



292/20.9YUSTR-A.L1
Exmo(a) Senhor(a)
Dr(a). Ana Cruz Nogueira
Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1	Recurso Penal	Referência: 17510573 Data: 11-10-2021
Origem Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas, nº 292/20.9YUSTR-A do Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - Santarém - Juízo Conc Reg Sup - Juiz 1		
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Modelo Continente Hipermercados, S.A.		

Notificação

Assunto: Acórdão

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário do Recorrido Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo do acórdão proferido, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ao do seu envio, quando seja útil, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja – art.º 113º do C. P. Penal).

O/A Escrivão Adjunto,

Elisabete Ferreira



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

*

SUMÁRIO:

I. Enquanto intervenção processual que contém mera concretização do antes decidido e que constitui singelo acto previsto por normas adjectivas com vista a despoletar a instrução e o início do curso do prazo de pronúncia escrita sobre as questões relevantes e viabilizar a apresentação de requerimento de diligências complementares de prova que nada constitui ou define (para além da necessidade de instrução) – cf. arts. 24.º e 25.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC) – a nota de ilicitude não contém uma decisão em sentido técnico, antes assumindo mero relevo processual e natureza operacional (porque orientada para a finalidade de promover a tramitação dos autos em direcção à decisão final), nada cristalizando em termos de direitos e deveres e seu exercício e cumprimento; não estamos, pois, seguramente, perante decisão com o sentido enunciado no art. 84.º do referido RJC.

III. Um recurso de uma decisão interlocutória admitido nos termos permitidos pelos arts. 84.º e 85.º do RJC justifica-se pela necessidade de responder a uma necessidade específica de tutela que não se compadece com a espera pela decisão administrativa final;

IV. É fundamental a concessão às empresas da possibilidade de recorrer ao Tribunal com vista a controlar as apreciações feitas e impedir que se proceda à comunicação de matéria abrangida por segredo comercial, sob pena de se anular a protecção desse segredo e de se descurar a necessidade de ponderação do seu relevo relativo face ao interesse colectivo de punir o ilícito em matéria de concorrência;

V. O tratamento da questão deve integrar-se num sistema-tampão que garanta a não divulgação do segredo; deve ser possível atacar o acto na nascente, congelando a intenção;

VI. Depois da revelação do segredo, subsistem outros interesses, designadamente o de afirmar a ilicitude do meio instrutório com vista a abalar a decisão final e até o de estabelecer perante a comunidade em geral e os intervenientes em particular a importância micro e macro-económica do segredo comercial e sua defesa; trata-se, porém, já, de interesses não intercalares, mas de tutela final ligados à questão magna da procedência ou improcedência da imputação do «labéu».

VII. O mais tem a ver com a necessidade de tutela definitiva, a discutir no âmbito da avaliação da procedência de recurso eventualmente a propor após a prolação da decisão final; o tempo, a necessidade de evitar a divulgação, não exercerão já pressão nem darão sentido à impugnação intercalar.

VIII. Solicitar ao Tribunal que terá que realizar o juízo final sobre a ilicitude e eventual sanção a avaliação preliminar da acusação (designadamente com incidência sobre a culpa, a ilicitude e suficiência de meios instrutórios) sempre arriscaria gerar um modelo demolidor para o princípio da imparcialidade e isenção, produzindo um julgador já comprometido com a solução antes de ser chamado a ponderar a validade da decisão administrativa final, com eventual violação dos direitos de defesa que se quis tutelar no n.º 10 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa e se pretendeu proteger com a cisão de intervenções jurisdicionais que emerge do n.º 4 do mesmo artigo.

IX. Não é tutela do segredo, mas de outros interesses conexos, o bloqueio à continuação da disseminação da informação, pela simples razão de que, uma vez divulgado, o segredo já não o é; o que se protege depois não é já o segredo mas a dilatação de danos, a aferir noutra sede e nunca num contexto interlocutório;

X. O quadro avaliativo incidente sobre a quebra do segredo é absoluto, não relativo; não há violação grande ou dilatada do segredo comercial; ou há ou não há; uma vez profanado este, passamos, antes, a falar de danos e de ilicitude das condutas geradoras de lesões ressarcíveis.

*



Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1
Referência: 17490832

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Acordam na Secção de Propriedade Intelectual, Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

*

I. RELATÓRIO

MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A., com os sinais identificativos constantes dos autos, impugnou judicialmente a decisão da AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA de 17.11.2020, proferida no âmbito do «PRC/2017/06» dessa autoridade, relativa a «*utilização de informação confidencial*».

O Tribunal «a quo» descreveu os contornos da acção e as suas principais ocorrências processuais até à sentença nos seguintes termos:

Por douta decisão de 17 de Novembro de 2020, a Autoridade da Concorrência (de ora em diante AdC ou Recorrida), proferiu decisão final determinando o levantamento de confidencialidades anteriormente indicadas pela MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. (aqui, Recorrente ou MCH), sustentando que aquela matéria constitui informação necessária para a demonstração e consequente punibilidade, de uma infração às regras da concorrência, sendo necessárias à correta e completa fundamentação da Nota de Ilícitude, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, conforme indicado no Ofício S-AdC/2020/4917, de 27 de outubro de 2020.

Inconformada, a Recorrente, apresentou, para este Tribunal, douto recurso interlocutório, por meio do qual sustenta que a sobredita informação «não é necessária nem relevante» para efeitos de imputação da infração, de um lado; e, por outro lado, postergou o número 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, assim como o direito à protecção do segredo de negócio da Recorrente e o direito à autodeterminação informativa dos seus Colaboradores (cfr. conclusões 3 e 4).

Conclui, por isso, peticionando a revogação da decisão da AdC e a sua substituição por outra que não contenha «informação relativa a dados pessoais de colaboradores não visados no processo e a dados numéricos constantes das respostas a pedidos de elementos ou emails».

Os autos de recurso interlocutório foram recebidos neste Tribunal, sendo-lhe atribuído efeito devolutivo.

A Recorrida, Autoridade da Concorrência, apresentou alegações, propugnando pela improcedência do recurso e pela manutenção da decisão censurada (fls. 624 e seguintes).

Foi proferida sentença que julgou improcedente o recurso apresentado e confirmou «a decisão recorrida».



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

É dessa sentença que vem o presente recurso interposto por MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. ('MCH'), que alegou e apresentou as seguintes conclusões e pedido:

I. Do objeto do recurso

A. Na sua Deliberação Final, de 17 de novembro de 2020, o Conselho de Administração da AdC, determinou a utilização, na Nota de Ilícitude ('NI') adotada no processo de contraordenação n.º PRC/2017/6, de informações classificadas como confidenciais pela Recorrente, a Modelo Continente Hipermercados, S.A. ('MCH' ou 'Visada') e como tal aceites pela AdC.

B. Por considerar, por um lado, que (i) a informação classificada como confidencial e vertida na NI não era necessária para efeitos de prova da infração, (ii) nem relevante para efeitos de imputação da mesma às Visadas e, por outro lado, que a decisão de verter tal informação na NI assentava (iii) numa interpretação e aplicação contra legem do artigo 31.º, n.º 3, da Lei da Concorrência ('LdC'), que vinha legitimar (iv) violações do direito ao segredo de negócio da Visada e, ainda, (v) violações do direito à autodeterminação informativa dos seus colaboradores, não Visados no processo, a MCH recorreu dessa deliberação.

