



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

*

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Por decisão de 4 de Dezembro de 2020, a Autoridade da Concorrência (de ora em diante AdC ou Recorrida), proferiu decisão final determinando o levantamento de *confidencialidades* anteriormente indicadas pela *Lidl & Cia* (aqui, Recorrente), sustentando que aquela matéria constitui «informação necessária para a demonstração e conseqüente punibilidade, de uma infração às regras da concorrência previstas na Lei da concorrência ou no direito da União Europeia», sendo, igualmente, necessária para a «garantia dos direitos de defesa dos visados no processo» (artigos 31.º, número 3 e 34.º, número 4, ambos da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio).

Inconformada, a Recorrente, imputa à decisão recorrida, de um lado, vício de nulidade, por falta de fundamentação (artigos 379.º, número 1, alínea a), por referência ao artigo 374.º, número 2 e 97.º, número 5 todos do CPP, aplicável *ex vi* do disposto no artigo 41.º, número 1 do RGCO); e, de outro lado, aponta à decisão recorrida desproporcionalidade no decidido, face a um conflito de direitos, o que redundaria, na sua ótica normativa, numa violação dos artigos 61.º, número 1, 62.º e artigo 81.º, alínea f), todos da Constituição e 49.º do TFUE.

*

Os autos de recurso interlocutório foram recebidos neste Tribunal, sendo que, por despacho de fls. 262 a 267 dos autos, foi atribuído efeito devolutivo ao recurso.

*

A Recorrida, Autoridade da Concorrência, apresentou alegações, propugnando pela improcedência do recurso e pela manutenção da decisão censurada (fls. 110 a 118).

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Questão prévia: nulidade, por falta de fundamentação

De acordo com as duntas conclusões de recurso, a decisão recorrida padece de nulidade, por falta de fundamentação (conclusão XVI).

Para tanto, argumenta a Recorrente que se encontra omissa, na decisão recorrida, uma «apreciação expressa que incida sobre os factos sem os quais não se verifica a proporcionalidade da utilização da informação em apreço por parte da AdC, nos termos do artigo 379.º n.º 1, alínea a), por referência ao artigo 374.º/2, e 97.º/5 todos do CPP, aplicável *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO e, por sua vez, artigo 13.º n.º 1 do RJC, violando o direito de defesa/recurso da Recorrente e preterindo os deveres de fundamentação que incumbem à administração».

Cumpra apreciar.

Antes de mais, afigura-se útil e necessário aquilatar, em primeira linha, se assiste razão à Recorrente na invocada aplicação do regime de nulidades do CPP atinente à sentença penal, nesta sede jusconcorrencial, adjetivamente norteada pelo regime do RGCO.

Não se nos afigura que assim seja, pelos seguintes fundamentos.

Em primeiro lugar, o artigo 83.º da Lei da Concorrência afirma a autonomia dogmática do regime vertido naquele diploma, de um lado; e, de outro lado, remete, subsidiariamente, para o regime do ilícito de ordenação social (RGCO). Portanto, não existe, sem mais, remissão para a disciplina legal vertida no Código de Processo Penal, remissão que o legislador podia – caso fosse essa a sua intenção – ter consignado no teor do artigo 83.º da Lei da Concorrência, havendo, por isso, que retirar inferências desta opção legislativa.

Em segundo lugar, é certo que, no RGCO, se divisa, no número 1 do artigo 41.º, normatividade atinente ao regime que o legislador elegeu como de *direito subsidiário*. Contudo, tal remissão não é automática, imediata e *sem mais*, dado que o legislador, de modo expresso, condicionou essa remissão, por um lado, à circunstância de «sempre que o contrário não resulte deste diploma» e, por outro lado, consagrou que os preceitos do código de processo penal que aqui possam ter aplicação são-no mas «devidamente adaptados»¹.

¹ Neste sentido, cfr. o aresto do Tribunal da Relação do Porto no seu Acórdão de 21 de novembro de 2007, proferido no Proc. n.º 0744369, disponível em www.dgsi.pt, referindo: “Retenha-se, desde já, que contrariamente ao que muitas vezes se pretende fazer crer, não são aplicáveis ao processo de contraordenação todas as normas processuais penais que regulam matérias não especificamente reguladas no âmbito deste último domínio, mas apenas e tão só os preceitos reguladores do processo criminal (que até poderão não ser do Código de Processo Penal) que não colidam com o que resulta do RGCO. Isto é, que não colidam com as normas deste diploma nem com os princípios que lhe estão subjacentes. É esta a leitura ajustada do n.º 1 do artº 41 do RGCO, em cujos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Ora, a compreensão da axiologia, alcance e limites daquela remissão demanda a convocação dos subsídios que, a este respeito, têm sido preconizados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

A este propósito, surpreende-se na jurisprudência jusfundamental que, em sede contraordenacional e «atendendo à diferente natureza do ilícito de mera ordenação e à sua menor ressonância ética, em comparação com o ilícito criminal, é menor o peso do regime garantístico, pelo que as garantias constitucionais previstas para os ilícitos de natureza criminal não são necessariamente aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais ou a outros ilícitos no âmbito de direito sancionatório». A este propósito, explicita o Acórdão n.º 659/2006, daquele Tribunal:

«2.3. Dentre os processos sancionatórios é o processo contraordenacional um dos que mais se aproxima, atenta a natureza do ilícito em causa, do processo penal, embora a este não possa ser equiparado.

