, não subsistem dúvidas de que a Recorrente acabou por exercer esta faculdade, quando, na respectiva impugnação judicial não se limitou a invocar o vício de que alegadamente padecia a decisão sob recurso, mas pronunciou-se igualmente sobre o mérito da própria questão, objecto da decisão da Autoridade da Concorrência, pedindo, inclusivamente, ao tribunal que seja revogada a decisão administrativa, por interpretar e aplicar incorrectamente o Direito e por incorrer em erros de apreciação e que seja proferida decisão que não indefira os pedidos de protecção de confidencialidade apresentados pela MEO por falta de fundamentação e por falta de descritivo.”

(...) O que aconteceu foi que o Tribunal não decidiu no sentido pugnado pela recorrente o que é bem diferente e, para os efeitos em análise, perfeitamente indiferente.”

De igual sorte e em caso em tudo idêntico ao presente, este Tribunal, por Acórdão de 08.09.2020 , relatado pelo aqui relator, proferido no processo 272/19.7YUSTR-A.L1 considerou que “num primeiro momento de apreciação, o Tribunal a quo aceitou como base de discussão que, a existir falta ou insuficiente fundamentação do acto, tal vício estaria sanado pois que a fundamentação visa que a parte conheça o porquê do decidido e possa agir em conformidade com as suas considerações sobre o porquê do decidido.

Ora, não podem restar dúvidas que a recorrente não se limitou a dirigir-se à AdC dizendo que não compreendia as razões do indeferimento das suas pretensões por ininteligíveis. O que a recorrente fez junto da AdC foi alegar que os critérios empregues estavam incorrectos ou errados, o que demonstra que bem compreendeu o decidido. Mas mais e mais relevante: ao recorrer para a 1ª instância debruçou-se directamente sobre o mérito da questão considerando que a AdC interpretou erradamente o conceito de “segredo de negócio”



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

e considerou que a AdC exigia um tratamento desproporcional dos documentos que contêm informações confidenciais.

E tal demonstra que entendeu perfeitamente o decidido pela AdC. Só não concorda com o decidido.”

Assim sendo, porque a recorrente atacou directamente os fundamentos da decisão e não a sua incompreensibilidade (por ininteligível) bem se vê que compreendeu a mensagem transmitida pelo que não pode invocar a nulidade, por incompreensível, de uma decisão que percebeu.

Na realidade tudo se passa de forma semelhante à impossibilidade de se arguir a ineptidão de uma p.i. quando resulta à saciedade que se compreendeu o conteúdo da mensagem.

Improcede, pois, este segmento recursal.

A recorrente sustenta ainda a questão da violação do princípio do contraditório.

Neste segmento recursal o raciocínio da recorrente é o seguinte: A AdC seguiu uma determinada linha de raciocínio no que tange a confidencialidades. Foi face a essa postura que a recorrente agiu gizando a sua defesa em conformidade. Chegado o processo a Tribunal este decidiu contra as pretensões da recorrente com base numa diferente linha de raciocínio e com base em argumentos diferentes sobre os quais a recorrente não foi ouvida e tinha de o ser para se poder defender.

Ora, com o devido respeito embora a construção se mostre interessante não tem sustentação.

Poder-se-ia dizer, pura e simplesmente, que a recorrente se defende de factos e não de argumentos.

Na verdade, os factos tidos por assentes na decisão administrativa são os mesmos que foram considerados pela 1ª instância (e para o que releva são os considerados por esta Relação).

A interpretação jurídica desses factos compete ao Tribunal e esta é a sua função. O Tribunal não tem de auscultar as partes sobre o sentido da sua decisão. Tem de decidir. Se a factualidade é escorreita, se nada há a alterar, o Tribunal só tem de aplicar o Direito aos factos. Não está vinculado, em sede contraordenacional, nem aos factos (e daí a jurisdição plena), nem aos argumentos jurídicos.

