



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

Recurso Penal

Processo nº 18/19.0YUSTR-M.L1 *Recurso Penal*

Tribunal Recorrido: Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recorrente: MEO – SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES E MULTIMÉDIA, S.A.

Recorrido: AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

*

I. Relatório

Inconformada com a decisão proferida no âmbito de processo de contra-ordenação (fase administrativa) pela Autoridade da Concorrência em 28 de outubro de 2020, com a referência S-AdC/2020/4925) – PRC/2018/5, da decisão de utilizar e divulgar aos visados, para efeitos de imputação dos factos que constituem a infracção e conseqüente punibilidade, de um conjunto de informações classificadas como confidenciais, veio a MEO – Serviços de Comunicação e Multimédia, S.A. impugnar judicialmente tal decisão, argumentando em síntese que a mesma assentou numa interpretação/aplicação errada do artigo 31º, n.º 3 do NRJC, entendendo ser antes aplicável o regime previsto no artigo 33º, n.º 4 do NRJC.

*

Por sentença de 19 de fevereiro de 2021 foi a referida impugnação judicial julgada improcedente pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS).

De novo inconformada com tal decisão, veio a MEO - Serviços de



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

Recurso Penal

Comunicações e Multimédia, S.A. (doravante "Meo") da mesma interpor o presente recurso, tendo, em 12.11.2021 sido proferida decisão sumária que rejeitou, em substância, o recurso, por manifesta improcedência do mesmo.

Notificada, veio a Meo, invocando o disposto nos artigos 417.º, n.º 8 e 419.º, n.º 3, alínea a) do CPP, todos aplicáveis ex vi artigos 41.º do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, ("RGCO") e 83.º da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, ("LdC"), reclamar para a conferência, alegando que, em síntese, que a decisão sumária parte, portanto, de dois pressupostos errados:

(i) o de que o juízo de proporcionalidade a realizar pela AdC, entre o interesse na confidencialidade e o exercício do direito de defesa pelo co-visado/arguido, só deverá ser feito em caso de oposição, pelo titular da informação, à utilização dessas informações classificadas como confidenciais e aceites pela AdC; e

(ii) o de que impende sobre o titular da informação confidencial (in casu, a MEO), relativamente a informações que já foram classificadas como confidenciais, um ónus acrescido – e sem suporte legal, jurisprudencial ou resultante de auto-vinculação da Autoridade (i.e., através de linhas de orientação) – de, substituindo-se à AdC, e desconhecendo de antemão o que é necessário à fundamentação de uma decisão cujo sentido e teor desconhece, realizar uma tarefa impossível de ponderar o melhor equilíbrio



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

Recurso Penal

para propósitos que desconhece.

A AdC foi notificada e veio pronunciar-se, pugnando pela improcedência da reclamação e pela manutenção da decisão sumária.

Colhidos os vistos legais, cumpre agora, em conferência, apreciar e decidir de novo, os fundamentos do recurso.

*

Como se referiu, notificada da decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, veio a Meo interpôr recurso, em que após motivação, concluiu que:

“1. O presente recurso tem por objeto a Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferida em 22.02.2021, que julgou improcedente o recurso interlocutório interposto pela MEO da Decisão da AdC de 28.10.2020, notificada à MEO através do ofício da AdC Ref.^a S-AdC/2020/4925, pela qual a AdC determinou o levantamento da confidencialidade de informações confidenciais da MEO, constantes dos parágrafos 420, 422, 434, 479, 480, 481, 483, 491 (nota de rodapé 30), 498, 508, 515, 516, 518, 530, 541, 549, 554, 623, 644, 646, 657, 658, 660, 661, 672, 699 e 700 da PNI da MEO, e decidiu que as iria divulgar à sua co-visada (a NOWO), pretendendo incluí-las na decisão final condenatória a esta diretamente notificada.