Constitui afirmação recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional a da não aplicabilidade direta e global aos processos contraordenacionais dos princípios constitucionais próprios do processo criminal, desde logo o princípio da judicialização da instrução consagrado no n.º 4 do artigo 32.º (neste sentido: Acórdão n.º 158/92).

A diferença de “princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submetem entre nós a legislação penal e a legislação das contraordenações” reflete-se “no regime processual próprio de cada um desses ilícitos”, não exigindo “um automático paralelismo com os institutos e regimes próprios do processo penal, inscrevendo-se assim no âmbito da liberdade de conformação legislativa própria do legislador”, por exemplo, a não atribuição ao assistente (admitindo que a lei consente em processo contraordenacional esta figura) de legitimidade para recorrer, legitimidade que o artigo 73.º, n.º 2, do RGCO apenas reconhece ao arguido e ao Ministério Público (Acórdão n.º 344/93).

Assentando na liberdade de conformação do legislador ordinário, ao qual não é constitucionalmente imposta a equiparação de garantias do processo criminal e do processo contraordenacional, o Acórdão n.º 50/99 não julgou inconstitucional a norma da parte final do artigo 66.º do RGCO, que afasta a redução a escrito da prova produzida na audiência em 1.ª instância.

Ainda como exemplos da admissibilidade constitucional da diferenciação de regimes podem citar-se: (i) os Acórdãos n.ºs 473/2001 e 395/2002, que não julgaram inconstitucionais

termos, “sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

os artigos 59.º, n.º 3, e 60.º, n.ºs 1 e 2, do RGCO, na interpretação de que o prazo para a interposição do recurso da decisão da autoridade administrativa neles previsto não se suspende durante as férias judiciais; (ii) os Acórdãos n.ºs 50/2003, 62/2003, 249/2003, 469/2003 e 492/2003, que consideraram não constitucionalmente imposta a transposição para a fundamentação da decisão administrativa sancionatórias das mesmas exigências que o artigo 374.º do CPP estabelece para a sentença penal condenatória, e, consequentemente, não julgaram inconstitucional a norma do artigo 125.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, interpretada no sentido de que a fundamentação por remissão nela consentida é aplicável à decisão sancionatória de ato ilícito de mera ordenação social; (iii) o Acórdão n.º 581/2004, que, considerando, além do mais, que “a garantia constitucional dos direitos de audiência e de defesa em processo contraordenacional (n.º 10 do artigo 32.º da Constituição) não pode comportar a consagração de um princípio da estrutura acusatória do processo idêntico ao que a Constituição reserva, no n.º 5 do artigo 32.º, para o «processo criminal»”, não julgou inconstitucionais os artigos 39.º, n.º 1, e 40.º do CPP, 2.º do Regime Geral das Contra-Ordenações Laborais (Lei n.º 166/99, de 4 de agosto) e 41.º do RGCO, quando interpretados no sentido da inaplicabilidade dos dois primeiros a casos em que o autor da decisão de um processo de contra-ordenação laboral confirmou, anteriormente, a auto de notícia levantado ao destinatário dessa decisão; e (iv) o Acórdão n.º 325/2005, que considerou “não passível de censura constitucional que, no processo contraordenacional, e antes da sua passagem à fase jurisdicional, atenta a menor ressonância ética do ilícito contraordenacional face ao direito criminal, o legislador possa, no exercício da sua liberdade conformadora, subtrair das mais rigorosas exigências previstas para o processo penal determinados procedimentos concretos, mais rigorosos e porventura inultrapassáveis, quer no domínio criminal, quer no domínio de uma fase procedimental jurisdicionalizada, procedimentos esse que se reflitam, no referido processo, numa menos ampla exigência de observação de específicos requisitos processuais, como, por exemplo, a análise concreta, na decisão aplicadora da coima, da «exceções» ou «questões prévias» suscitadas pelo acoimando na sua defesa”, e, consequentemente, não julgou inconstitucionais as normas dos artigos 50.º e 58.º do RGCO, interpretados no sentido de não imporem à autoridade administrativa o dever de pronúncia sobre as nulidades invocadas na defesa do arguido em processo de contraordenação.»

Em síntese, do que antecede resulta que a Constituição não estabelece uma equiparação entre o processo contraordenacional e o processo penal; e, de outro lado, o processo penal e a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão 1º Juízo

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

menor ressonância ética das contraordenações confere ao legislador ordinário margem de liberdade conformadora distinta daquele autorizada ao legislador penal².

Retomemos, por isso, a análise da pretensão da Recorrente – nulidade da decisão, por falta de fundamentação – mas à luz do RGCO, arredando a aplicação do C.P.P., dado que, para isso e salvo melhor opinião, inexistente base legal e jusfundamental, a tal se opondo a teleologia e autonomia dogmática do ilícito contraordenacional, afigurando-se que, nesta matéria, quis o legislador arredar um regime tão severo, como o do CPP, em matéria de nulidades e irregularidades.

Acresce que, no caso concreto, existe norma no RGCO norteadora da estrutura a que deve obedecer a *decisão condenatória* e, cotejado o seu teor, constata-se que aí não se estabelece que, a inobservância daqueles preceitos, gere vício de nulidade³. Vejamos.