Como com propriedade refere a AdC na sua resposta: “Não pode a Recorrente, por um lado, pretender o reexame integral por parte do TCRS da sua classificação de confidencialidades, apelando, para o efeito, ainda que implicitamente, aos seus poderes de plena jurisdição e, por outro lado, com a constatação de uma decisão desfavorável, pretender limitar tais poderes de plena jurisdição e colocar o TCRS na posição de mero órgão



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

administrativo em plena fase administrativa do processo contraordenacional. Importa ainda referir que a Recorrente, aquando do pedido de protecção de confidencialidades, não está a fundamentar que aquela informação é confidencial tendo em conta qualquer argumento da AdC, pelo que afirmar que não lhe foi dada a possibilidade de contralegar os argumentos do Tribunal, não tem qualquer sentido lógico ou fundamento legal.

A possibilidade de contralegar os fundamentos apresentados pelo Tribunal a quo para indeferir a sua pretensão, é precisamente em sede de recurso, não existindo, por isso, qualquer violação do princípio do contraditório. O princípio do contraditório fica assegurado com a possibilidade de a Recorrente, não concordando com os argumentos e justificação da decisão do Tribunal a quo, recorrer para uma instância superior, pelo que os recursos destinam-se precisamente, a reapreciar as questões decididas pelo Tribunal a quo.

O contraditório deve ser assegurado pelo Tribunal entre as partes, não entre Tribunal e Recorrente. O Tribunal não notifica a Recorrente do seu sentido provável de decisão para efeitos de audiência prévia dos interessados, aqui se distinguindo o processo judicial, do procedimento administrativo ou da fase administrativa do processo contraordenacional.”

Como se salientou no Ac. desta Relação de 18.12.2019 tirado no proc. 228/18.7YUSTR-E.L1 (Desembargador João Lee Ferreira): “Sabemos que o conteúdo essencial do princípio do contraditório significa fundamentalmente que “nenhuma decisão, ainda que interlocutória deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar, em si mesma e quanto aos seus fundamentos, em condições de plena igualdade e liberdade com os restantes sujeitos processuais, designadamente o Ministério Público” (in Constituição da República Portuguesa Anotada, Jorge Miranda e Rui Medeiros, tomo I, 2ª ed. Coimbra, 2010, pp. 732). Na situação em apreço, o contraditório da Recorrente ficou assegurado com a possibilidade de apresentação de todos os argumentos susceptíveis de fundamentar a sua pretensão de confidencialidade, bem como de contrariar os argumentos aduzidos pelo MP e pela AdC. Também não deixou de ser garantida a produção dos meios de prova que a recorrente entendesse necessário, em plena igualdade com os restantes sujeitos processuais.”

Assim, improcede este segmento recursal.

A questão seguinte prende-se com “decisão surpresa” que representa, na perspectiva da recorrente, a decisão recorrida.

Esta torna-se rapidamente numa vexatio questio a que este Tribunal tem sido chamado amiúde a decidir.

Respigamos do acórdão de 07.09.2020 tirado no processo 18/19.0YUSTR-F.L1 relatado pelo aqui relator e que trata exactamente a mesma questão: “(...) quando é



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

apresentado um recurso de impugnação de uma decisão administrativa, quer interlocutório ou não, apesar do tribunal estar balizado quer pelas questões ínsitas na decisão recorrida, quer nas conclusões que são apresentadas pelo Recorrente, o mesmo tribunal tem jurisdição plena relativamente a essas questões, na medida em que existe a possibilidade de um reexame global das questões já decididas com emissão de novo juízo.

Ora, a Recorrente invoca que o tribunal proferiu uma sentença surpresa, porquanto adoptou uma noção de “segredo de negócio” e uma forma de tratamento dos documentos confidenciais diversa da que fora aplicada pela Autoridade da Concorrência.

Salvo melhor opinião, as ilações que o tribunal extraiu dos factos apresentados e extraídos dos autos constitui uma mera aplicação do direito, área em que o Tribunal não estava sujeito à alegação das “partes” (artigo 5.º, n.º 3 do CPC), nem sequer se podendo dizer que a solução seguida pelo tribunal se desvinculou totalmente do alegado por Recorrente e Autoridade da Concorrência, quer na sua substancialidade, quer na sua adjetividade.