2. O Tribunal *a quo* errou na interpretação e na aplicação do direito, em particular do disposto no artigo 31.º n.º 3 da LdC, desapplicando o disposto no artigo 33.º n.º 4 da LdC, no que respeita ao regime de acesso a informação confidencial constante de decisão final condenatória, ao sustentar que:

(i) o artigo 33.º n.º 4 da LdC apenas se aplica ao acesso a documentos contendo informação confidencial;

(ii) a ressalva dos direitos de defesa contida no artigo 31.º n.º 3 da LdC deveria ser interpretada no sentido de, constando da decisão final qualquer informação confidencial de um co-visado, a mesma tem de ser divulgada aos demais co-visados, porquanto tal é essencial ao cabal exercício do seu direito de defesa, que prevaleceria sobre o direito à proteção de informação confidencial – salvo em casos excecionais em que o valor do segredo seja prelevante quando comparado com o interesse efetivo da defesa – o que significa que deveria, por norma, garantir-se o acesso do próprio Visado, e não apenas de quem o defende, a toda a matéria usada como prova da infracção.

3. Porém, a ressalva “*sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo*”, estabelecida no artigo 31.º n.º 3 da LdC, foi já densificada pelo Legislador, tendo o mesmo resolvido o difícil equilíbrio entre o direito de defesa do Visado e proteção do segredo de negócio, através do artigo 33.º n.º 4 da LdC.



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

Recurso Penal

4. Com efeito, o regime que parece ter sido pretendido pelo Legislador, e o *único* legalmente previsto para resolver o conflito entre estes direitos, e que resulta do artigo 33.º n.º 4 da LdC, é o de que, existindo informações confidenciais nos autos, o visado apenas pode aceder às mesmas, através dos seus mandatários e/ou assessores económicos, e estritamente para exercício do seu direito de defesa e terá acesso ao documento onde as informações confidenciais estão contidas, expurgado dessas informações e com os descritivos da informação rasurada para que possa entender o sentido do documento e a natureza da informação protegida.

5. O significado do artigo 31.º n.º 3 da LdC, ao prever que a AdC pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, é o de que os documentos que contêm essa informação podem ser *fundamento, suporte probatório* da decisão.

6. Tal não significa que a AdC não possa *transcrever* esses documentos na decisão, mas deve, na preparação da sua decisão, reduzir substancialmente qualquer residual inconveniente para a defesa e o conhecimento do Visado redigindo as suas decisões de forma a que a matéria confidencial seja usada para a fundamentação sem contudo ser transcrita.

7. Não se negando a importância do conhecimento da informação confidencial para exercício dos direitos de defesa, não pode, no entanto, concordar-se com a posição do Tribunal *a quo* no sentido de que, sendo transcrita na decisão final, o seu conhecimento ser sempre considerado essencial para aquilatar os *factos* que são imputados ao visado, sem que seja feita uma ponderação (i) da necessidade da sua transcrição na decisão final e (ii) da efetiva utilização da mesma para imputação da infração a co-visado e (iii) da necessidade do conhecimento direto pelo co-visado quanto a essa informação para o exercício da sua defesa.

8. Ao contrário do que parece resultar da Sentença, o artigo 31.º, n.º 3 da LdC refere-se expressamente à possibilidade de *utilização*, como prova da infração, de meios de prova com informação confidencial, e não à possibilidade de verter na decisão final factos confidenciais não contidos em meios de prova, mas alegados por um dos visados na sua PNI.

9. Na perspetiva da MEO, o regime-regra apenas poderá ser desaplicado, por imposição constitucional, se as informações confidenciais constituírem factos imputados a co-visado que o mesmo deva conhecer diretamente para exercício do seu direito de defesa, sendo que, no caso, a AdC não alega e muito menos fundamenta qualquer ponderação quanto a saber em que medida as referidas informações se mostram *necessárias à imputação de factos à NOWO*, sendo nessa medida, *necessariamente divulgadas diretamente à NOWO*, ao invés de ao seu advogado/assessor económico, não explicando, na Decisão Impugnada, por que motivo entendeu que (i) teria de transcrever na decisão final as informações confidenciais alegadas pela MEO na sua PNI, (ii) teria de as comunicar à NOWO em virtude de as mesmas serem essenciais à imputação da infração a esta e, consequentemente, ao exercício do seu direito de defesa nos autos e (iii) teria de desapplicar o artigo 33.º n.º 4 da LdC.