Segundo o artigo 58.º, número 1 do RGCO, a decisão deve conter: *a identificação dos arguidos, a descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas, a indicação as normas segundo as quais se pune, a fundamentação da decisão, a coima e as sanções acessórias.*

Ora, a partir desta normatividade, é o seguinte o feixe de direitos que a doutrina e a jurisprudência aceitam como decorrente, para o arguido, daquele preceito:

Aresto do Tribunal Constitucional n.º 537/2011:

“O artigo 50.º do RGCO apenas exige que sejam comunicados aos arguidos os factos que lhe são imputados, a respetiva qualificação jurídica e sanções que incorrem, não impondo que a aludida notificação contenha a alusão às provas tidas em conta pela autoridade administrativa e que sustentam a

² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/2009, disponível em www.tribunalconstitucional.pt: “*Sem prejuízo dos demais direitos que outras normas constitucionais incluem no conjunto das garantias asseguradas aos arguidos em processos sancionatórios (cfr. Artigo 20º da CRP), o alcance atribuível à norma do n.º 10 do artigo 32º é, todavia, conforme igualmente acentuado na jurisprudência constitucional, apenas o que se deixou exposto, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão constitucional de 1997, uma proposta no sentido de se consagrar o asseguramento ao arguido, “nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios”, de “todas as garantias do processo criminal” (artigo 32.º-B do Projeto de Revisão Constitucional n.º 4/VII, do PCP; cf. o correspondente debate no Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 20, de 12 de setembro de 1996, pp. 541-544, e I Série, n.º 95, de 17 de julho de 1997, pp. 3412 e 3466)”.*

³ Cfr. Assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2003, de 28 de novembro de 2002, segundo o qual, o processo de contraordenação enferma de nulidade sanável sempre que a autoridade administrativa, em sede de audiência prévia escrita do arguido, “(...) na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afetado de nulidade, dependente de arguição” (sublinhado nosso); e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/2009, de 3 de março de 2009, disponível em www.tribunalconstitucional.pt: “*Dos direitos de audiência e de defesa consagrados no artigo 32º, n.º 10, da CRP, e densificados no artigo 50º do RGCO, extrai-se com toda a certeza que qualquer processo contraordenacional deve assegurar ao visado o contraditório prévio à decisão; que este só poderá ser plenamente exercido mediante a comunicação dos factos imputados; que a comunicação dos factos imputados implica a descrição sequencial, narrativamente orientada e espácio-temporalmente circunstanciada, dos elementos imprescindíveis à singularização do comportamento contraordenacionalmente relevante; e que essa descrição deve contemplar a caracterização, objetiva e subjetiva, da ação ou omissão de cuja imputação se trate”.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

imputação que lhes é dirigida. No entanto, tais obrigações legais referem-se às comunicações que se podem ter como essenciais de modo a que seja assegurado o direito de defesa. Com efeito, sem o acesso a tais informações, não poderiam os arguidos lançar mão, em termos substantivos, das garantias de defesa previstas na Constituição.

Também o Assento n.º 1/2003 do STJ defendeu que a notificação efetuada à sombra do mencionado artigo 50.º deve fornecer os elementos necessários para que o arguido fique a conhecer a totalidade dos aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, não se retirando, no entanto, de tal aresto a exigência de que tal notificação deva ser acompanhada da indicação das provas que sustentam a decisão da autoridade administrativa.

Qualquer conteúdo normativo no sentido de estipular a obrigatoriedade de, aquando da notificação ao arguido nos termos do artigo 50.º do RGCO, a autoridade administrativa dever proceder à enunciação/identificação dos concretos elementos de prova nos quais se alicerça o juízo de indicição dos factos, não resulta dos parâmetros constitucionais aplicáveis, designadamente dos convocados artigos 32.º n.º 10 e 267.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa”.

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO⁴:

“ (...)

Significa isto que não só a «acusação» em processo de contraordenação não pode ser mais exigente do que em processo criminal, como o próprio regime da decisão previsto no artigo 58.º do RGCords tem autonomia em relação ao regime da sentença penal contemplado no artigo 374.º do CPP, não podendo por isso ser aquele subvertido com uma aplicação deste preceito contrária ao próprio artigo 41.º do RGCords. (...)”

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ao afirmar que “[o] direito de audição tem as seguintes consequências no processo contraordenacional: qualquer processo contraordenacional deve assegurar ao visado o contraditório prévio à decisão; este só pode ser plenamente exercido mediante a comunicação dos factos imputados; a comunicação dos factos imputados implica a “descrição sequencial, narrativamente orientada e espaço-temporalmente circunstanciada, dos elementos imprescindíveis à singularização do comportamento contraordenacionalmente relevante e essa descrição deve contemplar a caracterização, objetiva e subjetiva, da ação ou omissão de cuja imputação se trate” (Acórdão do TC n.º 99/2009). Dito na fórmula utilizada pelo assento do STJ n.º 1/2003, os direitos de defesa e audiência assegurados no âmbito do processo contraordenacional implicarão, em síntese, que ao arguido seja dada previamente a conhecer “a totalidade dos aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”.⁵

No caso *subjudice*, além dos subsídios que antecedem – que afastam a aplicação da invocada nulidade do artigo 374.º do CPP - haverá, ainda, que ter presente que se trata de uma decisão

⁴ Cfr. Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Direito de audição e direito de Defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 23, n.º 1, jan-mar 2013, pp. 63 a 121.

⁵ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 1.ª Edição, Lisboa 2008, p. 208.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

interlocutória, proferida pela Autoridade da Concorrência nos termos da Lei da Concorrência, pelo que, os requisitos, de forma e substância, não podem senão ser menos severos do que aqueles que deve reunir a decisão final.

