



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

**Recurso Penal**

Processo nº 243/18.OYUSTR-G.L1- Recurso Penal

Tribunal recorrido: Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recorrente: Modelo Continente Hipermercados, SA

Recorrido: Autoridade da Concorrência

\*

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

**I. Relatório**

A **Modelo Continente Hipermercados, SA** recorreu da Deliberação Final, de 23 de Junho de 2020, do **Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência (AdC)**, proferida no âmbito do processo de contra-ordenação com a referência PRC 2017/4, pela qual o Conselho de Administração da AdC deliberou, invocando para o efeito o artigo 31.º, n.º 3, da Lei da Concorrência (LdC), transcrever na Nota de Ilícitude (NI) informações classificadas como confidenciais pela Recorrente, constantes de documentos do processo identificados no anexo à deliberação.

Alegou que a informação que a AdC verteu na NI, entretanto notificada a todas as demais Co-Visadas, configura uma informação confidencial desnecessária para efeitos de prova da infração e irrelevante para efeitos de imputação da mesma às Visadas. Tendo a AdC procedido a uma interpretação e aplicação *contra legem* do artigo 31.º, n.º 3, da LdC, e legitimado uma violação do direito ao segredo de negócio da Visada, bem como do direito à autodeterminação informativa dos seus colaboradores, não-Visados no processo.



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

**Recurso Penal**

Requeru a revogação da Deliberação Recorrida e a sua substituição por outra que não inclua referência a dados numéricos constantes das respostas a pedidos de elementos, bem como a revogação da NI, entretanto já notificada a todos os Co-Visados, e a sua substituição por outra, na qual se ocultem os segmentos de natureza confidencial em causa no recurso, contidos em meios de prova de acesso restrito, substituindo-se a referida transcrição por remissões para os documentos em causa.

Foi proferida sentença que, julgando o recurso parcialmente procedente, revogou a Deliberação Final do Conselho da AdC, de 23 de Junho, notificada através do Ofício S-AdC/2020/2092, de 26 de junho de 2020, no que respeita ao documento MCH901, indeferindo tudo o mais requerido.

**Inconformada, a Modelo Continente Hipermercados, SA interpôs o presente recurso da sentença, formulando as seguintes conclusões:**

**I. Do objeto do recurso**

A. Na sua Deliberação Final, de 23 de junho de 2020, o Conselho de Administração da AdC, determinou a utilização, na Nota de Ilicitude ('NI') adotada no processo de contra-ordenação n.º PRC/2017/4, de informações classificadas como confidenciais pela Recorrente, a Modelo Continente Hipermercados, S.A. ('MCH' ou 'Visada').

B. Por considerar que essa deliberação assentava (i) numa interpretação e aplicação contra legem do artigo 31.º, n.º 3, da Lei da Concorrência ('LdC'), e que vinha legitimar (ii) violações do direito ao segredo de negócio da Visada e, ainda, (iii) violações do direito à autodeterminação informativa dos seus colaboradores, não Visados no processo, a MCH recorreu dessa deliberação.



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

**Recurso Penal**

C. Foi sobre este recurso que se debruçou a sentença recorrida, tendo o Tribunal a quo declarado parcialmente procedente o recurso, rejeitando porém a pretensão da Recorrente na parte relativa à divulgação na NI dos **dados numéricos relativos a quotas de mercado, representatividade do fornecedor na faturação da empresa visada e números absolutos relativos ao volume de negócios da Visada** por entender que os mesmos seriam relevantes para a perceção da gravidade da conduta imputada à MCH, de relevo na escolha e determinação da medida das coimas.

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

**II. Dos erros de Direito**

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

E. Ao contrário do sustentado pelo Tribunal a quo, o regime de proteção dos segredos de negócio previsto na LdC é, sim, inteiramente extensível à NI, assentando, neste ponto, a sentença recorrida em três equívocos interpretativos.

F. Em primeiro lugar e ao contrário do avançado na sentença recorrida, não é possível extrair qualquer indício sistemático da circunstância de não constar dos artigos 24.º, n.º 3, alínea a) e 25.º, n.º 1, da LdC, «qualquer referência ao artigo 33.º, n.º 4, da LdC».

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

H. 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.



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

**Recurso Penal**

I. 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.

J. 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.

K. Em segundo lugar, ainda que se concordasse com o argumento avançado na sentença recorrida segundo o qual a NI não se encontra expressamente abrangida pelo disposto no artigo 30.º, n.ºs 2 e 3, da LdC, tal nunca poderia significar, por si só, que a NI pudesse ser emitida de uma maneira que efetivamente implicasse a divulgação de informação previamente classificada como confidencial ao abrigo de esses e outros procedimentos legalmente previstos.

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

M. Nesses casos, deve a AdC, 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.

N. Em terceiro lugar, não se colocando em causa que a NI configure uma «concretização na lei ordinária dos direitos de audiência e defesa consagrados no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição», esses direitos não são as únicas posições jurídicas jusfundamentais em jogo.

O. Como fixado pelo Tribunal Constitucional, o direito ao segredo de negócio é um direito constitucionalmente protegido, decorrente das normas previstas nos artigos 61.º e



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

**Recurso Penal**

62.º da CRP, que garantem, respetivamente, o direito à iniciativa económica privada e o direito à propriedade privada.

P. 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.

Q. Sendo igualmente tutelado pelo Direito Primário da União Europeia, tanto pelas normas previstas nos artigos 16.º e 17.º da CDFUE, que garantem, respetivamente a liberdade de empresa e o direito de propriedade, mas também enquanto princípio geral de Direito da União Europeia.