C. Foi sobre este recurso que se debruçou a sentença recorrida, tendo o Tribunal a quo declarado o mesmo totalmente improcedente

D. Salvo o devido respeito, que é muito, o Tribunal a quo errou.

E. Erro que assenta, essencialmente, na premissa (manifestamente errada) de onde parte a fundamentação da sentença recorrida nos termos da qual a informação confidencial vertida na NI seria necessária para a demonstração da infração jusconcorrencial em causa.

F. Ora se é certo que a tarefa que incumbia ao Tribunal a quo não era a de sindicar, em concreto, do acerto e do mérito da NI, o mesmo deveria, sim, ter aferido se as informações confidenciais vertidas na NI seriam, em abstrato, relevantes para a imputação da infração contraordenacional em causa.

G. Sendo que, caso a resposta fosse negativa, então nenhuma dúvida restaria quanto à impossibilidade de as mesmas figurarem na NI, e, apenas na medida em que a resposta fosse afirmativa, deveria o Tribunal a quo analisar se a NI estaria ou não coberta pelo regime do segredo de negócio.

H. Acontece que o Tribunal a quo demitiu-se totalmente dessa tarefa, acolhendo acriticamente o entendimento segundo o qual a informação confidencial vertida na NI é essencial para a imputação da infração, inquinando, desta forma, os restantes juízos interpretativos versados na sentença recorrida.

II. Dos erros de Direito

a) Da aplicação à Nota de Ilícitude do regime de proteção dos segredos de negócio previsto na LdC

I. Engana-se o Tribunal a quo, ao considerar que a proteção do segredo não se aplica à NI, dado que, para a mesma, existiriam regras próprias, onde não se descortinaria tal previsão.

J. E engana-se em primeiro lugar, pois o artigo 30.º, n.º 1, da LdC não estabelece como limite ao tratamento confidencial, a circunstância de a informação em causa constituir, ela própria, matéria suscetível de configurar a postergação das regras da concorrência.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

K. Sendo, ademais, evidente que, ao contrário do sustentado na sentença recorrida, em nenhum momento a tutela, na NI, da informação classificada como confidencial implicaria que a AdC ficasse privada de escrutinar, com detalhe e profundidade, a observância dos ditames concorrenciais.

L. Pois, como facilmente se depreende do texto legislativo, a AdC pode, nos termos do artigo 31.º, n.º 3 da LdC, emitir uma NI cujo juízo condenatório assente em meios de prova contendo informação classificada como confidencial e pode, até, referir tal informação no texto da NI, desde que não a transcreva na sua integralidade e sujeite a respetiva versão confidencial ao regime de acesso previsto no artigo 33.º, n.º 4 da LdC.

M. Sendo inadmissível, porque contraditório, que a sentença recorrida entenda, por um lado, que a AdC procurando temperar os riscos decorrentes da quebra de confidencialidade quanto à matéria aqui em causa continuou a assegurar-lhe a proteção resultante do mecanismo constante do artigo 33.º, n.º 4 da LdC, mas, por outro lado, admita que o mesmo sistema de garantias saía defraudado por via da divulgação, na NI comunicada às restantes Co-Visadas, da integralidade dessa mesma informação.

N. Devendo de igual forma, 'cair por terra' a ideia do Tribunal a quo nos termos da qual o exercício efetivo de defesa das outras Co-Visadas se acharia desproporcionadamente afetado caso se vissem privadas de aceder à informação atinente à infração imputada à Recorrente, com fundamento na circunstância de a mesma constituir segredo de negócio.

O. Pois, como resulta do artigo 33.º, n.º 4 da LdC, ao permitir que, através do seu advogado ou assessor económico externo as Co-Visadas possam aceder às versões originais (v.g. integrais) dos documentos, o legislador efetiva o direito de defesa das Co-Visadas sem hipotecar, porém, o direito ao segredo de negócio da Visada titular da informação confidencial.

P. Ora, o princípio geral de respeito pelo direito ao segredo de negócio, previsto no artigo 30.º, n.º 1, da LdC, impõe que informação cujo estatuto confidencial tenha sido previamente confirmado em sede procedimental pela própria AdC não possa ser divulgada na NI.

Q. Nesses casos, pode a AdC, sempre que necessário, e como tem, aliás, vindo a fazer em sucessivos processos contraordenacionais, emitir duas versões da mesma NI, uma confidencial e outra não-confidencial, estando a primeira sujeita ao regime de acesso previsto no artigo 33.º, n.º 4, da LdC.

R. Pois bem, se a Recorrente acompanha o Tribunal a quo quando a sentença recorrida afirma que por força do disposto no artigo 32.º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa ('CRP') o arguido, visado em processo contraordenacional, goza de um direito de defesa constitucionalmente tutelado, impõe-se lembrar que tal direito não anula as demais posições jurídicas jusfundamentais em jogo no momento da emissão da NI, tendo, por isso mesmo, o legislador assegurado uma articulação proporcional entre as várias normas constitucionais conflitantes.

S. Ora, como fixado pelo Tribunal Constitucional, o direito ao segredo de negócio é um direito fundamental, decorrente das normas previstas nos artigos 61.º e 62.º da CRP, que garantem, respetivamente, o direito à iniciativa económica privada e o direito à propriedade privada.

T. Estando sujeito ao regime dos direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, nomeadamente a norma contida no artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

U. Sendo igualmente tutelado pelo Direito Primário da União Europeia, tanto pelas normas previstas nos artigos 16.º e 17.º da CDFUE, que garantem,



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

respetivamente a liberdade de empresa e o direito de propriedade, mas também enquanto princípio geral de Direito da União Europeia.

V. Não se verificando, portanto, que o legislador, em vista da função de garantia dos direitos constitucionais de audiência e de defesa assegurada pela NI, tenha legitimado um sacrifício quase absoluto do direito constitucional ao segredo de negócio, excluindo a NI do regime de proteção dos segredos de negócio previsto na LdC.

W. O legislador cristalizou, ao nível legislativo, um juízo de concordância prática, que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, procede a uma conciliação dos vários interesses em conflito.

X. Como, aliás, nunca poderia deixar de o ter feito sob pena de inconstitucionalidade material, mas, também, sob pena de incompatibilidade com o Direito primário da União Europeia.

Y. E não se diga que a NI é regulada por normas próprias, nomeadamente pelos artigos 24.º, n.º 3, alínea a) e 25.º, n.º 1, ambos da LdC (preceitos que regulam, note-se, a necessidade de emissão de uma NI e o prazo para apresentação de defesa relativa à NI emitida) e que essas normas não incluem uma referência ao artigo 33.º, n.º 4, da LdC.

Z. Pois não é possível extrair qualquer indício sistemático da circunstância de tal referência não constar dos referidos enunciados.

AA. Uma tal remissão seria em qualquer caso contrária aos princípios da legística, que ditam que se deva evitar remissões inúteis ou redundantes, nomeadamente pela circunstância de uma outra norma já operar a remissão em causa

BB. Situação que se verifica pois o artigo 33.º, n.º 4 da LdC define o âmbito de aplicação da norma nele contida, em parte, por via de uma remissão para o artigo 31.º, n.º 3, do mesmo diploma, que, por sua vez, opera uma remissão para outras disposições, nomeadamente para o artigo 30.º, n.os 2 e 3 dessa lei.