10. E, nessa medida, inexistindo qualquer fundamento para afastar, por imposição constitucional, o regime previsto nos artigos 30.º, 31.º e 33.º da LdC, a Decisão Impugnada, ao determinar o levantamento da confidencialidade da MEO, sem apoio na lei, incorre em violação do disposto nos artigos 30.º e 31.º da LdC, e ao permitir o acesso da NOWO diretamente à informação classificada como confidencial pela MEO, em violação do disposto no artigo 33.º n.º 4 da LdC, tudo causando prejuízos irreparáveis e incomensuráveis ao direito à proteção do segredo de negócio da MEO.

11. Consequentemente, o Tribunal *a quo*, ao julgar improcedente o recurso da MEO e ao interpretar o artigo 31.º n.º 3 da LdC no sentido de o mesmo permitir à AdC transcrever na sua decisão final excertos de informação confidencial e divulgá-la a co-visado diretamente, independentemente de qualquer ponderação e



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

Recurso Penal

fundamentação da necessidade concreta de conhecimento desses factos para o exercício do direito de defesa, violou, igualmente, o disposto nos artigos 30.^o, 31.^o e 33.^o da LdC e a proteção do segredo de negócio da MEO, conferida pelos artigos 62.^o e 61.^o, n.^o 1 da CRP, motivo pelo qual deve a Sentença ser revogada e substituída por outra que faça a correta interpretação e aplicação do Direito.

12. É inconstitucional a norma aplicada pelo Tribunal *a quo* e que se retira do artigo 29.^o, n.^o 3, alínea a), 31.^o n.^o 3 e, *a contrario* do artigo 33.^o n.^o 4 da LdC, no sentido de que, utilizando a AdC informação confidencial de um co-visado para fundamentar a decisão final, essa confidencialidade deve ser levantada para efeitos de divulgação integral da decisão final aos demais co-visados, para salvaguarda dos seus direitos e garantias de defesa, sem necessidade de ponderação da necessidade de inclusão dessa informação confidencial na decisão para a imputação da infração aos demais co-visados e da necessidade de divulgação dessa informação confidencial ao co-visado.

13. Em qualquer caso, não existem razões, em concreto, para afastar o regime previsto no artigo 33.^o, n.^o 4 da LdC no caso dos autos, sendo que:

(i) não resulta da Sentença Recorrida que tenha sido realizada qualquer ponderação *em concreto* sobre qual o interesse preponderante, pesando e confrontando o direito de defesa do arguido e o direito de propriedade, na vertente de proteção de segredos comerciais e outra informação confidencial do respetivo titular, e quais as razões que justificam a necessidade de utilizar das concretas informações para demonstração de factos imputados na decisão final, e, portanto, de as divulgar a co-visado; e

(ii) não resulta da Decisão Final que tenha sido feito qualquer exercício prévio sobre a necessidade de levar a cabo tamanha restrição do direito à proteção de segredo de negócio, com prejuízos irreparáveis para o titular do segredo.

14. Os referidos parágrafos 420, 422, 434, 479, 480, 481, 483, 491 (nota de rodapé 30), 498, 508, 515, 516, 518, 530, 541, 549, 554, 623, 644, 646, 657, 658, 660, 661, 672, 699 e 700 da PNI da MEO (cuja confidencialidade foi, indevidamente, levantada pela AdC) contêm informação que foi qualificada como confidencial pela MEO (e aceite pela AdC!), por respeitarem, regra geral, a: (i) considerações relativas à estratégia da MEO no âmbito da sua relação comercial com a NOWO (a co-Visada), com a qual mantinha um contrato de fornecimento grossista de acesso à sua rede móvel para prestação de serviços MVNO (Mobile Virtual Network Operator); e (ii) informações sobre a estratégia comercial da MEO ou sobre a sua forma de análise do mercado e dos seus concorrentes.