R. 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 sacrificio quase absoluto do direito constitucional ao segredo de negócio, excluindo a NI do regime de proteção dos segredos de negócio previsto na LdC.

S. 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.

T. 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.

U. Concluindo-se, assim, que o Tribunal a quo errou, pois, ainda que a NI não estivesse sujeita ao procedimento prévio de classificação de informação confidencial previsto no artigo 30.º da LdC, a informação classificada como confidencial, em procedimentos prévios à sua adoção, estaria sempre e na sua totalidade abrangida pelo regime de acesso ao processo previsto no artigo 33.º, n.º 4 desse diploma,



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

**Recurso Penal**

V. E não apenas, como avançado na sentença recorrida, nos casos em que o conteúdo NI não se reporte à narrativa dos factos imputados e suscetíveis de consubstanciar a infração imputada ou com relevo para a escolha e determinação das sanções.

**d) Da proibição de emissão da NI em crise**

W. 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, na secção anterior explicitado, deveriam ter sido, ambos, liminarmente sancionados pelo Tribunal a quo,

X. O Tribunal a quo apenas censurou, parcialmente, um deles, relativo à possibilidade de divulgação do nome completo de colaboradores da MCH, constante de documento não vertido na NI.

Y. Sendo que, em qualquer caso, ainda que, por cautela de patrocínio, se seguisse o critério material erradamente avançado na sentença recorrida, segundo o qual 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», nunca a informação classificada como confidencial pela Visada poderia ter sido vertida na NI nos termos em que o foi.

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

Z. 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).



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

**Recurso Penal**

AA. 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.

BB. 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.

CC. 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.

DD. 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.

EE. 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.

FF. 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.

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



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

**Recurso Penal**

HH. 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.

II. 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**

JJ. 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.

KK. 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.

LL. 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.





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

**Recurso Penal**

MM. 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, divulgando, no mais, o teor das mensagens de correio eletrónico trocadas.

NN. 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.

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

PP. Acresce que o acesso à versão integral dos referidos documentos é, em todo o caso, possível, nos termos do artigo 33.º, n.º 4 da LdC.

QQ. Tendo 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.

RR. Com efeito, 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.

SS. 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.

TT. Não se compreende a leitura do Tribunal a quo segundo a qual as quotas de mercado, a representatividade do fornecedor na faturação da empresa Visada (§ 161 da NI) ou números absolutos relativos ao volume de negócios da Visada (§165 e §884 da NI) possam servir para algo mais do que para a mera completude da NI.

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



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

**Recurso Penal**

VV. Está em causa informação que ninguém, nem mesmo a AdC, nega dever ser abrangida pelo regime da tutela dos segredos de negócio ou outra informação confidencial.

WW. Pelo que aceitar, como o faz a sentença recorrida, 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.

XX. 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.

YY. Sendo que, ao contrário do concluído pelo Tribunal a quo, em nenhum caso 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 mesmo relevarem para a escolha e determinação das sanções.

ZZ. Com efeito, como a sentença recorrida deveria ter considerado, 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.

AAA. 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 NIOs números absolutos.

BBB. E, em qualquer caso, o conhecimento dos valores exatos em causa é sempre assegurado, mediante a consulta da versão confidencial do processo nos termos do art. 33.º,



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

**Recurso Penal**

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

Termina pedindo que a sentença seja revogada substituindo-a por outra que julgue o recurso da MCH totalmente procedente, e, em consequência:

*i. revogue a Deliberação Final do Conselho da AdC, de 23 de junho, notificada através do Ofício S-AdC/2020/2092, de 26 de junho de 2020, e ordene a sua substituição por outra que não inclua a referência 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.*

**A Autoridade da Concorrência (AdC) respondeu, concluindo o seguinte:**

A. O recurso a que se responde vem interposto da Sentença do TCRS, de 12.02.2021, 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. Dir-se-ia, numa primeira análise, que a AdC teria visto, todavia, a sua posição decaída relativamente à divulgação, na NI, do nome dos colaboradores constantes no Documento MCH901, cujo teor acabou por não ser vertido na NI. Não é, contudo, o que sucede, uma vez que a solução do Tribunal a quo é convergente in totum com a posição da AdC na sua deliberação de levantamento de confidencialidades: não obstante haver um conjunto de documentos identificados em anexo à deliberação de levantamento de



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

**Recurso Penal**

confidencialidades, estas apenas foram levantadas especificamente e tão só na medida em que a respetiva informação veio a ser integrada na NI.

C. Quer se entenda que o levantamento de confidencialidades é suportado diretamente pelo n.º 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, quer se entenda, como entendeu o Tribunal a quo na Sentença recorrida, que a NI não está sequer limitada pelos condicionalismos decorrentes do regime de proteção de confidencialidades, a única conclusão que se impõe é a da legalidade (e proporcionalidade) da deliberação da AdC de levantamento de confidencialidades, não lhe podendo ser assacada, com fundamento, qualquer inconstitucionalidade.

D. 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, reiterar-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.

E. Diversamente ao que afirma a Recorrente, a solução preconizada pela AdC e confirmada pelo TCRS 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.

F. Reparo algum merece a igualmente a Sentença do Tribunal a quo na parte em que confirmou a relevância da divulgação dos dados numéricos vertidos na NI.



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

**Recurso Penal**

G. 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).

H. 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.

I. Relativamente aos dados pessoais, pelos motivos detalhados na Sentença sub judice e que integralmente se secundam, nenhum reparo igualmente merecerá aquela decisão: 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.