Inexiste, por isso, a invocada nulidade, fundada no disposto no artigo 379.º, número 1, alínea a) do Código de Processo Penal.

Sem prejuízo, a decisão recorrida não merece reparo e não postergou o dever de fundamentação.

O dever de fundamentação da decisão condenatória funda-se no disposto no artigo 205.º da Constituição, enquanto corolário dos princípios da boa administração da Justiça, num Estado de Direito e do direito a um processo equitativo, assegurado pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos. «

Porém, conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal de Justiça, a «falta de fundamentação implica a inexistência dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão e só a falta absoluta de fundamentação determina a sua nulidade⁶».

De igual sorte, esclarece o STJ que, «a falta de fundamentação não se confunde, ou não pode ter a mesma dimensão compreensiva, da falta de convencimento que essa fundamentação opera no destinatário. Para este a fundamentação pode não ser suficiente para os fins que prossegue e que anseia da decisão do órgão jurisdicional, mas esta perspetiva não pode obumbrar o fim constitucional do dever de fundamentação enquanto dever geral e comum de perceção do sentido das decisões por todos aqueles que delas tomem conhecimento ou que delas sejam destinatários.⁷»

Revertendo ao caso concreto, constata-se, por meio de simples leitura, que quer na notificação do *sentido provável da decisão* (spd, junto como documento n.º 5, a fls. 94 dos autos), em concreto nos pontos 6 a 8, quer na decisão final objecto de censura (junta como documento n.º 7, a fls. 104 e 105), a AdC invocou a base legal específica em que fundava a sua decisão (número 3, do artigo 31.º da LdC) e, também, explicitou, que tais documentos se dirigiam a uma finalidade específica: demonstrar a infração e assegurar a sua punibilidade, desiderato prosseguido no âmbito das competências que lhe cabem. Naturalmente, que, naquela sede, não caberia a explicitação detalhada dos factos que

⁶ Acórdão do STJ, de 24-01-2018, proferido no Proc. n.º 3/12.2GAVVC-B.S1 – 3.ª Secção, disponível no site do itij.

⁷ Acórdão do STJ, de 11-01-2018 Proc. n.º 111/02.8TAALQL1.S1 – 3.ª Secção, disponível no site do itij.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

constituem a infração jusconcorrencial em causa, pois que, isso é matéria a ser vertida na decisão final, a qual deve ser devida e cabalmente fundada, em termos de facto e de direito.

Além disso, ao contrário do que propugna a Recorrente, a douta decisão censurada empreendeu um juízo de ponderação e proporcionalidade, reconhecendo também a relevância da protecção do segredo de negócio da Recorrente, asseverando que o uso daqueles elementos não só era circunscrito àquele escopo, como, ainda, seria assegurado, em observância do disposto no número 4 do artigo 33.º da LdC, um «conjunto de condicionalismos e garantias, uma vez que o acesso é dado apenas ao advogado ou exercício do direito de defesa, não sendo permitida a sua reprodução total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.»

A decisão recorrida – repete-se decisão interlocutória circunscrita ao levantamento de confidencialidades - acha-se, assim, adequadamente fundamentada.

Donde, smo, não se verifica o invocado vício de falta de fundamentação. Questão distinta – mas que não prefigura qualquer vício – é a legítima discordância normativa da Recorrente face ao sentido decisório acolhido, sendo que, salvo melhor opinião, a putativa nulidade invocada corporiza, precisamente, esse inconformismo, o que, contudo, faz através de um mecanismo processual que a tanto se não destina.

Termos em que se julga improcedente, por não verificada, a alegada nulidade da decisão, por omissão de fundamentação.

*

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

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) De facto

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

- I. No âmbito do presente processo contraordenacional, a AdC dirigiu à Lidl pedidos de elementos ao abrigo do artigo 15.º, do n.º 2 do artigo 17.º e da alínea a) do n.º I do artigo 18.º da Lei da Concorrência;
- II. A Recorrente forneceu tais elementos;
- III. Pretendendo a AdC proceder ao levantamento de confidencialidades de alguma informação vertida nos elementos acima indicados, em 20 de outubro de 2020, por meio do ofício S-AdC/2020/4804, notificou a Recorrente para, querendo, se pronunciar sobre essa pretensão;
- IV. A Recorrente Lidl apresentou a sua pronúncia, opondo-se a tal pretensão;
- V. Em 4 de dezembro de 2020, a AdC adotou a decisão final sobre o levantamento de confidencialidades em discussão, nos termos da qual decidiu que:

“ 8. [...] de acordo com o n.º 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, a Autoridade pode utilizar informação classificada como confidencial, sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa dos visados pelo processo, quando esteja em causa informação necessária para a demonstração e consequente punibilidade, de uma infração às normas da concorrência previstas na Lei da Concorrência ou no Direito da União Europeia.

9. Em concreto, entende a Autoridade que a referência à garantia dos direitos de defesa dos visados no processo, insita no n.º 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, não impede a utilização de documentos classificados como confidenciais para os efeitos acima indicados, incluindo para o cálculo do montante da coima, constatando-se que as informações classificadas como confidenciais, sobre cuja utilização as visadas foram chamadas a pronunciar-se, são necessárias para efeitos da eventual punibilidade da infração em causa.

10. 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 da Concorrência, na medida em que as mesmas se mostram necessárias à demonstração e imputação às visadas dos factos que constituem a infração e consequente punibilidade.”