15. O conhecimento da informação cuja confidencialidade a AdC pretendia levantar com a Decisão Impugnada – e efetivamente levantou – pela NOWO – cliente e concorrente direto da MEO com a qual mantém uma disputa contratual evidenciada nos autos – era e é suscetível de causar prejuízo grave à MEO, em particular por permitir que essa informação venha a ser usada para outros fins (comerciais ou não), para além do estrito exercício dos direitos de defesa.

16. O Tribunal parte do pressuposto errado de que, incluindo-se a informação na decisão final, o direito de defesa sobrepõe-se, abstratamente, obrigando a que os demais co-visados tenham de aceder à informação confidencial diretamente, o que não é verdade, pelo que é exatamente essa interpretação e aplicação da lei, bem como a desnecessidade do raciocínio do Tribunal, que constitui fundamento de revogação da Sentença.

17. Porém, no caso concreto, mesmo que o raciocínio fosse feito, sempre se concluiria pela desnecessidade da divulgação da informação à NOWO, em virtude de a mesma não lhe dizer respeito.

18. Com efeito, resulta evidente, de, pelo menos, três exemplos que se reportam aos parágrafos 659, 662 e 1036 da Decisão Final, que transcrevem nessa Decisão Final informação confidencial constante dos parágrafos 481, 483 e 661 da PNI da MEO, que:



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

Recurso Penal

(i) a informação classificada como confidencial pela MEO (cuja confidencialidade foi aceite pela AdC) respeita a visões, perspetivas e intenções internas da MEO, em particular visões, perspetivas e intenções relativamente ao seu concorrente, sem relevância inculpatória ou exculpatória para a NOWO e que a MEO pretende legitimamente manter reservadas;

(ii) a informação classificada como confidencial pela MEO corresponde às explicações e motivações internas da MEO para os factos que lhe são imputados e que, no limite, poderiam servir para imputação/exculpação do elemento subjetivo e/ou da culpa da MEO;

(iii) a informação classificada como confidencial foi vertida na Decisão Final não como factos imputados à MEO (ou sequer à NOWO), mas para simples refutação pela AdC dos factos e argumentos alegados (exclusivamente) pela MEO na sua PNI;

(iv) a informação classificada como confidencial – e os parágrafos da Decisão Final da AdC onde a mesma foi incluída – não foi utilizada para imputar ou fundamentar qualquer infração, muito menos da NOWO, sendo a sua inclusão na Decisão resultante da discutível técnica de fundamentação (e oportunamente discutida em sede de recurso) utilizada pela AdC;

(v) para exercício do seu direito de defesa, a NOWO não tem de saber que (a) a MEO observava os segmentos pós-pago e pré-pago das ofertas NOWO e os termos em que o fazia, (b) a MEO entendia que apenas poderia ser beneficiada pelo acordo MVNO (considerando a globalidade das suas receitas grossistas e retalhistas) se a NOWO pudesse direccionar as suas ofertas apenas para os clientes da NOS e da Vodafone, (c) a MEO estava preocupada com a regularização da dívida da NOWO e com a evolução da receita média de novos clientes enquanto meio para alcançar tal desiderato.

19. O elemento central de todos estes argumentos é a visão da MEO quanto à NOWO e às suas ofertas, sendo que as preocupações da MEO a este respeito são matéria que pouco importa à NOWO para efeitos de refutação da entrada num acordo restritivo da concorrência com a MEO.

20. Nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que consagra o princípio da proporcionalidade, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

21. A AdC não justificou (e, salvo o devido respeito, tão-pouco logrou demonstrar o Tribunal a quo), por referência aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito que enformam o princípio da proporcionalidade, porque motivo esta decisão tornaria a restrição do direito fundamental da MEO à proteção do segredo de negócio, in casu, necessária, adequada e proporcional à proteção de qualquer outro direito fundamental, mormente o direito de defesa de arguido/visado em processo de contraordenação, previsto no artigo 32.º, n.º 10 da CRP.