CC. Ademais, não decorre do artigo 33.º, n.º 4, da LdC, qualquer exclusão da NI do seu âmbito de aplicação, mas sim, pelo contrário, uma inclusão decorrente da referência ao disposto no n.º 1 do artigo 25.º, da LdC,

DD. Permitindo-se, assim, o acesso, nos termos do 33.º, n.º 4, da LdC, a documentos contendo informação classificada como confidencial para o específico efeito de resposta à NI.

EE. Impõe-se, portanto, concluir, que o referido regime de proteção do segredo de negócios previsto na LdC abarca, sim, a NI, nos termos acima descritos.

b) Da divulgação, na Nota de Ilícitude, de dados pessoais relativos a colaboradores da MCH

FF. Errou, uma vez mais, o Tribunal a quo ao considerar que o direito de defesa das Co-Visadas estaria, desproporcionada e injustificadamente, coartado caso não pudessem conhecer a identificação dos colaboradores da MCH.

GG. Conclusão fundada na circunstância de, perante a emissão da NI, assistir às Co-Visadas o direito de requerer a realização de diligências complementares de prova e/ou audições orais.

HH. Ora, importa precisar que, ao contrário do versado na sentença recorrida, para que as demais Co-Visadas no processo possam requerer diligências complementares de prova em que aquelas pessoas sejam inquiridas, não é necessária a divulgação, na NI comunicada às Co-Visadas, dos nomes completos das pessoas envolvidas nas comunicações, mas apenas a prévia consulta da sua versão confidencial (integral), nos termos do artigo 33.º, n.º 4 da LdC.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

II. Afigura-se, igualmente, de difícil compreensão a tese do Tribunal de 1.ª instância nos termos da qual o exercício de tutela sobre tais dados, configurando um exercício pessoal e intransmissível, vedaria à MCH a prerrogativa desse exercício.

JJ. Cumpre, a este propósito, relembrar que a Recorrente procurou tutelar, a título primário, o seu direito ao segredo de negócio, exercício do qual resulta, reflexamente, e de forma incontornável, um juízo de ilicitude relativo à divulgação dos dados pessoais dos seus colaboradores, pela AdC, à luz do direito à autodeterminação informativa.

KK. Com efeito, existe uma dimensão de competitividade da própria MCH que é posta em crise com esta divulgação, já que a mesma permite o conhecimento e a apreensão imediata, pelas empresas Visadas suas concorrentes, de quem são os colaboradores de um determinado departamento da empresa, como se organizam, como negociam e o quão eficaz ou criativamente o fazem,

LL. Permitindo a esses Co-Visados concorrentes conhecer e testar as competências dos colaboradores – pelos quais as empresas retalhistas concorrem como empregadoras, o que lhes dá uma vantagem adicional para estratégias de aliciamento de tais colaboradores.

MM. Assim, face ao pedido da Recorrente, baseado na tutela do seu direito ao segredo de negócio, comprometido nos termos acima expostos, cumpria ao Tribunal a quo apreciar todas as questões jurídicas suscetíveis de revelar a ilicitude da divulgação dos dados pessoais dos colaboradores da MCH.

NN. Nomeadamente, por decorrência do princípio da legalidade do conteúdo da decisão judicial, consagrado no artigo 203.º da CRP, bem como do obrigatório juízo de constitucionalidade da norma jurídica que recai sobre os tribunais nos termos do artigo 204.º da Lei Fundamental.

c) Da proibição de emissão da NI em crise

OO. A AdC andou mal. E incorreu em dois erros, de índole distinta, que, à luz da correta interpretação do regime de proteção dos segredos de negócio previsto na LdC, acima explanado, deveriam ter sido liminarmente sancionados pelo Tribunal a quo, mas que não o foram.

1.1. Da «utilização» de informação confidencial, nos termos e para os efeitos do artigo 31.º, n.º 3, da LdC

PP. O artigo 31.º, n.º 3 da LdC deve ser lido em conjugação com os demais artigos da Lei, atinentes à i) classificação de confidencialidades (artigo 30.º da LdC); ii) à estatuição da publicidade do processo como uma regra, suscetível de exceção (artigo 32.º da LdC), ou, ainda, iii) ao direito de acesso das Visadas a documentação confidencial, através do seu advogado ou assessor económico externo (artigo 33.º, n.º 4 da LdC).

QQ. O artigo 31.º, n.º 3 da LdC legitima a utilização de informação confidencial como meio de prova, mas impõe a sujeição dessa mesma utilização a um conjunto de garantias e verdadeiras válvulas de segurança.

RR. Nos termos da solução encontrada e desenhada pelo legislador, os documentos que, não obstante confidenciais, se afigurem relevantes para efeitos de prova, i) não serão expurgados do processo, mas, ii) ver-se-ão, em contrapartida, sujeitos a um regime especial de acesso, circunscrito às pessoas e às condições estipuladas no n.º 4 do artigo 33.º da LdC.

SS. A transcrição na NI de documentos confidenciais subverte o sistema de freios e contrapesos desenhado pelo legislador, nomeadamente no que respeita às restrições impostas ao acesso a essa mesma informação.



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

TT. A Comunicação da Comissão Europeia, sobre a proteção de informação confidencial pelos Tribunais Nacionais, em processos de private enforcement no Direito da Concorrência da União Europeia vai, também, no sentido da necessidade de se adotarem as medidas necessárias à proteção da informação confidencial, no âmbito do acesso à prova.

UU. A interpretação que a AdC faz do artigo 31.º, n.º 3, da LdC, no sentido de permitir a transcrição integral de informação confidencial contida em meios de prova de acesso limitado, é ilegal e não encontra respaldo na letra ou na teleologia da norma, soçobrando também à luz de uma interpretação sistemática da mesma, motivo pelo qual deverá aquela informação ser expurgada da NI.

VV. Motivo pelo qual deveria o Tribunal a quo ter garantido que aquela informação não fosse apresentada da NI nos termos em que o foi, por via de transcrições literais.

WW. Da NI deverá, apenas, constar a remissão para os referidos documentos, «utilizados» para os efeitos do artigo 31.º, n.º 3 da LdC.

XX. Assim, as normas constantes dos artigos 24.º, n.º 3, alínea a), 25.º, n.º 1, e 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4, da LdC, interpretadas e aplicadas no sentido de que da NI pode constar a transcrição de informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, é nessa interpretação e aplicação materialmente inconstitucional por violação dos artigos 17.º, 18.º, n.ºs 2, 26.º, 29.º, n.º 1, 35.º, n.º 4, 61.º e 62.º, da Constituição.

YY. De igual modo, as normas constantes dos artigos 24.º, n.º 3, alínea a), 25.º, n.º 1, e 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4, da LdC, interpretadas e aplicadas no sentido de que o conteúdo da nota de ilicitude não está abrangido pelo disposto no artigo 33.º, n.º 4, da LdC, quando se reporta à narrativa dos factos imputados e suscetíveis de consubstanciar a infração imputada e também dos factos com relevo para a escolha e determinação das sanções é nessa interpretação e aplicação materialmente inconstitucional por violação dos artigos 17.º, 18.º, n.ºs 2, 26.º, 29.º, n.º 1, 35.º, n.º 4, 61.º e 62.º, da Constituição.