O tribunal foi chamado a decidir sobre o que deveria ser considerado um segredo de negócio e a forma adequada de proceder ao tratamento de documentos e foi o que se limitou a fazer, de acordo com a interpretação das normas legais aplicáveis que, inclusivamente foram invocadas pela Recorrente e pela Autoridade da Concorrência. Não existiu qualquer tipo de desassociação ao objecto do processo delimitado pelas “partes”, tendo existido uma verdadeira dialéctica (a que cada interveniente processual achou pertinente), sobre a interpretação adequada a dar às questões suscitadas. O tribunal apenas se limitou a interpretar as normas (as mesmas – reforça-se – invocadas pelos intervenientes processuais) aplicáveis e a decidir com base nas mesmas. Se a posição da Recorrente vingasse, salvo mais douto entendimento, tal implicaria que qualquer tipo de desvio que o tribunal fizesse acerca da interpretação das normas aplicáveis ou dos institutos jurídicos aplicáveis e invocados pelas “partes”, determinaria que o mesmo tribunal tivesse que expor essa interpretação previamente para que essas “partes” pudessem apresentar a sua interpretação das normas, interpretação essa que já havia sido plasmado nas respectivas peças processuais. Não parece que seja esse o sentido do direito ao contraditório.

Com efeito, “(...) a decisão-surpresa a que se reporta o artigo 3º, nº 3 do CPC, não se confunde com a suposição que as partes possam ter feito nem com a expectativa que elas possam ter acalentado quanto à decisão quer de facto quer de direito.

“(…) O que importa é que os termos da decisão, rectius os seus fundamentos, estejam ínsitos ou relacionados com o pedido formulado e se situem dentro do geral e abstratamente permitido pela lei e que de antemão possa e deva ser conhecido ou perspectivado como sendo possível.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Ou seja, estaremos perante uma decisão surpresa quando ela comporte uma solução jurídica que as partes não tinham obrigação de prever, quando não fosse exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado no processo, tomando oportunamente posição sobre ela, ou, no mínimo e concedendo, quando a decisão coloca a discussão jurídica num módulo ou plano diferente daquele em que a parte o havia feito.” – vide acórdão da Relação de Coimbra de 13.II.212, processo n.º 572/11.4TBCND.C1, in www.dgsi.pt.

Concluimos, pois que a decisão recorrida não padece da nulidade que a recorrente lhe aponta na conclusão NNN.

Por fim, a questão da existência de um ónus de parte no que tange à afirmação das confidencialidades.

Esta questão mostra-se muito ligada à questão da decisão surpresa (já decidida) supra mas não é inteiramente coincidente.

Por via da questão a recorrente refere que o Tribunal concluiu pela não verificação de requisitos de que depende a classificação de alguns dos documentos objecto do recurso como confidenciais, por ter entendido “que um dos sentidos possíveis das mensagens em causa corresponde à expressão, corporização ou revelação de uma prática restritiva da concorrência.

Refere expressamente que estão nesta situação os documentos MCH879, MCH903, MCH916 e MCH1103 (§§102. e seguintes); MCH907, MCH1320 e MCH1719 (§§122. e seguintes); MCH1903 (§§126. e seguintes); MCH_Papel_5 e MCH_Papel_6 (§§ 142.e seguintes); MCH913 e MCH1030 (§§159. e seguintes).

A recorrente refere ainda que o Tribunal *a quo* entendeu que é à Recorrente que compete demonstrar que as expressões e segmentos em causa têm um sentido lícito, relegando todo o esforço para a Recorrente, nela concentrando o cumprimento de todos os ónus, e com isso legitimando um cenário factual, no qual a AdC se limita a dizer “não!”, alegando – sem fundamentar o porquê - que “não ficou convencida”.

“Ora, a ideia genérica de dignidade objectiva da protecção dos interesses em causa, na ausência de qualquer densificação ou até de contraditório, vê-se esvaziada de sentido e reduzida a uma arma que a AdC pode utilizar em seu favor, como forma de indeferir, sem mais, as confidencialidades da Recorrente (como se verificou)” diz a recorrente na conclusão CCC.

Já supra referimos o que se entende quanto à fundamentação e ao facto desta, independentemente da sua valia, ter sido perceptível.

No que tange, contudo, a esta questão temos para nós que a recorrente não aborda a questão da melhor forma.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

A ideia de um ónus de prova surge associada ao direito cível e à repartição dos deveres de quem deve provar.