22. Com efeito, tendo em consideração o já exposto, a decisão da AdC:

(i) é desnecessária à salvaguarda de direitos de defesa, porquanto, atendendo à razão para a inclusão da informação na Decisão Final (refutação pela AdC dos argumentos trazidos pela MEO na PNI), não se mostrava necessário conceder diretamente acesso ao co-visado à informação confidencial, por não ser a mesma utilizada para a imputação dos factos que consubstanciam a sua participação na suposta infração; e

(ii) é desproporcionada para proteção do direito de defesa, porquanto, desde logo, o sacrifício do direito fundamental da MEO à proteção do seu segredo de negócio não é razoável, no caso concreto, relativamente à importância do objetivo a atingir com a respetiva restrição – o direito de defesa dos arguidos/visados em processo de contraordenação – que tem outra forma de ser assegurado nos autos, forma essa que não acarreta a violação do direito de proteção do segredo de negócio de forma irremediável.



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

Recurso Penal

23. A Sentença Recorrida, que confirmou a Decisão da AdC, acarreta uma restrição inaceitável do segredo de negócio da MEO, protegido pelos artigos 61.º e 62.º da CRP e, como tal, proibida nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

24. Assim, atendendo ao exposto, a AdC violou o seu dever de acautelar a proteção de informação confidencial da MEO e, conseqüentemente, o segredo de negócio da MEO, previstos no artigo 30.º da LdC e corolário do direito fundamental de propriedade (art. 62.º da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1 da CRP), ao definir um regime de acesso a informação confidencial de co-visado distinto do definido pelo legislador no artigo 33.º, n.º 4 da LdC e objetivamente capaz de tornar informações confidenciais acessíveis a co-visados, na generalidade dos casos, concorrentes do co-visado cujos segredos são comprometidos.

25. Por sua vez, a Sentença Recorrida, ao confirmar integralmente o teor daquela Decisão, incorreu em erro sobre o Direito aplicável aos factos, devendo, por esse motivo, ser revogada e substituída por outra que revogue a Decisão Impugnada e determine que a AdC adote o procedimento de acesso por co-visado à informação confidencial da MEO incluída na decisão final previsto no artigo 33.º, n.º 4 da LdC, assim assegurando, em cumprimento do disposto no artigo 30.º da LdC, a proteção do segredo de negócio requerida e deferida pela AdC à MEO, sem prejuízo dos direitos de defesa.

Concluiu pedindo que se se revogue a Sentença Recorrida e se substitua por outra que revogue a Decisão Impugnada da AdC.

Ao recurso assim interposto veio responder o Ministério Público, referindo, além do mais, que:

“(...) O acesso ao teor integral da decisão final condenatória constitui uma das dimensões constitucionais e legais do direito de defesa. Nesta deverão constar todos os factos que suportam a imputação da infração e a indicação dos correspondentes meios de prova que se encontram no processo.

7. Diferente do acesso à decisão condenatória é o acesso ao processo – o conjunto encadeado de atos que documenta o modo de atuação da entidade investida de jus imperii e a interação desta com os demais intervenientes. É no processo que se encontram os meios de prova e o registo do modo como foram obtidos. No caso da LC, o acesso aos documentos do processo que contêm informação classificada como confidencial, independentemente de ser ou não utilizada como meio de prova, é apenas permitido ao advogado ou ao assessor económico externos, não diretamente ao visado (art. 33º, nº 4 da LC).

8. Assim, qualquer visado que seja confrontado com a NI e com a decisão final tem como garantia o correspondente acesso direto e irrestrito a estas peças. O acesso ao processo faz-se por interposta pessoa. É este o modelo de contraditório da LC enquanto dimensão, entre várias, do direito de defesa.



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

Recurso Penal

9. Na NI e na decisão final imputam-se factos. É por estes que se faz o desenho narrativo do acontecimento histórico que foi protagonizado pelos visados e é com eles que estes são confrontados. Os meios de prova carecem de ser ali indicados, maxime na decisão final, sob pena de ser defraudado o princípio do processo justo e equitativo. Por isso, quando se serve de documentos classificados como confidenciais, a AdC carece de descrever os factos a que os mesmos se reportam (sacrifício dos SN em relação ao direito de defesa). Basta comparar a versão confidencial com a versão não confidencial da PNI, apresentada pela MEO, para se compreender que o texto “fica em branco” quando são lidas as partes suprimidas, uma vez que nestas o texto pura e simplesmente deixou de existir.