1.2. Da irrelevância, para efeitos de prova, das informações confidenciais objeto de divulgação em virtude da Deliberação Recorrida

ZZ. Ainda que a AdC estivesse legitimada a verter na NI a informação confidencial que se revelasse pertinente para efeitos de prova da infração ou imputação da mesma às Visadas, nem assim a solução propugnada pela Deliberação recorrida perante o Tribunal a quo seria legítima.

AAA. O Tribunal a quo errou, ao acolher acriticamente o pressuposto de que as informações confidenciais vertidas na NI são relevantes para efeitos de imputação da infração contraordenacional em causa.

BBB. Aquilo que as versões originais dos documentos, vertidas na NI, acrescentam às Versões Não Confidenciais, enviadas pela Visada, em «cumprimento» da Decisão Final da AdC, não é minimamente relevante para efeitos de prova da infração ou imputação da mesma às Visadas.

CCC. A AdC desrespeitou o significado último do princípio da proporcionalidade, ao decidir verter na NI informação confidencial perfeitamente substituível pelos respetivos descritivos de substituição, constantes das Versões Não Confidenciais enviadas pela Recorrente MCH à AdC.

DDD. As Versões Não Confidenciais remetidas pela MCH à AdC são versões com truncaturas mínimas, que se limitam, na grande parte dos casos, a substituir os nomes dos colaboradores da MCH, não visados no processo, por siglas (associáveis aos cargos exercidos), divulgando, no mais, o teor das mensagens de correio eletrónico trocadas.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

EEE. A transcrição dos valores absolutos na NI, relativos, nomeadamente, ao volume de negócios da MCH, não é idónea a provar o que quer que seja, e, ainda que fosse esse o caso, sempre bastariam os intervalos de valor, utilizados em sua substituição, nas Versões Não Confidenciais preparadas pela MCH.

FFF. Inexiste qualquer interesse prevalente, que não seja já devidamente acautelado, garantido e protegido, pela utilização dos intervalos de valor.

GGG. O Tribunal a quo errado ao reputar a informação confidencial vertida na NI como pertinente para efeitos de prova da infração ou imputação da mesma às Visadas.

A. Dos valores numéricos constantes do processo e vertidos na Nota de Ilícitude

HHH. Estão em causa inúmeros dados numéricos – absolutos e percentuais – que a MCH teve o cuidado de transformar em intervalos de valor, vertidos nas Versões Não Confidenciais das referidas respostas.

III. Na preparação dessas Versões Não Confidenciais, a MCH seguiu as orientações restritivas da AdC, quanto à necessidade de os intervalos utilizados refletirem as variações existentes entre os valores substituídos.

JJJ. Não se vê em que medida as quotas de mercado, a representatividade do fornecedor na faturação da empresa Visada ou números absolutos relativos ao volume de negócios da Visada possam servir para algo mais do que para a mera completude da NI.

KKK. O artigo 31.º, n.º 3 da LdC não serve para assegurar a completude da NI.

LLL. Está em causa informação que a AdC não nega dever ser abrangida pelo regime da tutela dos segredos de negócio ou outra informação confidencial.

MMM. Aceitar a transcrição de valores absolutos (ou percentuais) na NI equivaleria a deitar por terra todo o processo de classificação de confidencialidades, no decurso do qual os intervalos de valor utilizados em substituição dos referidos valores foram já acomodados à necessidade de garantir uma transparência mínima das variações numéricas em causa.

NNN. A esta luz, saem não só defraudados o sentido e o escopo da permissão normativa prevista no artigo 31.º, n.º 3 da LdC como também o próprio processo de classificação de confidencialidades, tal como previsto na lei e já concretizado no presente processo.

OOO. Não se afigura necessário verter na NI valores absolutos numéricos relativos a quotas de mercado, representatividade do fornecedor na faturação da empresa visada ou números absolutos relativos ao volume de negócios por força dos mesmos relevarem para a escolha e determinação das sanções.

PPP. A defesa apresentada em resposta à NI não é o momento procedimental para contraditar, num juízo necessariamente prognóstico, para não dizer impossível, a concreta ponderação a realizar pela AdC em relação à determinação da sanção eventualmente aplicável.

QQQ. Face à penumbra que paira sobre o juízo a realizar pela AdC, em sede de decisão final, relativo à determinação das sanções aplicáveis, não se configura qualquer necessidade de refletir na NI os números absolutos.

RRR. O conhecimento dos valores exatos em causa é sempre assegurado, E, em qualquer caso, mediante a consulta da versão confidencial do



Tribunal da Relação de Lisboa

Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

processo nos termos do art. 33.º, n.º 4 LdC e portanto, em moldes que não sacrificam, em termos irremediáveis, o segredo de negócio expressamente reconhecido no processo

B. Dos dados pessoais de pessoas singulares, não visadas no processo

SSS. Ao admitir que a AdC possa verter na NI versões integrais de emails que divulgam os nomes dos colaboradores da MCH não Visados no processo em vez da sua substituição por sigla e cargo, a sentença recorrida desrespeitou os mais basilares princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, tal como determinados no RGPD, em particular, o princípio da minimização dos dados, decorrente da alínea c) do artigo 5.º daquele diploma.

TTT. E isto pois a divulgação na NI do nome dos sujeitos envolvidos nas comunicações, que não são visados no processo, cujas mensagens tenham sido reproduzidas na NI não pode ser considerada por definição necessária para a imputação de uma infração.

UUU. Sendo, nesse plano probatório, a indicação dos cargos e área dos colaboradores, bem como das empresa(s) envolvida(s), por regra, suficiente.

VVV. Motivo pelo qual aliás, nas NIs proferidas nos processos PRC/2017/1, PRC/2017/13 e PRC/2017/7, a AdC verteu na NI, apenas e tão-só os substitutivos de descrição “[colaborador da empresa X]” ou a siglas respetiva, e não já os nomes integrais dos colaboradores em causa, WWW. Não se compreendendo a desconsideração destes precedentes administrativos pelo Tribunal a quo, na medida em que os mesmos configuram uma prática administrativa reiterada, da qual resulta, designadamente, o surgimento, junto dos particulares, de uma expectativa de consistência interpretativa.

XXX. Ao contrário da opinião do Tribunal a quo, há sim, uma dimensão de competitividade da própria empresa Visada – a MCH – que é indiretamente posta em crise com esta divulgação, já que a mesma permite o conhecimento e a apreensão imediata, pelas empresas Visadas suas concorrentes, de quem são os trabalhadores de um determinado departamento da empresa, como se organizam, como negociam e o quão eficaz ou criativamente o fazem,

YYY. E não se diga que a divulgação do nome dos sujeitos envolvidos nas comunicações, que não são visados no processo, na NI pode ser necessária para a imputação de uma infração, quando essa informação não é decisiva para efeitos responsabilização contraordenacional nos termos do 73.º, n.º 2 da LdC, independentemente de tais comunicações corporizarem ou não a prática da contraordenação.