J. 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.

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.



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

**Recurso Penal**

**O Ministério Público respondeu sustentando a improcedência do recurso, alegando o seguinte:**

Na origem do recurso ora subscrito pela recorrente está a divergência desta com a douta sentença de 12.01.2021 (ref\* 28^07), na parte em que, apreciando o recurso de impugnação judicial interposto da decisão interlocutória proferida pela Autoridade da Concorrência, no processo de contra-ordenação n.º PRC/2017/4, com a referência S-AdC 2020/2092, de 26 de Junho de 2020, manteve esta, indeferindo a pretensão da recorrente de não utilização na Nota de Ilicitude de informação confidencial (dados numéricos relativos a quotas de mercado, representatividade do fornecedor na facturação e números absolutos relativos ao volume de negócios), ao abrigo do disposto no artigo 31.º, n.º 3, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012. de 8 de Maio).

Pretende a recorrente que seja revogada a deliberação final do Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência, através do ofício com a referencia S-AdC 2020/2092, de 26 de Junho de 2020. e substituída por outra que não inclua a referência aos dados numéricos referidos, bem como seja revogada a Nota de Ilicitude notificada a todos os co-visados, substituindo-se por outra que oculte os segmentos de natureza confidencial que identifica c substituindo-se igualmente a transcrição por remissões para os documentos cm causa.

Porém, e com o devido respeito por opinião diversa, somos de parecer que tais pretensões não merecerem acolhimento, porquanto, ao invés do que se sustenta nas conclusões do recurso, a douta sentença recorrida não enferma de qualquer vício de inconstitucionalidade ou outro, ou de nulidade, ou ainda de erro de direito na interpretação das normas citadas, tendo levado a cabo uma análise clarividente dos factos em causa, havendo, pois, e a nosso ver, de improceder as pretensões da recorrente.

Tendo a fase de inquérito no processo contra-ordenacional por escopo a realização, pela Autoridade da Concorrência, das diligências necessárias à investigação da existência de práticas restritivas da concorrência e proibidas, previstas nos artigos 9.º. 11.º e



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

**Recurso Penal**

12.º. todos da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e nos artigos 101º e 102.º. ambos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a determinação dos respectivos agentes e da responsabilidade destes, bem como a descoberta e recolha de prova, em ordem á decisão final, dispõe tal Autoridade dos poderes de investigação referidos nos artigos 18.º a 20.º e da possibilidade de obtenção de documentos e informações, nos lermos previstos no artigo 15.º.

Findo o inquérito, a Autoridade da Concorrência, considerando que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, dá início à fase da instrução, através da notificação da nota de ilicitude aos visados no processo (artigo 24.º. n.º 3, alínea a), da Lei n.º 19/2012. de 8 de Maio).

O visado dispõe então de um prazo, não inferior a 20 dias úteis, para se pronunciar sobre as imputações feitas pela Autoridade da Concorrência e sobre as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas e requerer as diligências complementares de prova que considere convenientes (artigo 25.º. n.º 1, da Lei n.º 19/2012. de 8 de Maio).

A Nota de Ilicitude apresenta-se assim como uma peça processual central, quer para a expressão da convicção da Autoridade da Concorrência sobre o preenchimento do tipo contra-ordenacional, quer para permitir o direito de defesa do visado (vide "Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense". Almedina. Maio de 2013. pp. 287-28S).

Como salienta o douto Tribunal recorrido, fazendo apelo, entre outros, aos acórdãos n.º 659/2016, n.º 461/2011 e n.º 73/2012. todos do Tribunal Constitucional, a fase de instrução no processo contraordenacional por infrações à Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, traduz o cumprimento do disposto no artigo 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações e constitui a concretização na lei ordinária dos direitos de audiência e de defesa dos visados consagrados no artigo 32.º n.º10 da Constituição da República Portuguesa.

Tal equivale a afirmar que a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, não confere ao visado no processo contra-ordenacional o direito ao recurso da Nota de Ilicitude.



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

**Recurso Penal**

Também se dirá que, tal com decorre de forma clara da redacção dos artigos 30.º, 31.º, n.º 3 e 33.º, n.º 4 (este na redacção dada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho), todos da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e se enfatiza na dita decisão recorrida, os procedimentos previstos em tais normas para a classificação de determinada informação como confidencial por motivo de segredos de negócio, e especificamente as informações recolhidas no âmbito das diligências previstas nas alíneas c) e d), do n.º I, do artigo 1S.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, situam-se na fase de inquérito.

E que a Nota de Ilicitude não tem a natureza de informação recolhida no âmbito de tais diligências de inquérito, nem constitui um documento que a Autoridade da Concorrência junta ao processo, mas antes, conforme se referiu, um acto processual equivalente ao artigo 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações.

Nessa sequência, dir-se-á que, findo o inquérito e iniciada a fase da instrução, através da notificação da Nota de Ilicitude aos visados no processo contra-ordenacional, é pressuposto desta que a matéria das confidencialidades esteja estabilizada e encerrada (salvaguardando-se o disposto no artigo 25.º, n.º 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio).

Com a notificação da Nota de Ilicitude, os visados passam a ter direito de acesso pleno ao processo, atento o disposto no artigo 33.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

E embora constitua obrigação da Autoridade da Concorrência assegurar a protecção dos segredos de negócios da visada e ora recorrente “Modelo Continente Hipermercados, S.A.” considerando, no entanto, que a Autoridade da Concorrência, em 26 de Junho de 2020, notificou da Nota de Ilicitude todas as co-visadas no processo contra-ordenacional em questão, somos de parecer que tais segredos de negócio deverão ceder de forma a possibilitar o exercício efectivo pelas demais co-visadas do direito de defesa, igualmente merecedor de tutela, o que só poderá ser alcançado através da possibilidade de acesso por estas a toda a informação constante dos autos e utilizada pela Autoridade da Concorrência para imputar a infracção contra-ordenacional.