10. Por conseguinte, da norma do art. 31º, nº 3/LC não decorre qualquer dever de supressão de factos como reivindica a recorrente (v. conclusões 5., 8.)

11. A procedência da tese da visada implicaria que em nome do direito individual à proteção dos SN, a decisão final condenatória passaria a omitir factos necessários (essenciais e instrumentais) ao estabelecimento da responsabilidade pela prática das infrações imputada aos visados, omissão que seria “compensada” pelo acesso realizado nos termos do art. 33º, nº 4 da LC. Trata-se de uma tese improcedente porque não só faria enfermar a decisão da AdC do vício de omissão, como comprometeria o próprio enforcement público da concorrência.

12. Os direitos de audição e defesa e o direito à tutela jurisdicional efetiva (arts. 2º, 32º, nº 10 e 268º, nº 4 da CRP) constituem garantias constitucionais com densidade e extensão suficiente para, na justa medida da sua realização mínima, comprimir o direito individual à proteção dos SN, de modo a compatibilizar o interesse público do enforcement com os interesses individuais – cfr. 61. e ss. da Resposta do MP de 02/04/2020, apresentada no P. apenso 18/19.0 YUSTR-F.

13. A recorrente apela a uma transcrição na decisão final dos factos respeitantes a informação confidencial mediante uma “ponderação e fundamentação da necessidade concreta de conhecimento desses factos para o exercício do direito de defesa” (conclusões 11., 12.). Obtempera-se que não está nas mãos da AdC ou de qualquer outra entidade administrativa fazer um tal exercício, pela simples razão de que isso violaria o próprio Estado de Direito. Só uma ordem repressiva e totalitária deixa nas mãos do Estado a definição e a ponderação do que é bom e conveniente para a defesa dos seus cidadãos e empresas quando confrontados com o espectro da imposição de sanções. Num sistema sancionatório alinhado com os direitos fundamentais o Estado não se substitui ao visado sobre o modo como se deve defender do poder público, sobre o que lhe é mais ou menos conveniente. O ónus do Estado é carrear prova que permita imputar factos



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

Recurso Penal

aos agentes em ordem à aplicação de sanções, por meios processualmente válidos - de forma equitativa, designadamente com respeito pelo princípio da igualdade.

14. Por último, quando a visada apresentou a sua PNI teve oportunidade de ponderar todas as possíveis consequências da apresentação de prova que na sua perspetiva pessoal considerava confidencial, exercício que fez em plena liberdade e de motu próprio.(...)”

Terminou, pugnando pela improcedência do recurso.

Ao recurso interposto respondeu ainda a AdC, apresentando a seguinte síntese conclusiva:

“(...) OBJETO DO RECURSO

A. É com a deliberação final do conselho de administração da AdC de 28.10.2020, que decidiu levantar as confidencialidades de algumas das informações constantes da Pronúncia à Decisão de Inquérito apresentada pela MEO para imputação da infração e que se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Decisão Final do processo contraordenacional a adotar nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 29.º da Lei da Concorrência, que a MEO não se conforma e que constitui o objeto do presente recurso ao qual, todavia, não assiste fundamento de facto ou de Direito, pelas razões que de seguida se passam a elencar.

DA DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA ADC DE 28.10.2020

B. O resultado do processo de tratamento de confidencialidades condiciona invariavelmente o exercício de direitos de defesa na medida em que o acesso à informação que integra o processo é distinto conforme esteja em causa informação confidencial e não confidencial.

C. Um menor rigor por parte da AdC na classificação de confidencialidades é suscetível de alargar o âmbito da informação confidencial que condiciona diretamente o acesso ao processo dos demais co-visados, impactando no seu exercício de direitos de defesa.

D. A AdC tem de atuar na instrução de processos de modo a assegurar esta ponderação e equilíbrio entre a proteção dos segredos de negócio e o exercício de direitos de defesa dos visados.

E. O tratamento e classificação de informação confidencial impõe à AdC um processo rigoroso, tendencialmente uniforme, mas sempre dinâmico em razão das especificidades do caso concreto e das orientações jurisprudenciais que têm vindo a ser proferidas.