VI. A autoridade da Concorrência imputou à Recorrente e a outras Co-Visadas, a prática da infração prevista na alínea a) do número 1, do artigo 9.º da LDC, conjugado com o disposto na alínea a) do número 1, do artigo 101.º do TFUE, consubstanciada numa fixação de preços por via de uma prática concertada de *hub and spoke*, tendente a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover, um alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da *prime drinks* no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, que se manteve de forma ininterrupta durante vários anos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

*

Motivação:

A factualidade acima discriminada resulta da apreciação crítica da documentação junta aos autos, em concreto, o teor da decisão impugnada, concatenada com os demais apresentados, conjugados, também, com as alegações de recurso da AdC.

B) De Direito

Atento o supra explanado, o *thema decidendum* nestes autos respeita a apurar se, ao determinar o levantamento parcial de matéria considerada confidencial (por protegida por *segredo de negócio*), estritamente, para efeitos de fundamentação da infração jusconcorrencial e apenas para que as Co-Visadas possam apreender cabalmente o conteúdo de decisão final condenatória, a Recorrida, Autoridade da Concorrência, violou a Lei e parâmetros constitucionais.

Vejamos, pois.

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

- 1- *Na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo seguinte.*
- 2- *Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas.*
- 3- *Sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio, concede à empresa, associação de empresas ou outra entidade a que as mesmas se referem a oportunidade de se pronunciar, nos termos do número anterior.*
- 4- *Se, em resposta à solicitação prevista nos n.os 2 e 3 ou no artigo 15.º, a empresa, associação de empresas ou outra entidade não identificar as informações que considera confidenciais,*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

não fundamentar tal identificação ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas, as informações consideram-se não confidenciais.

- 5- *Se a Autoridade da Concorrência não concordar com a classificação da informação como segredos de negócio, informa a empresa, associação de empresas ou outra entidade de que não concorda no todo ou em parte com o pedido de confidencialidade.*

A densificação normativa do conceito de *segredos de negócio* opera-se, de acordo como trilho prosseguido pela jurisprudência do TJUE⁸, com a verificação dos seguintes requisitos cumulativos:

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

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

No caso dos autos, não se discute que a matéria mereceu a classificação como confidencial, estando, apenas, em causa aquilatar se a informação confidencial pode ser usada, pela Autoridade da Concorrência, para fundamentar a infração jusconcorrencial imputada e, nessa medida, partilhada com as Co-Visadas, para efeito de exercício, cabal e pleno, do seu direito de defesa.

⁸ Neste sentido, cf. decisões proferidas nos processos T-474/04 Pergan Hilfsstoffe fur industrielle Prozesse v Comissão, EU:T:2007:306, §65, T-88/09, Idromacchine v Comissão, EU:T:2011:641, § 45, e, a propósito do âmbito mais geral do segredo profissional, as decisões proferidas nos processos T-198/03 Bank Austria Creditanstalt AG c. Comissão Europeia, § 71, e T-345/12, Akzo Nobel e Outros v Comissão, EU:T:2015:50, § 65, e Evonik Degussa v Comissão, EU:T:2015:51, § 94



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Vejam os.

A regra, no domínio sancionatório, seja penal seja contraordenacional é, hodiernamente, a da publicidade do processo. Assim resulta quer do artigo 86.º, número 1 do Código de Processo Penal, quer do disposto no número 1 do artigo 32.º da Lei da Concorrência.

Aquele paradigma admite, contudo, desvios, sempre que outros interesses igualmente relevantes assim o demandem, como sucede com o *segredo de justiça* (32.º, número 2 da Lei da Concorrência) e com o *segredo de negócio* (artigo 30.º da mesma Lei).

No que tange ao segredo de negócio, a decisão de protecção como *confidencial* de determinada matéria impõe – como se infere dos requisitos formulados por aquela Jurisprudência - o empreendimento de um juízo casuístico e fundado, na medida em que demanda a ponderação dos efeitos de tal protecção sobre o exercício efetivo do direito de defesa das Co-Visadas, de um lado; e a ponderação dos efeitos sobre tal protecção no exercício dos poderes de fiscalização, regulação e punição atribuídos, por lei, à Autoridade Reguladora⁹.

Ora, no caso dos autos, o levantamento da confidencialidade fundou-se na asserção de que tal matéria não poder merecer a protecção conferida pelo conceito de *segredo de negócio* por conter informação suscetível de configurar a infração em si mesma, infração que foi o objecto de investigação contraordenacional, que redundou na prolação de uma decisão final condenatória.

Mais especificamente, está em causa a imputação e demonstração pela Autoridade da Concorrência da infração prevista na alínea a) do número 1, do artigo 9.º da LDC, conjugado com o disposto na alínea a) do número 1, do artigo 101.º do TFUE, consubstanciada, segundo a AdC, numa fixação de preços por via de uma prática concertada de *hub and spoke*, tendente a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover, um alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da *prime drinks* no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, que se manteve de forma ininterrupta durante vários anos.

Assim, a actuação da Autoridade da Concorrência - prerrogativa de utilização de elementos classificados como confidencial para efeitos de demonstração da infração - encontra respaldo expresso no número 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência:

⁹ No sentido de que a tomada de decisão a este propósito demanda, necessariamente, um juízo de ponderação, cfr. a, título meramente exemplificativo, o Acórdão do TJUE de 30 de maio de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comissão (T-198/03, EU:T:2006:136). Sobre a temática cfr. também o acórdão AKZO Chemie/Comissão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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 segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º e dos n.os 2 e 3 do artigo anterior.