ZZZ. Para tal, bastará sempre disponibilizar na NI a indicação dos cargos e área dos colaboradores, bem como das empresa(s) envolvida(s), sendo evidente que a Lei contraordenacional nunca sanciona em maior medida uma pessoa coletiva pela circunstância da pessoa singular que atue em seu nome se chamar, por exemplo, “Ana” ou “António”.

AAAA. Nem se diga que a revelação dos nomes dos colaboradores da MCH poderia ser relevante para as demais Co-Visadas no processo por ser importante para efeitos de afastamento da responsabilidade contraordenacional, ou que releva para que as demais Co-Visadas no processo possam requerer diligências complementares de prova em que aquelas pessoas sejam inquiridas.

BBBB. Pois, num caso em que o nome da pessoa em causa esteja protegido, o requerimento de diligências complementares de prova, nomeadamente dirigido à inquirição de pessoas singulares não visadas no processo, sempre ficará cabalmente assegurado através da prévia consulta da sua versão integral, nos termos do artigo 33.º, n.º 4 da LdC.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Nestes termos, e nos mais de Direito, deve o presente recurso ser admitido, e em consequência devem V. Ex.as revogar a sentença recorrida, substituindo-a por outra que o julgue totalmente procedente, e, em consequência,

i. revogue a Decisão Final do Conselho da AdC, de 17 de novembro, notificada através do Ofício S-AdC/2020/1284, de 17 de novembro de 2020, e ordene a sua substituição por outra que não inclua referência a informação relativa a dados pessoais e a dados numéricos constantes das respostas a pedidos de elementos, nos termos acima descritos; e

ii. revogue a NI, entretanto notificada a todos os Co-Visados, e ordene a sua substituição por outra, na qual se ocultem os segmentos de natureza confidencial acima identificados contidos em meios de prova de acesso restrito, substituindo-se a referida transcrição por remissões para os documentos em causa.

O Ministério Público respondeu ao recurso e, sem apresentar conclusões, sustentou a improcedência do mesmo.

Também a AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA ("AdC") respondeu à impugnação judicial concluindo e peticionando:

A. O recurso a que se responde vem interposto da Sentença do TCRS, de 26.03.2021, que confirmou a legalidade da deliberação de levantamento de confidencialidades para efeitos de imputação e prova da infração de que foram acusadas a MCH e restantes co-Visadas.

B. Independentemente de o direito ao segredo de negócio ter ou não assento constitucional, tal não alteraria o resultado final na resolução do conflito dos diversos direitos em tensão: o exercício dos direitos de defesa dos visados no processo contraordenacional da concorrência e a atribuição do Estado de defesa da concorrência, por um lado, deveriam prevalecer sobre a tutela do segredo de negócio, por outro, na estrita proporção da solução preconizada pela AdC na sua deliberação de levantamento de confidencialidades.

C. A interpretação da AdC e do Tribunal a quo não sacrifica o direito à proteção do segredo de negócio e nem gera nenhum tipo de inconstitucionalidade material, desde logo porque os elementos probatórios cuja confidencialidade foi levantada para efeitos de imputação da infração e prova da mesma é reduzida e circunstanciada àquela expressamente transcrita na NI – e tão só, reitera-se quanto a esses segmentos –, permanecendo fora do objeto deste levantamento a restante universalidade do acervo probatório tratado ao abrigo do procedimento de confidencialidades feito a montante, cuja versão confidencial continua apenas acessível nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.

D. A solução preconizada pela Deliberação de confidencialidades posta em crise nos presentes autos é conforme ao Direito da União Europeia: veja-se (i) o artigo 15(3) do Regulamento (CE) n.º 773/2004, de 7 de abril de 2004, sobre o acesso ao processo e utilização dos documentos; (ii) o parágrafo 24 da Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (2005/C 325/07) e, ainda, (iii) as Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

E. Reparo algum merece a igualmente a Sentença do Tribunal a quo na parte em que confirmou a relevância da divulgação dos dados numéricos e dos dados pessoais vertidos na NI, justificada pelas idiossincrasias da infração de hub and spoke por que vem acusada a ora Recorrente – entre outras visadas – no PRC/2017/6.

F. Os dados de mercado são particularmente relevantes porque permitem perceber o peso de cada insígnia junto do fornecedor, a sua representatividade na faturação deste, o que é inquestionavelmente relevante para a especificidade da infração em causa de hub and spoke e para a sua distinção, por exemplo, de uma prática de RPM (fixação vertical de preços).

G. Acresce que os dados numéricos relacionados com os volumes de negócio se revelam igualmente importantes para efeitos de cálculo e escrutínio da medida da coima, designadamente para que seja sindicável, por todos os co-visados, a sua justiça relativa, imposta à AdC como corolário do princípio constitucional da igualdade.

H. Relativamente aos dados pessoais, a solução alcançada pela AdC de apenas levantar a confidencialidade dos nomes dos colaboradores cujas mensagens foram efetivas transcritas na NI assegura o princípio da minimização do tratamento de dados pessoais e afigura-se uma solução adequada e proporcional face ao direito à autodeterminação informativa dos colaboradores, por um lado, mas, por outro, à necessidade de imputação do comportamento ilícito respaldado nas comunicações expostas na NI – que, em todo o caso, não expõem qualquer elemento da vida privada dos colaboradores mas, tão só, o seu contexto profissional.

I. A prática da AdC é coerente com a prática do Ministério Público nas suas acusações – onde nunca são ocultadas informações para os próprios arguidos –, e é igualmente coerente com a prática decisória do Banco de Portugal e da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, onde tal também não sucede, independentemente da natureza ou sensibilidade da informação.

J. Não é pela circunstância de o Tribunal a quo não ter analisado em concreto a relevância da prova ou dos meros segmentos cuja confidencialidade foi levantada com a sua inclusão na NI que se demitiu de apreciar as questões que lhe foram suscitadas nos presentes autos: o que Tribunal a quo sublinhou foi que, nesta fase (inquérito e instrução), a sua equidistância do processo contraordenacional era necessária para que, então sim num recurso de decisão final, venha a conhecer, de plena jurisdição, o cerne do objeto do litígio: este entendimento em nada se confunde ou coloca em causa o direito à proteção do segredo de negócio (na dimensão reclamada pela Recorrente) que, naturalmente, teria que ser e foi apreciado já no presente recurso de decisão interlocutória.

K. Nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade poderá ser reconhecida à deliberação de levantamento de confidencialidades da AdC, impondo-se a improcedência integral do argumentário da MCH no sentido de infirmar o entendimento vertido na Sentença Recorrida.

Nestes termos, e nos melhores de direito que V. Exas doutamente suprião, deve o recurso interposto ser julgado totalmente improcedente, mantendo-se, na íntegra, a Sentença recorrida.