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

Recurso Penal

F. Não se podendo ignorar a extrema sensibilidade e complexidade do tema, pois estão em causa interesses e valores constitucionais em confronto, a AdC tem tentado sempre seguir o entendimento da jurisprudência e, perante cada caso concreto, encontrar a melhor solução com vista a que os direitos de defesa dos visados sejam restringidos o menos possível de modo a poderem exercê-los com a plenitude que à partida a natureza pública de um processo contraordenacional o obriga.

G. Assim, a AdC, no caso *sub judice* constatou a necessidade de utilizar como fundamentação para a conclusão plasmada na Decisão Final do processo contraordenacional, alguma da informação classificada pela MEO como confidencial (constante do anexo à deliberação da AdC) para imputar e demonstrar uma infração às normas de direito da concorrência, *in casu* às alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, consubstanciada na participação num cartel de repartição de mercado e fixação de preços dos serviços de comunicações móveis, vendidos isoladamente ou em conjunto com serviços de comunicações fixas, com a duração de, pelo menos, um ano (entre 2017 e 2018).

H. Efetivamente, o n.º 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência determina 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 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.*”.

I. Deve entender-se como informação confidencial, para além daquela respeitante à atividade negocial da empresa em sentido estrito, toda a informação empresarial confidencial, bem como aquela que ao abrigo de outras normas do ordenamento jurídico foi tutelada, pois serão necessários, como se verá infra, para exercer em plenitude os direitos de defesa pelos visados do processo.

J. No caso em que a AdC decide adotar uma Decisão final condenatória imputando uma infração a um conjunto de visados no processo, verifica-se um confronto entre segredos de negócio e/ou outra informação confidencial, por um lado, e defesa do visado em plenitude, por outro, o qual este último deve prevalecer.

K. Afirmar que à Autoridade bastaria utilizar na sua Decisão Final as meras conclusões que retira da informação classificada como confidencial, não necessitando ou não devendo reproduzir essa informação na Decisão, caso contrário, violando o seu direito de segredo de negócio, corresponde a uma visão manifestamente redutora sobre o verdadeiro âmago subjacente à transcrição



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

Recurso Penal

desses elementos.

L. Trata-se, diversamente, de garantir o equilíbrio entre a proteção do direito de segredo de negócio da Recorrente e de salvaguardar as garantias de defesa das Co-Visadas no presente processo, equilíbrio esse que a Autoridade busca ao transcrever, de acordo com o modus operandi em crise, os elementos confidenciais para a Decisão Final, arredado de qualquer juízo de desproporcionalidade, obscuridade e parcialidade.

M. Outra solução poderia ferir e restringir o direito constitucional constante do n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

N. A Decisão Final de um processo jusconcorrencial constitui um dos momentos processuais mais relevantes, já que é o momento em que a AdC informa os visados acerca do resultado do seu trabalho de investigação e, eventualmente, decidirá pela condenação desses visados pela prática de comportamentos restritivos da concorrência, dando-lhes conhecimento dos factos que permitem demonstrar essa infração de que são condenados.

O. A indicação do acervo probatório consubstancia um elemento fundamental da decisão condenatória, à semelhança da indicação das provas na acusação, de forma a possibilitar a plena e adequada defesa dos Visados, para poderem, em plenitude, tomar conhecimentos dos factos que lhes são imputados, assim como, entendendo-o, recorrer judicialmente da decisão condenatória tomada pela Autoridade, podendo, com total ciência, expor o seu ponto de vista sobre as questões de facto e de direito relevantes, contraditar as provas contra si apresentadas ou requerer a realização das diligências adicionais de prova que repute necessárias.

P. A alternativa àquilo que a Recorrente contesta neste recurso seria que às visadas deste processo contraordenacional fosse notificada uma Decisão Final - reitere-se, uma condenação em processo sancionatório - com informação truncada.

Q. Em termos práticos, o que está em causa no presente recurso é saber se na Decisão Final a AdC deve, sempre que pretenda utilizar informação confidencial para imputar a infração e daí responsabilizar contraordenacionalmente uma ou todas as visadas, transcrever as versões não confidenciais de tais informações, omitindo ou truncando tudo o que tenha sido classificado como confidencial, ou ainda, como a Recorrente pretende, recorrer a meras "conclusões" retiradas dessa mesma informação.