Tal preceito constitui, salvo melhor opinião, uma concretização do disposto na alínea f) do artigo 81.º da Constituição, estabelecendo que *incumbe prioritariamente ao estado no âmbito económico e social assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.*

É, pois, na prossecução daquela prioridade jusfundamental e norteada por um desiderato com relevância e interesse público, que compete à Autoridade da Concorrência assegurar *o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência [...], que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos* (artigo 5.º da Lei da Concorrência).

Com pertinentes subsídios para os autos e para a compreensão da axiologia e sentido da competência da Autoridade da Concorrência em matéria investigatória e sancionatória, surpreende-se o seguinte no aresto do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, que ora se respinga¹⁰:

«6. [...]

Afastada a possibilidade prática dum modelo de concorrência perfeita - assente numa organização do mercado enformada por uma total liberdade de oferta e de procura, com conseqüente estabilização dos preços a um nível óptimo para todos os intervenientes - e reconhecida a existência de assimetrias no funcionamento prático dos mercados, tornou-se premente a necessidade de uma intervenção do Estado.

Tal função foi assumida, na Europa Ocidental, no período posterior à segunda guerra mundial, sobretudo através da assunção, pelo Estado, da propriedade e gestão directa de actividades empresariais de produção de bens e serviços essenciais, como forma de assegurar a disponibilidade a todos os utilizadores, em condições de tendencial igualdade e com garantia de continuidade de fornecimento.

A falência progressiva do modelo de intervenção directa descrito implicou, porém, a evolução para outras formas de intervenção pública, assentes na protecção dos mercados por via indirecta, quer mediante o estabelecimento de condições imperativas prévias, tendencialmente padronizadas, de exercício de certas actividades económicas, quer pela criação de normas, destinadas a garantir que as condutas concretas dos operadores económicos respeitam os valores de mercado e a concorrência efectiva.

¹⁰ Disponível no site do Tribunal Constitucional.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Em Portugal, a integração comunitária e a criação do mercado único europeu impulsionaram, de forma decisiva, a alteração do paradigma de intervenção do Estado na economia, concordantemente com a tendência europeia de desmantelamento de monopólios públicos e eliminação de direitos especiais em sectores económicos considerados essenciais.

Nesse contexto evolutivo, desenvolveu-se um novo corpo jurídico de regulação da economia, tendente a “abrir determinados sectores económicos à concorrência e criar condições duradouras para o efetivo funcionamento aberto desses novos mercados, assegurando, em paralelo, que tal funcionamento concorrencial dos mercados é compatível com a disponibilização de um conjunto essencial de serviços de interesse económico geral.”

(cfr. E. Paz Ferreira e L. Silva Morais, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectivas gerais”, in “Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 21.)

Em termos legislativos, o percurso de regulação jurídica da economia, no domínio da promoção e defesa da concorrência, contou com um primeiro passo decisivo com a publicação do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, que fixava, como seu objecto, “a defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores, garantir a liberdade de acesso ao mercado, favorecer a realização dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social e reforçar a competitividade dos agentes económicos face à economia nacional”.

Seguiu-se, dentro da mesma linha de defesa da concorrência, o Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro, relativo a uma apreciação preventiva das concentrações de empresas, com potencialidade de risco para o normal funcionamento dos mercados.

Os dois referidos diplomas legislativos foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, que veio redefinir aspectos gerais da política de concorrência, em moldes consentâneos com o avanço do processo de integração europeia e crescente internacionalização da economia. A par deste diploma, surgiu o Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, relativo à proibição de práticas individuais restritivas de comércio.

Volvidos quase dez anos, foi publicado o Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que determinou a génese e definição estatutária da Autoridade da Concorrência, a quem compete “assegurar o respeito pelas regras de concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores.”

A natureza e o regime jurídico desta entidade - qualificada como pessoa colectiva de direito público de carácter institucional, dotada de órgãos, serviços, pessoal e património próprios e de autonomia administrativa e financeira – caracterizam o seu estatuto especial, importante para consolidar a legitimação acrescida da sua intervenção reguladora e da posição de garante, por excelência, da observância das regras de concorrência, nos termos definidos na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, diploma em que se inserem os preceitos envolvidos na questão de constitucionalidade em análise.

7. Da articulação entre o Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, resulta clara a importância da Autoridade da Concorrência no âmbito da regulação jurídica da economia, entendido este conceito como o conjunto de “processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva – indirecta, porque se exclui a participação pública directa na actividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão 1º Juízo

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

exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos.” (E. Paz Ferreira e L. Silva Morais, *op. cit.*, p. 22)

A assumida vocação global ou generalizante de intervenção, no âmbito do regime da concorrência, assegurada pela Lei n.º 18/2003, caracterizando-se por uma extensão de abrangência que tende a abarcar, objectivamente, todas as actividades económicas produtivas e, subjectivamente, todas as entidades com capacidade produtiva ou de disponibilização de bens ou serviços - sem prejuízo da salvaguarda relativa plasmada no n.º 2 do artigo 3.º - **adequa-se à prossecução dos objectivos plasmados na alínea f) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), otimizando as condições para “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolista e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.**

Na verdade, uma actuação reguladora transversal a todas as actividades e agentes económicos produtivos pode garantir a realização das incumbências económicas prioritárias cometidas ao Estado, conformadas pelo princípio estruturante da concorrência.