Por razões que não cumpre aprofundar não existe ónus da prova em sede penal e contraordenacional pela simples e singela razão que em situações de repartição de ónus a não prova de um facto (positivo) redundará, em regra, na improcedência da pretensão que se alicerça no facto não provado.

Contudo, em sede penal e contraordenacional é inegável o interesse de intervenientes na prova de factos.

Assim, e em concreto, a recorrente, porque alvo de uma busca onde foram apreendidos documentos e informações tem interesse em fazer a prova que os mesmos constituem segredo de negócio pois que assim protege o dito segredo. É que, em regra, os documentos apreendidos para um processo são livremente apreciados, divulgados e utilizados no dito processo.

Como se salientou no processo 228/18.7YUSTR-E.L1 já referido “Neste âmbito (do segredo de negócio), a AdC terá de acautelar o interesse das empresas e de outras entidades na não divulgação dos segredos de negócio, mas procurando sempre a conciliação e concordância prática com os interesses decorrentes da transparência e publicidade do processo sancionatório e, fundamentalmente, da garantia do pleno exercício do direito de defesa das pessoas e entidades visadas. Interessa ainda salientar que o RJC impõe à empresa o ónus de alegação e prova de que o conhecimento de informação considerada confidencial lhe causa prejuízo sério (artigo 43º nº 4).” (sublinhado nosso)

Assim, e neste particular, por via do artº 30º da LC foi estabelecida uma linha dialéctica que permite à AdC conjugar duas facetas aparentemente inconciliáveis: a preservação do segredo do negócio e os interesses decorrentes da transparência e publicidade do processo sancionatório e, fundamentalmente, da garantia do pleno exercício do direito de defesa das pessoas e entidades visadas.

Para tanto, a AdC estabeleceu linhas mestras de actuação as quais foram sufragadas também pelo Tribunal a quo.

Não se trata da AdC ter estabelecido normas deferido ou indeferido, sem mais. Ao deferimento e indeferimento de uma pretensão segue-se a explicação que é acolhida ou não pelo visado e que está sujeita a escrutínio judicial se houver lugar a recurso.



Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Aliás, o ponto j da matéria de facto assente é, neste particular, esclarecedor pois que, aliado ao constante das tabelas excel, permite à recorrente compreender perfeitamente a mensagem que lhe é transmitida.

Não existe, pois um qualquer ónus para a recorrente. Haverá, eventualmente, interesse na prova de factos ou não. Mas isso é estratégia processual e esta corre por conta de quem a usa.

Aliás, ninguém exigiu à Recorrente que adiante todas as explicações possíveis e concebíveis sobre o significado dos documentos em causa – no caso, correio electrónico. Mais uma vez se diz: é estratégia. Se a recorrente deixa, ou pretende deixar, para uma fase subsequente do processo explicações que são reputadas importantes pela AdC então sujeita-se às interpretações probatórias da AdC as quais serão tomadas pela AdC sem o contributo da recorrente.

E nem sequer se diga que explicar tudo o possível na fase administrativa corresponde a esvaziar de conteúdo a sua defesa, em sede de resposta à nota de ilicitude ou de recurso da decisão final condenatória, pois que tal apenas significa tentar esclarecer, o quanto antes, o sucedido evitando, quiçá notas de ilicitude e litigância futura. Mas tal tem de ser deixado ao critério de quem tem o domínio do desenlace processual.

Destarte, improcede, também, esta questão.

*

IV – Dispositivo

Por todo o exposto, acordam os juízes que compõem a Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa em julgar não provido o recurso apresentado e, em consequência, manter a douta decisão recorrida nos seus precisos termos.

Custas pela recorrente que se fixam em 4 (quatro) U.C.

Notifique.

Acórdão elaborado pelo 1.º signatário em processador de texto que o reviu integralmente sendo assinado pelo próprio e pela Veneranda Juíza Adjunta.



Processo: 244/18.9YUSTR-B.L1
Referência: 16104437

Tribunal da Relação de Lisboa
P.I.C.R.S.

Rui Miguel de Castro Ferreira Teixeira

-Relator -

Ana Isabel Pessoa

-1ª Adjunta -