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

**Recurso Penal**

Razão pela qual se adere genericamente ao entendimento vertido na douta sentença recorrida de que o regime de protecção de segredos de negócio consagrado na Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, não é aplicável à Nota de Ilicitude, assim se entendendo que não se verificam as apontadas violações das normas deste diploma e bem assim da Constituição da República Portuguesa, tal como refere a recorrente.

Refira-se, aliás, que, e com o devido respeito por entendimento diverso, a interpretação pugnada pela recorrente de existência de uma Nota de Ilicitude confidencial para as co-visadas é que, a nosso ver, seria susceptível de ofender o princípio do Estado de Direito democrático, tanto mais que a lei ordinária salvaguarda os segredos de negócio através do artigo 33.º, n.º 4, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, na redação dada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, norma em que o legislador conciliou os interesses da defesa com os interesses associados aos segredos de negócio.

Colhidos os vistos e realizada a conferência, cumpre apreciar e decidir.

\*

**II. Questões a decidir**

Atentas as conclusões formuladas pela Recorrente que, condensando as razões da sua divergência com a decisão recorrida, delimitam o objecto do recurso e definem as questões a decidir (cf. artigos 402º, 403º e 412º, n.º 1 do Código de Processo Penal), exceptuando as que sejam de conhecimento oficioso, importa apreciar e decidir neste caso, se a sentença recorrida padece de erro de Direito no que respeita ao regime de protecção dos segredos de negócio previsto na LdC e de erros de julgamento no que respeita à relevância, no caso, da divulgação dos dados concretamente vertidos na Nota de Ilicitude para a descrição e imputação da infracção.

\*



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

**Recurso Penal**

**III. Fundamentação**

**III.1. Matéria de facto**

A sentença considerou provados os seguintes factos:

**Respostas da MCH a pedidos de elementos da AdC ('respostas a pedidos de elementos') - valores numéricos:**

a. A 3 de julho de 2018, a AdC solicitou à MCH, através do Ofício Ref.<sup>a</sup> SAdC/2018/1555, a prestação de um conjunto de informações, documentos e elementos, listados em anexo aos mesmos Ofícios, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 15.º; n.º 2, do artigo 17.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC (cf. suporte de gravação de fls. 355, documentos n.º 13).

b. A MCH respondeu aos referidos pedidos de elementos nos dias 17, 18 e 27 de julho, 16 de agosto, 18 de setembro e 1 de outubro de 2018, submetendo, de igual modo Versões Não Confidenciais dos documentos em questão (cf. suporte de gravação de fls. 355, documentos n.ºs 14 a 19).

c. Depois da prolação, pela AdC, do seu Sentido Provisório de Decisão quanto ao deferimento ou indeferimento das confidencialidades requeridas, e uma vez concluídas as demais interações processuais entre aquela e a MCH, a Recorrente veio a ser notificada, no passado dia 10 de janeiro de 2020, da Decisão Final da AdC relativamente às classificações de confidencialidades da Visada, quanto a respostas a pedidos de elementos - cf. Ofício S-AdC/2020/132, de 10 de janeiro de 2020 (Decisão final: tratamento de informação classificada como confidencial – pedidos de elementos), que consta no suporte de gravação de fls. 355, documento n.º 22, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

d. Essa decisão não foi objeto de impugnação judicial pela MCH, tendo a Recorrente remetido à AdC, a 24 de janeiro de 2020, Versões Não Confidenciais das respostas aos pedidos de elementos, em conformidade com o determinado pela AdC na sua



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

**Recurso Penal**

Decisão Final, de 10 de janeiro de 2020, que consta no suporte de gravação de fls. 355, documento n.º 23, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

e. Em concreto, a MCH procedeu à substituição dos valores numéricos absolutos ou relativos, constantes das respostas a pedidos de elementos, pelos intervalos de valor, que a AdC entendeu adequados (cf. Ofício S-AdC/2020/132, de 10 de janeiro de 2020) – cf. suporte de gravação de fls. 355, documento n.º 23.

**Mensagens de correio eletrónico (‘prova apreendida’):**

f. A Recorrente foi notificada, a 16 de maio de 2018, pela AdC para, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da LdC, identificar as informações que considerasse confidenciais por motivo de segredo de negócio – cf. Ofício Ref.ª S-AdC/2018/1031, que consta no suporte de gravação de fls. 355, documento n.º 6 – Pedido de identificação de informação confidencial, incluindo respetivos anexos em suporte informático, de mensagens de correio eletrónico apreendidas em instalações da MCH, entre as quais o documento MCH901, que consta no suporte de gravação de fls. 355, pasta “6. Anexo S\_AdC\_2018\_1031” – Ficheiros eletrónicos, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

g. Em 20 de junho de 2018, a Recorrente procedeu à identificação da informação de natureza confidencial, submetendo, simultaneamente, Versões Não Confidenciais e descrições sumárias dos documentos expurgados dos elementos confidenciais – cf. Resposta da MCH, de 20 de junho de 2018, incluindo respetivos anexos em suporte informático, que consta no suporte de gravação de fls. 355, documento n.º 7.