O Ministério Público junto deste Tribunal teve vista dos autos tendo sustentado a inutilidade do conhecimento do objecto do recurso.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

A Sociedade Recorrente pronunciou-se sobre o parecer do Ministério Público concluindo nos termos já emergentes das suas alegações de recurso.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

São as seguintes as questões a avaliar:

1. São recorríveis as decisões impugnadas no presente recurso?
2. Inutilizou-se supervenientemente o recurso que se aprecia?
3. A *Decisão Final do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 17 de Novembro, notificada através do Ofício S-AdC/2020/1284, de 17 de novembro de 2020 e a nota de ilicitude notificada nos autos a todos os «Co-Visados» violaram as normas e princípios invocados neste recurso e justificam os juízos de inconstitucionalidade nele propostos?*

II. FUNDAMENTAÇÃO

Fundamentação de facto

Vem provado que:

I. No âmbito do processo de contraordenação com o n.º PRC/2016/4, e que deu origem ao processo PRC 2017/6, a AdC procedeu a uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada entre os dias 7 de Fevereiro e 3 de Março de 2017, em cumprimento de mandados emitidos pelo Ministério Público.

II. Os autos foram, por deliberação da AdC, datada de 21 de Março de 2017, sujeitos a segredo de justiça.

III. Nessa sequência, entre Abril e Setembro de 2020, estabeleceu-se entre a Recorrente a Recorrida a dialética procedimental atinente à matéria a sujeitar, ou não, a confidencialidade protegida por segredo de negócio;

IV. A Recorrente foi notificada, no dia 22 de Setembro de 2020, do ofício S-AdC/2020/4570, com a decisão final da AdC, indeferindo, parcialmente, os pedidos de protecção de confidencialidade;

V. Sobre esta decisão foi, também, interposto recurso interlocutório para este TCRS, julgando improcedente, por sentença de 6 de Fevereiro de 2021;

VI. Nesse recurso, discutia-se a não concessão de confidencialidade ao conteúdo de correspondência eletrónica suscetível de, em abstracto e segundo a Recorrida, configurar a infração jusconcorrencial propriamente dita, de um lado;

VII. E, de outro, a não revelação dos endereços de e-mail das pessoas singulares, colaboradores da Recorrente na lidação com as outras Co-Visadas, por reporte à infração jusconcorrencial em causa.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Face aos elementos documentais constantes dos autos (referências 291193 e 291194), rectifica-se o ponto de facto n.º VIII e adita-se um facto n.º IX, com o seguinte teor:

VIII. Com data de 17.11.2020, foi elaborado, pela Autoridade da Concorrência, o texto reproduzido a fls. 1029 a 1032 dos autos (contido no documento com a referência 291193) do qual consta, com relevo para o recurso que se aprecia:

«Assunto: PRC/2017/8 – Decisão Final: Levantamento da Confidencialidades», «15. Cumpre referir que a Autoridade fará uso das referidas informações no estrito cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, na medida em que as mesmas se mostram necessárias à demonstração e imputação aos Visados, dos factos que constituem a infração e consequente punibilidade (...)» e «17. Assim, notifica-se a MCH, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 30.º da Lei n.º 19/2012, da decisão final da AdC de utilizar, para efeitos de demonstração e imputação aos Visados, dos factos que constituem a infração, e consequente punibilidade, do conjunto de informações classificadas como confidenciais pela MCH identificado no anexo ao presente Ofício, na medida em que as referidas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Nota de ilicitude, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, conforme indicado no Ofício S-AdC/2020/4917, de 27 de outubro de 2020».

IX. Com data de 24.11.2020, foi produzido no processo PRC/2017/6 da Autoridade da Concorrência o documento intitulado «Decisão de Inquérito» «Nota de Ilícitude», já notificado a todos os intervenientes, que tem o conteúdo constante dos autos do qual consta o seguinte trecho final (fl. 832 do documento com a referência 291194):

«Tudo visto e ponderado, o conselho de administração da AdC decide:
Primeiro

Encerrar o inquérito e dar início à instrução, através da notificação de Nota de ilicitude às visadas (...) Modelo Continente Hipermercados, (...), fixando-se, para efeitos do exercício dos seus direitos de defesa, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012 e da interpretação conjugada do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012 com o artigo 50.º do RGIMOS, o prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da sua receção para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma.
(...)

Fundamentação de Direito

1. São recorríveis as decisões impugnadas no presente recurso?

O Tribunal «a quo», ao definir as questões a decidir na sentença impugnada, inscreveu:

Por conseguinte, está aqui em causa, apenas, apurar se ao verter, na nota de ilicitude informação tida como necessária para a demonstração da infração jusconcorrencial, mais concretamente o nome de pessoas singulares colaboradores da MCH e matéria atinente a índices de preços, quantidades e outras condições comerciais, violou o disposto no



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

número 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência e o direito à autodeterminação informativa dos Colaboradores da MCH (artigo 35.º, número 4 da Constituição).

Esta focagem temática afastou o tratamento autónomo, na decisão impugnada, da deliberação da Autoridade da Concorrência (doravante «AdC») datada de 17.11.2020 e a tal circunscrição de objecto não foi dirigida reacção processual específica.

O Ministério Público junto do Tribunal «a quo», por seu turno, na sua resposta às alegações de recurso, sustentou que a deliberação da AdC de 17.11.2020 contém mero anúncio de utilização de prova na «NI» (leia-se «nota de ilicitude») a proferir e concentrou a sua análise na dita nota acabando por sustentar que esta, apesar de verbalização expressa no art. 24.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio (Novo Regime Jurídico da Concorrência – «RJC») não constituía, verdadeiramente, uma decisão por corresponder, antes, à «imputação para defesa do artigo 50.º do RGCO». Por assim ser, essa nota (afinal peça processual que tudo concentraria) não seria objecto de recurso.

Não se pode concordar com a primeira vertente do referido. Com efeito, o texto de 17.11.2021 contém uma verdadeira e plena decisão. A tal conclusão conduz, desde logo, uma interpretação literal, semântica e gramatical do afirmado. Particularmente, emerge da menção *«notifica-se a MCH, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 30.º da Lei n.º 19/2012, da decisão final da AdC de utilizar, para efeitos de demonstração e imputação aos Visados, dos factos que constituem a infração, e conseqüente punibilidade, do conjunto de informações classificadas como confidenciais pela MCH identificado no anexo ao presente Ofício, na medida em que as referidas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Nota de ilicitude»*. Estamos, à luz do dito, perante uma decisão (e assumidamente final) da AdC.



Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1
Referência: 17490832

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Trata-se, no que tange ao conteúdo do definido, de uma tomada de posição que, insofismavelmente, altera um quadro anterior, toca em direitos (aliás muito relevantes, porque relativos ao «travejamento» do sistema, e de natureza garantística e protectora de interesses da economia e do mercado – a tutela do segredo incentiva a actividade económica não só a um nível micro, mas também no domínio dos interesses do mercado, do colectivo e da macro-economia). Estamos perante uma resolução da autoridade administrativa que introduz reconfiguração de direitos de uma interveniente processual. Logo, estamos perante um válido objecto de recurso nos termos do estabelecido no art. 84.º do RJC.

Neste ponto do percurso analítico, um elemento decisivo, de natureza lógica, se impõe considerar. Tal elemento é o relativo à eventual concentração, na nota de ilicitude, do espaço de definição e dispensa do relevo a atribuir à confidencialidade e ao segredo conforme assumido na decisão impugnada e na posição assumida pelo Ministério Público.