E este é **um valor objectivo do modelo de organização económica que a Constituição desenha**, nos seus traços fundamentais e, igualmente, de forma mais mediata, contribui para a realização de direitos económicos e sociais (nomeadamente os direitos dos consumidores), ao estimular “o progresso económico-social em benefício dos cidadãos” (J. Miranda e R. Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, tomo II, Coimbra Editora, 2006, p. 20).

Face à importância da defesa da concorrência e às vastas incumbências da Autoridade da Concorrência, o legislador dotou tal entidade de poderes públicos, funcionalmente adstritos às competências de que a mesma dispõe, ao nível de regulamentação, supervisão e igualmente no âmbito sancionatório.

Centrar-nos-emos nestes dois últimos domínios – supervisão e regime sancionatório – para efeito de abordagem da questão de constitucionalidade colocada.

8. O conceito de supervisão abrange o controlo e fiscalização da actividade das empresas sujeitas ao regime da concorrência, nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Corresponde a uma das dimensões mais importantes da regulação, assumindo uma dúplice vertente, preventiva – destinada a acautelar actuações contrárias à lei ou a regulamento - e repressiva – direccionada à repressão e sancionamento das infracções, com consequente ulterior organização de processos contraordenacionais, relativamente a ilícitos de mera ordenação social, e comunicação ao Ministério Público de condutas indiciariamente tipificadas como crimes (J. Figueiredo Dias e M. Costa Andrade - *in* “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”, Almedina, Fevereiro de 2009, p. 25).

A competência sancionatória cometida à Autoridade da Concorrência funciona como condição de eficácia da própria função de supervisão, pelo que o legislador optou por ligar intimamente o âmbito dos dois domínios de actuação da referida entidade.

Demonstrativos da íntima ligação entre os poderes sancionatórios e de supervisão são os artigos 17.º e 18.º do diploma em referência, que associam os mesmos indiscriminadamente,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

quer quanto à equiparação do regime de direitos e deveres dos órgãos de polícia criminal, quer quanto à faculdade de obter informações e documentos.»^{II} (destaque nosso)

Donde, e neste conspecto, afigura-se que a normatividade constante no número 3 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, é proporcional e adequada no segmento em que estabelece como limite ao tratamento confidencial, a circunstância de essa informação constituir, ela própria, matéria suscetível de configurar a postergação das regras da concorrência. Na verdade, pese embora a menor densidade axiológica subjacente às condutas contraordenacionais, as mesmas tutelam, ainda assim, com se demonstrou, relevantes bens jurídicos, reconhecidos na Constituição e cuja competência para assegurar a sua observância se encontra cometida a uma entidade reguladora.

Por isso, o exercício das competências de fiscalização e censura contraordenacional sobre comportamentos anti concorrenciais seria, desproporcionada e desadequadamente, coartado se a AdC ficasse privada de escrutinar, com detalhe e profundidade, a observância dos ditames concorrenciais devido à supremacia do valor *segredo de negócio*.

Note-se, aliás que, procurando temperar os riscos decorrentes da quebra de confidencialidade – naquilo que constitui um exercício de hermenêutica que se funda no artigo 18.º da Constituição¹² - a AdC sujeitou, então, os autos contraordenacionais a segredo de justiça e quanto à matéria aqui em causa continuou a assegurar-lhe a proteção resultante do mecanismo constante no número 4, do artigo 33.º da Lei da Concorrência, onde se estabelece que

4- 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 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.

¹¹ Com interesse, ver, ainda sobre a matéria o Aresto do TC n.º 367/2016.

¹² Ou seja, na aplicação do princípio da proporcionalidade a interesses conflitantes, conforme propugnado pela Jurisprudência do Tribunal Constitucional, destacando-se, sem prejuízo de outros, os seguintes arestos: Acórdão 205/00, 187/01, 491/02, 794/13, 413/14, 745/14, 260/15, 103/16 e 362/16.

Lê-se no Acórdão 187/2001:

O princípio da proporcionalidade, em sentido lato, pode, além disso, desdobrar-se analiticamente em três exigências da relação entre as medidas e os fins prosseguidos: a adequação das medidas aos fins; a necessidade ou exigibilidade das medidas e a proporcionalidade em sentido estrito, ou 'justa medida'.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Mais acresce o seguinte: o objecto dos autos contraordenacionais abarca outras Visadas, cuja compressão do exercício efetivo de Defesa 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*.

Com efeito, por força do disposto no número 10, do artigo 32.º da Constituição, dúvidas não restam de que o arguido, visado em processo contraordenacional, goza de um direito de defesa constitucionalmente tutelado e de matriz idêntica ao conferido ao arguido visado em sede de processo penal¹³.

Finalmente, não procede e, com todo o respeito, não se alcança o argumentário da Recorrente no segmento em que alega que a forma societária por si escolhida para exercer negócio em território português se sobrepõem aos interesses investigatórios e sancionatórios públicos da Autoridade da Concorrência e que, entendimento normativo distinto, põe em crise e posterga o direito à iniciativa e propriedade privadas, previstos nos artigos 61.º e 62.º da Constituição (conclusão XXVI do douto recurso).

Não se questiona que a Constituição reconhece como relevantes aqueles valores; contudo, os mesmos estão *longe* de ser absolutos e, sm, de ter o sentido, literal e teleológico, que a Recorrente lhes pretende atribuir para fundar a sua pretensão.

Vejamos.

Inseridos no Título III, e no capítulo I, atinentes a *direitos e deveres económicos*, dispõe como segue os artigos 61.º e 62.º da Constituição:

Artigo 61.º

Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária

1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.
2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos.