h. Depois da prolação, pela AdC, do seu Sentido Provisório de Decisão, e após várias interações processuais entre aquela e a MCH, no âmbito e no decurso do processo de classificação de confidencialidades, a Recorrente veio a ser notificada, no passado dia 10 de janeiro de 2020, da Decisão Final da AdC relativamente às classificações de confidencialidades da MCH quanto à prova apreendida – cf. Ofício SAdC/2020/129, de 10 de janeiro de 2020 (Decisão final: tratamento de informação classificada como confidencial,



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

**Recurso Penal**

incluindo respetivos anexos em suporte informático), que consta no suporte de gravação de fls. 355, documento n.º 10, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

i. Na sequência de tal decisão, a MCH apresentou à AdC, a 24 de janeiro de 2020, Versões Não Confidenciais dos aludidos emails em conformidade com o teor da Decisão Final da AdC em matéria de confidencialidade da prova apreendida, versões corrigidas posteriormente, a 6 de fevereiro de 2020, pelo facto de a MCH se ter apercebido de que algumas delas não se encontravam integralmente de acordo, como pretendido, com a referida Decisão Final, que constam no suporte de gravação de fls. 355, documentos n.ºs 11 e 12, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

**Nota de ilicitude:**

j. Em momento prévio ao da adoção da Deliberação Recorrida, a MCH foi notificada através do Ofício Ref.<sup>a</sup> S-AdC/2020/1568, de 5 de maio de 2020, de uma deliberação provisória do Conselho de Administração da AdC, também de 5 de maio de 2020, ('Deliberação Provisória'), no mesmo sentido daquele que veio a constar da Deliberação Recorrida, visando a divulgação, na NI, de informação apesar da respetiva confidencialidade ter sido aceite pela AdC cuja cópia consta a fls. 133 a 135 (documento n.º 1 junto pela AdC), dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor.

k. Por via desse Ofício e da Deliberação Provisória a ele anexa, foi concedido à MCH o prazo para, querendo, se pronunciar nos termos nele previstos.

l. A MCH apresentou tal pronúncia (cf. fls. 147 a 151, documento n.º 4 junto pela AdC).

m. Em 26.06.2020, a AdC notificou a MCH da deliberação final adotada pelo Conselho de administração em 26.06.2020, cuja cópia consta a fls. 153 a 157, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor (documento n.º 5 junto pela AdC), que decidiu "1. Determinar a utilização, para efeitos de demonstração e imputação às Visadas, dos factos que constituem a infração, e conseqüente punibilidade, das informações classificadas como



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

**Recurso Penal**

confidenciais pelas Visadas, ou seja, na medida em que as referidas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Nota de ilicitude, e nos demais termos referidos na Deliberação de 28 de abril de 2020, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012.

2. O conjunto de informações classificadas como confidenciais pelas Visadas a utilizar pela Autoridade encontra-se identificado nos anexos à presente Deliberação, fazendo parte integrante da mesma.”, sendo esta a decisão impugnada.

n. O anexo à decisão fazia referência, entre o mais, ao documento NCH901 (cf. fls. 157).

o. Em 26.06.2020, a AdC notificou a MCH da NI, cuja cópia consta a fls. 161 a 354, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor (documento n.º 6 junto pela AdC).

p. Na nota de ilicitude, a AdC utilizou os dados e os elementos prestados pela MCH, em sede de respostas a pedidos de elementos supra referidos nas alíneas a) a e), para a construção de gráficos de representatividade do fornecedor, Co-Visado, na faturação da empresa MCH, nos mercados identificados, tendo ainda vertido na NI, os dados relativos ao volume de negócios da MCH, no mercado retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pelo Fornecedor, Co-Visado, através de valores numéricos absolutos, nos termos que constam nos pontos 161, 165 e 884.

q. Na NI, a AdC não verteu o teor do documento MCH901.

r. A 25 de junho, a AdC promoveu igualmente a notificação da NI aos representantes legais de todas as Visadas – cf. email de fls. 164 (documento n.º 6 junto pela AdC).

s. Consta na notificação da NI o seguinte: «(...) nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 33.º da Lei da Concorrência, o processo está disponível para acesso em data



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

**Recurso Penal**

room, nas instalações da AdC, mediante agendamento prévio (versão confidencial) [cf. n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência], e mediante cópia, a pedido (versão não confidencial) [cf. n.º 1 do artigo 33.º da Lei da Concorrência], salientando - se que a referida cópia se destina (exclusivamente) a assegurar os direitos de audição e defesa » - cf. fls. 160 (documento n.º 6 junto pela AdC).

\*

**III.2. Do mérito do recurso**

Dispõe o art. 31.º, n.º3 da Lei da Concorrência (LdC) que, *“sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo, a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredo de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º1 e do n.º3 do artigo 15.º e dos n.ºs 2 e 3 do artigo anterior.”*

No caso, o Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência deliberou determinar a utilização na Nota de Ilícitude – depois de, previamente, notificar a Recorrente de uma deliberação provisória no mesmo sentido que veio a constar da deliberação final e de esta se ter pronunciado (cfr. pontos k) a m) dos factos provados) – para efeitos de demonstração e imputação às Visadas dos factos que constituem a infracção e conseqüente punibilidade, das informações classificadas como confidenciais pelas Visadas que se mostram necessárias à correcta e completa fundamentação da NI, nos termos do art. 31.º da LdC.