A este propósito, temos que atender a que foi própria AdC a indicar que a decisão de 17.11.2020 era a decisão final e a que não há, por razões lógicas, decisão final depois da decisão final, o que significa que a nota de ilicitude não contém, por imperativos lógicos, a resolução relevante e correspondente à última palavra da autoridade administrativa sobre a matéria, antes esta se situando a montante, reportada a 17.11.2020. Daqui emerge seguro que a referida nota apenas concretizou o anteriormente decidido e num contexto estritamente funcional, a saber, num quadro meramente acusatório e já não decisório, com vista a assegurar aos arguidos a possibilidade de se pronunciarem sobre a imputação – cf. art. 50.º da RGCO e art 25.º do RJC.



Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1
Referência: 17490832

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Por assim ser, ao não conter nem corporizar a decisão contra a qual a Recorrente realmente se insurge (que se encontra noutra registo avaliativo e materializado noutra acto processual anterior), a nota de ilicitude não é recorrível com os fundamentos invocados já que não constitui o espaço de resolução susceptível de atingir os interesses e direitos reclamados no recurso antes o sendo a referida decisão de 17.11.2021, que corresponde ao acto que viabilizou a utilização, em sede instrutória, de informação classificada como confidencial.

Enquanto intervenção processual que contém mera concretização do antes decidido e que constitui singelo acto previsto por normas adjectivas com vista a despoletar a instrução e o início do curso do prazo de pronúncia escrita sobre as questões relevantes e viabilizar a apresentação de requerimento de diligências complementares de prova que nada constituiu ou definiu (para além da necessidade de instrução) – cf. arts. 24.º e 25.º do RJC – a nota de ilicitude não contém uma decisão em sentido técnico no âmbito suscitado no recurso (pois se não é a decisão final e esta já tinha sido previamente proferida), antes constituindo acção de relevo processual e natureza operacional (porque orientada para a finalidade de promover a tramitação dos autos em direcção à decisão final), nada cristalizando em termos de direitos e deveres e seu exercício e cumprimento. Não estamos, pois, seguramente, perante decisão com o sentido enunciado no art. 84.º do RJC.

Sintetizando, impõe-se concluir que não é recorrível o vertido na nota de ilicitude, pela razão referida, devendo ser, neste recurso, declarada a improcedência no peticionado em tal âmbito, mas já o é a que constitui objecto do ponto «VIII» da fundamentação de facto, que deverá ser apreciada a jusante.

2. Inutilizou-se supervenientemente o recurso que se aprecia?



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Ficou identificada, no número anterior, a decisão objecto de recurso válido, o que é de relevo axilar para a definição da utilidade do recurso, a qual, por seu turno, é decisiva para a obtenção de resposta a esta questão proposta.

Estamos perante um recurso de uma decisão interlocutória admitido nos termos permitidos pelos arts. 84.º e 85.º.

Este tipo de recurso justifica-se pela necessidade de responder a uma necessidade específica de tutela que não se compadece com a espera da decisão administrativa final.

No caso em apreço, é manifesto que esse interesse ou utilidade consiste na protecção dos segredos do negócio em compressão do direito legalmente consagrado de consulta do processo, sobretudo com vista a assegurar os direitos de defesa.

Encontramos essa necessidade de tutela claramente plasmada no n.º 2 do art. 15.º do *Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE* e no n.º 1 do art. 30.º do RJC.

De acordo com o n.º 2 do art. 15.º do Regulamento n.º 773/2004, «*O direito de acesso ao processo não abrange segredos comerciais e outras informações confidenciais*».

Toca-se, aqui, designadamente, a questão de determinar como agir quando a «acusação» (nota de ilicitude) tenha que sustentar-se, ao menos parcialmente, em documentos qualificados como ligados ao segredo de negócio.

No dito Regulamento, soluciona-se a questão dando clara prevalência ao interesse e prova da ilicitude (no n.º 3 do art. 15.º, estabelece-se que «*Nada no presente regulamento impede a Comissão de divulgar e utilizar as informações necessárias para*



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

fazer prova de uma infracção aos artigos 81.º ou 82.º do Tratado»). Desta solução não se afasta a erigida no n.º 3 do art. 31.º do RJC.

Como resultava já do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia AZKO CHEMIE BV, Processo n.º 53/85, o risco de emergência de *«prejuízo extremamente grave que poderia resultar da comunicação irregular de documentos a um concorrente, a Comissão, antes de executar a sua decisão, deve dar à empresa a possibilidade de recorrer ao Tribunal com vista a controlar as apreciações feitas e impedir que se proceda à comunicação»*. É fundamental a concessão desta garantia sob pena de se anular a protecção do segredo e afastar a necessidade de ponderação do seu relevo relativo face ao interesse colectivo de punir o ilícito em matéria de concorrência. É, pois, axilar que as autoridades administrativas tenham este imperativo comportamental e procedimental sempre presente.

Quer isto dizer que o tratamento da questão se deve integrar num sistema-tampão que garanta a não divulgação do segredo. Deve ser possível atacar o acto na nascente, congelando a intenção. Porquê? Justamente porque segredo divulgado deixa de ser segredo; após divulgação deste, a necessidade de tutela imediata esboroa-se ao impossibilitar-se. Com acerto, Miguel Moura e Silva fala, em *Direito da Concorrência AAFDL*, 2020, página 343, da necessidade de *«evitar uma lesão irreversível do seu interesse particular na preservação do segredo do negócio»*. É realmente irreversível, insanável, no que respeita à protecção do segredo, a sua revelação. Um sistema que não evite a produção de factos consumados neste domínio não faz, obviamente, a defesa do segredo enquanto valor central do património imaterial da empresa e do seu modelo de negócio e, em última instância, de toda a economia.

Depois da revelação do segredo, subsistem outros interesses, designadamente o de afirmar a ilicitude do meio instrutório com vista a abalar a decisão



Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1
Referência: 17490832

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

final e até o de estabelecer perante a comunidade em geral e os intervenientes em particular a importância micro e macro-económica do segredo comercial e sua defesa. Trata-se, porém, já de interesses não intercalares, mas de tutela final ligados à questão magna da procedência ou improcedência da imputação do «labéu».

Não salva a situação o apelo a noções de compromisso como a usada pela Recorrente ao invocar o interesse em eliminar do mundo o acto. É assim porque a defesa deste eventual interesse já não surge sujeita a necessidade de avaliação intercalar ou imediata. A decisão de 17.10.2020 impugnava-se judicialmente sem delongas e com regime de compressão temporal em virtude da necessidade de evitar a consumação.

O mais tem a ver com a necessidade de tutela definitiva, a discutir no âmbito da avaliação da procedência do recurso eventualmente a propor após a prolação da decisão final. O tempo, a necessidade de evitar a divulgação não exercerão já pressão nem darão sentido à impugnação intercalar.

Não estamos, como disse a Recorrente, perante inutilização superveniente da lide pelo singelo motivo de que o segredo estava já revelado à data da interposição do recurso. Não há, efectivamente, superveniência. Mas há inutilização do interesse de tutela imediata e intercalar reportado à data do recurso sendo certo que, face ao já patenteado, não está em causa a validade da acusação/nota de de ilicitude por aí não se conter a decisão final sobre o segredo.