¹³ Neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/2015, disponível no site do TC:

Tem-se assistido ao progressivo abandono da interpretação restritiva e redutora da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo vindo já o Tribunal Constitucional defender que as garantias dos arguidos nos processos sancionatórios não se limitam a estes direitos de audição e defesa e reconhecido a existência de um evidente paralelismo entre o processo criminal e o processo contraordenacional, que é conformado por princípios básicos daquele, tendo em conta os interesses subjacentes. Tal ordem de considerações sai, evidentemente, reforçada quando o RGCO manda aplicar ao respetivo processo, por via de direito subsidiário, a lei do processo criminal.

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas atividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas.
4. A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública.
5. É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei.

Artigo 62.º

Direito de propriedade privada

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.
2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

Ora, as normas da Lei da Concorrência, em particular o disposto nos números 2 e 3 do artigo 33.º da Lei da Concorrência, não constituem qualquer limite ou condicionante aos direitos acima enunciados.

Ao contrário.

Como se retira do trilha jurisprudencial prosseguido pelo Tribunal Constitucional, a missão, atribuição e intervenção da Autoridade da Concorrência visa, na verdade, assegurar a competitividade do mercado, sem distorções ou peias resultantes de práticas disruptivas e concertadas entre os *players*, as quais são suscetíveis de causar prejuízo sério para o interesse público, para os cidadãos/consumidores e, também, para os agentes económicos que pretendem exercer a sua actividade económica e comercial num mercado concorrencial, competitivo e pautado por uma atuação normativamente conforme, quer com os ditames estabelecidos no TFUE nesta matéria, quer com a própria Constituição.

Neste sentido, com pertinência para o *thema decidendum*, respinga-se o acórdão n.º 550/2011, do Tribunal Constitucional¹⁴:

¹⁴ Também o acórdão n.º 328/94, disponível no site do TC:

«(...) o direito de liberdade de iniciativa económica privada, como facilmente deflui do aludido preceito constitucional, não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral).

Não o sendo – e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) – fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra.»



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

«Tem sido reiteradamente afirmado que a mera inserção do artigo 61º no Título relativo a “direitos, sociais e económicos” não o priva de uma certa dimensão de “direito à não intervenção estadual”, que é típica dos “direitos, liberdades e garantias” (cfr. Acórdãos n.º 187/01 e n.º 304/10).

Não se trata, portanto, de um mero “direito à atuação estadual”, mas antes de um direito que, em certa medida, exige que o Estado (e os demais poderes públicos) **se abstenha(m) de o colocar em causa, mediante intervenções desrazoáveis ou injustificadas.**

Tal direito fundamental compreende, em si mesmo, uma “vertente decisório/impulsiva”, que resulta na faculdade de formação da vontade de prosseguir determinada atividade económica e de lhe dar início, e uma “vertente organizativa”, que pressupõe a liberdade de determinar o modo de organização e de funcionamento da referida atividade económica (cfr. Acórdãos n.º 358/2005 e n.º 304/2010).

Porém, a verificação de que o “direito à livre iniciativa privada” partilha de algumas características dos “direitos, liberdades e garantias” não significa que todo o respetivo conteúdo normativo possa beneficiar da integralidade daquele específico regime constitucional. Para tanto, imperioso se torna que seja possível extrair do conteúdo daquele direito um “conteúdo essencial” que corresponda à “dimensão negativa” dos “direitos de liberdade”. **Dito de outro modo, só a parcela do “direito à livre iniciativa privada” que corresponda a um dever de abstenção do Estado face àquela livre conformação do indivíduo (ou da pessoa coletiva) é que beneficia do regime específico dos “direitos, liberdades e garantias”,** ficando assim sujeito à reserva legislativa parlamentar fixada pela alínea b) do n.º 1 do artigo 165º, da CRP. Neste sentido, constitui referência incontornável o Acórdão n.º 289/04.(...)»

Como se fez notar, a normatividade vertida na Lei da concorrência e aqui censurada pela Recorrente constitui um corolário de parâmetros constitucionais e internacionais, afigurando-se adequado e proporcional o sacrifício, mitigado, de informação sujeita a segredo de negócio quando a mesma respeite à infração jusconcorrencial propriamente dita. Por outras palavras, não se divisa em que medida o acesso a informação confidencial da Recorrente nos estritos termos constantes no número 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência, posterga os direitos previstos nos artigos 61.º e 62.º da Constituição e, mesmo se assim fosse, sempre seria de considerar que tal



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

restrição é fundada e justificada, por adequada à concretização quer da missão pública cometida à AdC, quer do disposto na alínea f) do artigo 81.º da Constituição.

Finalmente, uma vez proferida a decisão final e sem prejuízo de ser assegurada à Recorrente o exercício cabal e pleno do direito efectivo de defesa (constitucionalmente consagrado) a *regra* é a da publicidade, paradigma que tendo o legislador acolhido, de forma expressa, para o ilícito penal, onde o dano reputacional e impacto na esfera dos direitos pessoais fundamentais é muito superior ao que se verifica em sede contraordenacional, então, não se divisa que mereça censura o disposto no artigo 32.º da Lei da Concorrência.

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

*

III – DISPOSITIVO

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

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

*

Deposite. Notifique e comunique.

25 de Março de 2021
(e não antes por estar em curso elaboração de sentença em dois RCO's de nível 3, com risco de prescrição)
A Juíza de Direito
Mariana Gomes Machado