O que veio a ser efectivamente utilizado na NI e que foram os seguintes:

- dados e elementos prestados pela Recorrente em resposta a pedidos de elementos pela AdC (cfr. pontos a) a e) da matéria de facto), para a construção de **gráficos de representatividade do fornecedor**, também ele co-Visado, na facturação da empresa nos mercados identificados,



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

**Recurso Penal**

e

- dados relativos ao **volume de negócios da Recorrente** no mercado retalhista alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pelo fornecedor, co-Visado, através de valores numéricos absolutos (que não, portanto, os intervalos de valores referidos no ponto e) da matéria de facto) – pontos 161, 165 e 884 da NI;

No que respeita à identificação dos colaboradores da Recorrente, não visados no processo, que apesar de abrangidos pela deliberação da AdC não foram vertidos na NI, a sentença julgou procedente o recurso revogando a deliberação recorrida nessa parte.

A NI foi notificada à Recorrente e aos representantes legais de todas as Visadas, passando o processo a estar disponível para consulta pelos demais co-Visados, nos termos do art. 33.º da Lei da Concorrência, nos seguintes termos (cfr. ponto r) da matéria de facto):

- a versão confidencial, mediante acesso em *dataroom* nas instalações da AdC, previamente agendado, nos termos do n.º4 do art. 33.º;

- a versão não confidencial, mediante pedido de cópia, exclusivamente destinada a assegurar os direitos de audição e defesa.

A Recorrente entende que a sentença recorrida incorreu, em suma, nos dois erros que já imputava à deliberação da AdC impugnada, relativos à:

- possibilidade de, ao abrigo do art. 31.º, n.º3 da LdC, transcrever na NI informação confidencial, alegando que a sentença incorreu em erro ao considerar que o regime de protecção dos segredos de negócio previsto na LdC não é aplicável à NI;

- desnecessidade de usar as informações objecto de divulgação, porque irrelevantes para efeitos de prova da infracção ou da sua imputação às Visadas.



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

**Recurso Penal**

Quanto à invocada desnecessidade de usar as informações classificadas como confidenciais e sua irrelevância para efeitos da prova da infracção ou da sua imputação às Visadas, escreveu-se na sentença recorrida:

*“os valores numéricos relativos a quotas de mercado, representatividade do fornecedor na faturação da empresa visada, vertidos nos pontos 135 e 136 da NI, e os números absolutos relativos ao volume de negócios da Visada e os números absolutos relativos ao volume de negócios da Visada (pontos 161, 165 e 884 da NI) são claramente relevantes para a percepção, com a maior acuidade possível, da gravidade da conduta imputada à MCH. O que é um fator muito importante para a escolha e determinação da medida das coimas. Quanto maior precisão houver nestes elementos mais ajustada poderá ser a sanção. Razão pela qual se justifica a indicação dos montantes respetivos, sem intervalos, mesmo que a amplitude destes seja reduzida. Tratando-se de factos com relevo para a escolha e determinação das sanções, é essencial que sejam comunicados a todos os Visados, para o exercício do seu direito de defesa, pois permite-lhes, num juízo de ponderação relativa, controlar a escolha e medida das sanções aplicáveis.”*

Alega a Recorrente que o que as versões originais dos documentos vertidas na NI acrescentam às versões não confidenciais enviadas à AdC, não é nada que se possa reputar de relevante para efeitos de imputação da infracção às Visadas e, por conseguinte, para efeitos de exercício dos direitos de audiência e defesa. Trata-se, alega de uma opção discricionária, injustificada, sem fundamento, que serve apenas para completude da NI finalidade acessória e lateral que não está legitimada pelo disposto no art. 31.º, n.º3 da LdC. E que a defesa em relação à NI não é o momento procedimental para contraditar a ponderação da AdC em relação à determinação da sanção eventualmente aplicável, alega ainda.

Vejamos.

Terminado o inquérito - no âmbito do qual, e sem prejuízo do disposto no art. 25.º, n.º5 da LdC, hão-de ter ficado decididas e estabilizadas as questões de confidencialidade dos documentos apreendidos - a AdC decide dar início à instrução através de notificação da





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

**Recurso Penal**

nota de ilicitude ao visado, sempre que conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória – cfr. art. 24.º, n.º3 al. a) da LdC.

A Nota de Ilicitude (NI) é uma peça processual central, quer para a expressão da convicção da AdC sobre o preenchimento do tipo contra-ordenacional, quer para permitir o exercício do direito de defesa do visado.<sup>1</sup> Como sublinhado na sentença recorrida, fazendo apelo, entre outros, aos acórdãos n.º 659/2016, n.º 461/2011 e n.º73/2012 do Tribunal Constitucional, a fase de instrução no processo contraordenacional por infracções à LdC, traduz o cumprimento do disposto no artigo 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (“*direito de audição e defesa do arguido*”) e constitui a concretização na lei ordinária dos direitos de audiência e de defesa dos visados consagrados no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa.

É através da NI que os visados de um processo de contra-ordenação por práticas restritivas da concorrência tem conhecimento dos factos que consubstanciam a infracção que lhes é imputada. Esta “peça processual” tem por finalidade permitir aos visados uma cabal oportunidade de defesa antes de ser proferida a decisão final. Fixando o objecto do processo na fase administrativa, a mesma deve conter uma precisa narração dos factos. Nos termos do Ac. STJ de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2003 de 16.10.2002, publicado no DR I Série A de 27.02.2003, a nota de ilicitude deve fornecer os elementos necessários para que o visado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão nas matérias de facto e de direito (“*Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da*

---

<sup>1</sup> Cfr. “Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense”, Almedina, 2013, p. 287-288



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

**Recurso Penal**

*subsequente decisão/acusação administrativa.*”). E a um exercício cabal do seu direito de defesa, pelo que deve conter todos os elementos que viabilizem e tornem efectiva essa possibilidade, como a descrição dos factos, a sua qualificação jurídica, as sanções aplicáveis e o prazo para apresentar a defesa<sup>2</sup>, devendo ainda indicar os meios de prova em que fundamenta os factos imputados ao visado<sup>3</sup>.