O carácter coevo à instauração da instância de recurso da inutilidade e consequente supressão do interesse em agir transmutam a consequência extinção da instância reconhecida no disposto na al. e) do art. 277.º do Código de Processo Civil (aplicável «ex vi» do estabelecido nos artigos 83.º do Regime Jurídico da Concorrência, 41.º n.º 1, do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro e 4.º do Código de Processo



Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1
Referência: 17490832

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Penal), em vera questão de procedência. Não havendo já segredo, é improcedente recurso que nele se esteie com carácter intercalar e focagem específica na sua protecção imediata.

Tal interesse em agir não é colectivo, não se forma com base em interesses extraprocessuais. Mede-se de forma fina e relacional por referência ao que «inter est» perante a esfera jurídica dos Recorrentes.

Não é também a protecção casuística dos direitos fundamentais o que se protege em sede de acesso a uma segunda instância de recurso quando estamos situados num âmbito interlocutório e intercalar que, conseqüentemente, apenas visa sustentar a defesa que não pode aguardar pela avaliação final englobante.

A dita protecção intercalar não é, da mesma forma, compatível com a realização de testes de controlo ou laboratoriais intermédios sobre a (apodada pela Recorrente) «autodeterminação informativa» e cogitação do valor relativo de interesses processuais da tramitação contra-ordenacional. A final, sim, poderão e deverão ser todos esses elementos analisados por referência a uma decisão final e não mera acusação introdutória (que, como se disse, não constitui, sequer, objecto válido do recurso).

Acresce que, ainda que a nota de ilicitude pudesse ser objecto desta impugnação judicial por se considerar conter, em algum ponto, uma vera decisão, extrapolar o «thema decidendum» conforme proposto e colocar ao Tribunal que terá que realizar o juízo final sobre a ilicitude e eventual sanção a avaliação preliminar da acusação, que parece ser proposta (designadamente com incidência sobre a culpa, a ilicitude e suficiência de meios instrutórios) sempre arriscaria gerar um modelo demolidor para o princípio da imparcialidade e isenção, produzindo um julgador já comprometido com a solução antes de ser chamado a ponderar a validade da decisão administrativa final, com eventual violação dos direitos de defesa que se quis tutelar no n.º 10 do art.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

32.º da Constituição da República Portuguesa e se pretendeu proteger com a cisão de intervenções jurisdicionais que emerge do n.º 4 do mesmo artigo.

Não é tutela do segredo, mas de outros interesses conexos o bloqueio à continuação da disseminação da informação. É assim pela simples razão de que, como se disse, uma vez divulgado, o segredo já não é segredo; o que se protege depois não é já o segredo mas a dilatação de danos, a aferir noutra sede e mais tarde e nunca num contexto interlocutório. Aliás, a esse nível, não sendo sindicável a nota de ilicitude, face ao acima explicado, estaríamos situados perante uma tutela desfocada porque situada para além das regras e princípios invocados e dos termos da efectiva decisão impugnável (a decisão de 17.11.2020), que fala de segredo comercial aqui já inutilizado (irreversivelmente, nas palavras de Moura e Silva).

O quadro avaliativo é absoluto não relativo. Não há violação grande ou dilatada do segredo. Ou há ou não há. Uma vez violado este, passamos a falar de danos e de ilicitude das condutas geradoras de lesões ressarcíveis, porque segredo já não há. Aliás, também não nos encontramos no quadro de uma acção de responsabilidade civil ou de contencioso administrativo de anulação não sendo invocáveis e cogitáveis as regras e motivações relativas a estes.

A «acusação» (não objecto válido do recurso), ao nada decidir e apenas espelhar o antes decidido, nunca poderia, por si só, à míngua de outras circunstâncias, ser geradora da dilatação sugerida na resposta da Recorrente ao parecer do Ministério Público.

Estamos ao lado, noutra nível, em distinta dimensão, se pensarmos no invocado princípio da tutela jurisdicional efectiva. Se alguém pede que se proteja um segredo que já não existe, é manifesto que a dita tutela é exercida com desfocagem, no quadro da protecção de um segredo que não se logrou defender enquanto existia. Não



Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1
Referência: 17490832

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

há violação de comando constitucional, mas inadequado uso do direito a recorrer à Justiça. Da mesma forma que a declaração de improcedência de uma qualquer acção ou o não provimento de um qualquer recurso não constituem denegação de justiça, mas do reconhecimento dos direitos reclamados.

Usando termo convocado pela Recorrente, não há, *in casu*, juízo «apodítico» da superveniência, por ser óbvio que o vício é originário se avaliado à data da interposição do recurso, mas há noção apodítica da inutilidade vista na perspectiva intercalar da verificação da validade da decisão de 17.11.2020 e da potencial extracção da utilidade que poderia resultar de uma avaliação não final e interlocutória: a de obviar à divulgação do segredo e manutenção do mesmo «*qua tale*».

Segundo a Recorrente, no redesenho dos interesses agora lançado na dita resposta, o recurso teria a utilidade de «evitar que a MCH se encontre inelutavelmente sujeita aos efeitos nefastos da consumação (absoluta e irreversível) de uma restrição desproporcionada e irrazoável dos seus direitos fundamentais (e, bem assim, dos direitos fundamentais dos seus colaboradores)». Quanto a esta referência, não se entende nem foi explicado por que razão não teria emergido já a irreversibilidade notada na obra doutrinal invocada, atenta a revelação. Face ao que foi afirmado supra e, particularmente, ao carácter inaceitável da constituição da nota de ilicitude como objecto mediato do recurso, temos que a descrita finalidade não teria condições de concretização mediante a evocação de segredo inexistente e ataque a uma decisão já executada e esgotada nos seus efeitos de destruição do segredo.

Se não há, manifestamente, necessidade, menos há, face ao dito, premência – particularmente em virtude do desaparecimento da denegação de informação alegadamente vedada aos intervenientes que já a receberam. Tudo está revelado.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

A acusação não pode ser objecto desta impugnação judicial interlocutória, face a tudo o que se deixou dito. Só na ponderação da validade dos elementos instrutórios enquanto fontes de sustentação da decisão final a proferir voltará a surgir a questão, não já da tutela do segredo, mas da aceitabilidade de elementos por ele protegidos no cotejo com o interesse público de punir actos violadores das regras da concorrência. Aí se ponderará a razoabilidade e a proporcionalidade da restrição. Nada deste conhecimento fica prejudicado pela revelação da inadequação do recurso intercalar que se aprecia.

Flui do exposto dever ser negado provimento ao recurso com fundamento nas considerações vertidas.

3. A Decisão Final do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 17 de Novembro, notificada através do Ofício S-AdC/2020/1284, de 17 de novembro de 2020 e a nota de ilicitude notificada nos autos a todos os «Co-Visados» violaram as normas e princípios invocados neste recurso e justificam os juízos de inconstitucionalidade nele propostos?

Face ao respondido no quadro das perguntas anteriores, ficou prejudicado o conhecimento da presente questão.

III. DECISÃO

Pelo exposto, negamos provimento ao recurso.

Custas pela Recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 5 UCS.

*

Lisboa, 07.10.2021



Processo: 292/20.9YUSTR-A.L1
Referência: 17490832

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Carlos M. G. de Melo Marinho (Relator)

Ana Isabel de Matos Mascarenhas Pessoa (1.^a Adjunta)