É também nesta fase que os visados têm a oportunidade de requerer a realização de diligências complementares de prova e/ou audições orais (cfr. art. 25º, nºs. 1 e 2 da LdC).

A prática investigada nos autos é a da comumente designada de “*hub and spoke*”, sendo o fornecedor o *hub* e as empresas de distribuição Visadas as *spokes*. No entendimento da AdC, os dados de mercado são particularmente relevantes porque permitem perceber o peso de cada insígnia junto do fornecedor e a sua representatividade na facturação deste, o que é relevante para a especificidade da infracção em causa e para a sua distinção de outras práticas, como por ex. a fixação vertical de preços.

Os pontos 161 e 165 da Nota de Ilicitude inserem-se no capítulo II.2.4 “*Posição das empresas visadas nos mercados identificados*”, que se divide-se nos sub-capítulos II.2.4.1, II.2.4.1.1 e II.2.4.2 “*Empresas de distribuição visadas*”, constando aqueles pontos deste último sub-capítulo e que consistem em dois gráficos com as legendas “*Representatividade da (...) na facturação da MCH nos mercados identificados para revenda MDD (em %) – 2011 a 2017*” e “*Volume de negócios da MCH no mercado retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializados pela (...) (em euros) – 2010 a 2017*”.

Quanto ao ponto 884 da Nota de Ilicitude, insere-se no capítulo III.2.2 “*Determinação das sanções*”, sub-capítulo III.2.2.1 “*Medida legal das coimas aplicáveis*” e consiste numa tabela com os volumes de negócio realizados pelas visadas nos mercados afectados, entre 2001 e 2017.

---

<sup>2</sup> Frederico Costa Pinto, in “Direito de audição e direito de defesa”, p. 103, 105.

<sup>3</sup> Neste sentido, Augusto Silva Dias, in “Direito das Contra-Ordenações”, Almedina, Reimp. 2020, p. 226-2008.



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

**Recurso Penal**

Tendo em conta a infracção imputada na NI às Visadas (de prática concertada de *hub and spoke* tendente, de acordo com a NI, a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos preços no mercado de distribuição retalhista de base alimentar implementada pela (...) e pelas empresas de distribuição visadas desde, pelo menos, o ano de 2002 e até, pelo menos Março de 2017 (...) consubstanciando uma restrição da concorrência por objecto), e que o volume de negócios é um dos elementos a considerar na determinação da medida da coima, afigura-se relevante uma *descrição dos factos* que inclua o tipo de gráficos e tabela incluídos na NI, com exposição de valores, quer percentuais quer absolutos, relativos ao volume de negócios da Visada.

A circunstancia de a AdC ter, noutros processos, procedido de outra forma, substituindo a informação em causa por intervalos de valor, não consubstancia qualquer “precedente administrativo” que vincule nem a própria AdC no caso concreto nem, naturalmente, o Tribunal.

Não se trata de qualquer arbitrariedade sem fundamento. A autoridade administrativa não inventa factos, recolhe-os na fase de inquérito através v.g. dos documentos que apreende. E pode ser imprescindível reproduzi-los na NI para descrever o ilícito e a gravidade da conduta, sem rasuras, ocultação ou truncagens de palavras, para todos saberem e se poderem defender. Na estrita medida em que tal seja necessário, a AdC pode usar informações classificadas como confidenciais e com isso cumprir a função que lhe compete. Perante isso, o segredo de negócio pode ser exposto. No mais só pode ser usado como meio de prova dos factos que constituem a infracção, como resulta do art. 31.º, n.º3, ficando, neste caso, abrangida pelo art. 33.º, n.º4 da LdC.

É com base neste pressuposto que a sentença recorrida acaba por concluir que o regime dos segredos de negócio consagrado na LdC não é extensivo à NI, sustentando que tudo o que é vertido na NI deixa de estar abrangido pelo disposto no n.º4 do art. 33.º da LdC quando se reporta à narrativa dos factos imputados e susceptíveis de consubstanciar a infracção imputada bem como dos factos com relevo para a escolha e determinação das sanções.



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

**Recurso Penal**

Improcedendo assim o argumento da Recorrente de que, neste caso, a AdC deve emitir duas versões da NI, uma confidencial e outra não confidencial, ficando a primeira sujeita ao regime de acesso previsto no art. 33.º, n.º4 da LdC. Como refere o Ministério Público na sua resposta ao recurso, a NI não tem a natureza de informação recolhida no âmbito de diligências de inquérito, nem constitui um documento que a AdC junta ao processo, mas antes um acto processual equivalente ao do art. 50.º do RGCO.

O que, ao contrário do sustentado pela Recorrente, não viola qualquer preceito da Constituição da República Portuguesa.

Se por um lado, importa proteger o direito dos visados a não verem divulgados os seus segredos de negócios, direito esse que tem sido considerado análogo aos direitos, liberdades e garantias por se considerar que, em última análise, integram os direitos à iniciativa económica e à propriedade privadas (arts. 61.º e 62.º da CRP), por outro lado e não menos relevante que aquele, importa acautelar o direito de defesa das co-visadas, nos termos do disposto no n.º 10 do artigo 32.º, da CRP, direito esse com estatuto de direito, liberdade e garantia.

A concordância prática destes direitos em causa e a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), permitem na situação concreta que se exija um grau de ponderação casuística e de rigor perante os próprios interessados titulares da informação classificada como confidencial, sem que seja restringido, de forma desproporcional, injustificada e arbitrária o outro valor em jogo.

*Na verdade, "(...) a doutrina é unânime em reconhecer que os direitos fundamentais não têm carácter absoluto nem ilimitado, existindo situações em que a protecção jurídica concedida ao direito fundamental de alguém colide com a necessidade de proteger outros direitos constitucionalmente consagrados. Do reconhecimento da necessidade de proceder a restrições que permitam a compatibilização de direitos fundamentais em conflito surgem os critérios avançados para a poder efectivar,*



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

**Recurso Penal**

*nomeadamente requisitos materiais assentes em critérios de proporcionalidade e salvaguarda do núcleo intangível de cada um dos direitos em apreço.*

*“O princípio da proporcionalidade em sentido amplo assenta em três subprincípios que o caracterizam:*

*“a) o princípio da necessidade, através do qual se exige que a restrição de um direito fundamental seja imprescindível para a salvaguarda de outros direitos em virtude da ausência de qualquer outra possibilidade com o mesmo efeito;*

*b) princípio da adequação, o qual requer que a restrição efectuada seja adequada à realização do fim visado; e*

*c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, determinando que a restrição a operar só o pode fazer na exacta medida da prossecução do fim pretendido, impedindo que a restrição decorra da adopção de medidas excessivas.”<sup>4</sup>*

A protecção constitucional que é dada ao segredo de negócio, decorrente dos arts. 61.º e 62.º da CRP, não é uma protecção absoluta, podendo o direito ser comprimido quando em conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos e que no caso concreto demandem maior protecção.

O que tudo tem de ser aferido de acordo com as circunstâncias que no caso concreto requeiram uma restrição de um direito.

De acordo com o disposto no art. 33.º, n.º4 da LdC, *o acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, não sendo permitida a*

---

<sup>4</sup> Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, Coimbra Ed., p. 340; Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada, I Vol., 4ª ed. Coimbra Ed., p. 392-393.



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

**Recurso Penal**

*sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.*

Ora, as empresas visadas no processo de contra-ordenação não são obrigadas a constituir mandatário (cfr. art. 53.º do RGCO, *à contrario*) ou a ter um assessor económico externo, não podendo elas próprias aceder às informações classificadas como confidenciais. Sendo que, em princípio, são os próprios visados quem tem conhecimento directo dos factos. Por outro lado, ao Advogado ou o assessor económico externo está vedada, nos termos do art. 33.º, n.º4 da LdC a reprodução total ou parcial por qualquer meio dos documentos confidenciais a que podem aceder. O que dificulta em geral, e no caso concreto em particular, o exercício pleno do direito de defesa, quando estão em causa elementos como os que deram origem aos gráficos e tabela elaborados pela AdC na Nota de Ilicitude sobre a representatividade de uma empresa na facturação da MCH nos mercados identificados, e à tabela com o volume de negócios de cada uma das Visadas.

O que está em causa é, de um lado, o exercício pela AdC das suas atribuições legais, para cumprimento da sua missão de *“assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos sectores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores”* (arts. 1.º e 6.º dos respectivos estatutos, aprovados pelo DL n.º 125/2014, de 18 de Agosto) e, de outro, o direito das co-Visadas de acederem a documentos e informações classificadas como confidenciais para estritos efeitos de defesa. E sublinhe-se que está em causa, tão só, o conhecimento de determinadas informações pelos próprios Visados no processo de contra-ordenação, que não por terceiros, os quais continuam a ter acesso apenas à versão não confidencial. Ora, o conhecimento pleno de todos os factos imputados e os fundamentos em que assentam constitui a vertente mais primária do direito de defesa do visado em qualquer processo de natureza sancionatória.



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

**Recurso Penal**

De acordo com o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeito dos arts. 81.º e 82.º do Tratado CE, “*Sempre que for necessário recorrer a segredos comerciais ou outras informações confidenciais para provar uma infracção, a Comissão deve determinar, relativamente a cada documento, se a necessidade de divulgação é superior ao prejuízo susceptível de resultar da divulgação*”. Determinando no art. 15.º, n.º3 que “*Nada no presente regulamento impede a Comissão de divulgar e utilizar as informações necessárias para fazer prova de uma infracção aos artigos 81.o ou 82.o do Tratado.*”

A análise deve, portanto, ser casuística e sob a égide do princípio da proporcionalidade, “*critério universal de constitucionalidade*”<sup>5</sup>

O que entendemos ter sido respeitado no caso *sub judice*, impondo-se concluir pela improcedência do recurso.

\*

**IV. Decisão**

Pelo exposto, acordam em julgar o recurso **improcedente**, confirmando a sentença recorrida.

Custas pela Recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 4 UCs (quatro unidades de conta) - (arts.º 513.º, n.º 1, do CPP e 8.º, n.º 9, do RCP e Tabela III ao mesmo anexa).

\*\*\*

Lisboa, 13.07.2022

Eleonora Viegas

---

<sup>5</sup> “*O princípio da proporcionalidade ; Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo*”, Laura Nunes Vicente, [www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios](http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios) ; sentença TCRS de 19.02.2021, proc. n.º 18/19.0YUSTR-M



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

**Recurso Penal**

Ana Mónica Mendonça Pavão

Ana Pessoa (Presidente)