R. A resposta terá de ser necessariamente negativa. Uma visada deve ter acesso à versão integral da Decisão Final que lhe aplica uma coima e deve poder apreender da leitura dessa mesma Decisão Final, todos os factos imputados, todos os elementos de prova transcritos para



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

Recurso Penal

suportar a respetiva imputação e toda a análise jurídica dos respetivos comportamentos.

S. A empresa visada destinatária de uma Decisão Final condenatória tem de ter conhecimento integral do seu conteúdo e não a “resumos” ou a versões truncadas da mesma. Em termos de direitos de defesa esta metodologia tem de ser necessariamente assegurada pela AdC.

T. Pretendeu a Autoridade salvaguardar, de forma equilibrada e independente, os direitos e interesses de todas as Visadas, com a nuance de que, em face das circunstâncias do caso concreto, e pelas razões apontadas, as garantias de defesa das Visadas deviam prevalecer sobre o direito de segredo de negócio da Recorrente.

U. Se é certo que as particulares diferenças existentes entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional impedem a transposição *mutatis mutandi* das prerrogativas próprias do direito processual penal para o processo sancionatório, também é certo que essa limitada aplicação das garantias de defesa no âmbito do ilícito de mera ordenação social reclama da Autoridade especiais exigências na salvaguarda das (mais reduzidas) garantias de defesa dos Visados em causa nos processos contraordenacionais.

V. Perante uma diminuição das garantias em processo contraordenacional, é essencial que os direitos de defesa sejam completamente assegurados – até, reitere-se por imposição constitucional, como previsto no n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

W. A Autoridade ao conferir às Visadas acesso a documentos e elementos com conteúdo confidencial, através da transcrição para a Decisão Final dos mesmos, visou assegurar o equilíbrio entre os dois direitos em conflito: o direito à proteção do segredo de negócio da Recorrente, por um lado, as garantias de defesa das restantes visadas, pelo outro – equilíbrio esse que julga ter alcançado.

X. O levantamento de confidencialidades aqui em causa apenas visa garantir que as Visadas têm acesso a toda a informação utilizada pela AdC na Decisão Final para a imputação da infração, não tendo qualquer impacto no acesso de terceiros às informações classificadas como confidenciais.

Y. O regime decorrente do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência não permite uma equiparação efetiva entre o acesso ao processo pelos visados e o acesso que é feito pelo seu mandatário ou assessor económico, até porque, de resto, as empresas não são obrigadas a constituir mandatário em processo de contraordenação, pelo que, se o visado não tiver advogado nunca poderá aceder à informação classificada como confidencial para cabal exercício dos seus direitos de defesa.

Z. E, ainda que as empresas constituam mandatário, será uma falácia considerar que



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

Recurso Penal

os direitos de defesa serão plenamente assegurados se a empresa, para apreender o conteúdo da Decisão Final e perceber a factualidade que lhe é imputada, necessitar que os seu mandatário se desloque à AdC para consultar o processo e, dessa forma, conseguir assegurar a reconstituição da Decisão Final, podendo apenas divulgar tal informação confidencial à empresa por si representada (e condenada) apenas se a utilizar para efeitos de exercício de direitos de defesa.

AA.No parágrafo 422, foi considerada confidencial informação relevante para contextualizar a infração da prática da qual a MEO e a NOWO foram acusadas, assim como da posição de cada co-visada perante as suas relações negociais entre ambas e que conduzem à prática da infração aqui em investigação.

BB.A informação classificada como confidencial referida no parágrafo 479, é referida pela MEO na sua Pronúncia por referência a parágrafos da própria decisão de inquérito da AdC, pelo que todo o sentido fará que a co-Visada tenha a essa informação acesso e que possa dela tomar conhecimento, não fazendo sentido falar-se em apenas refletir na Decisão Final apenas as conclusões que a AdC retira desta informação, quando se trata de informação que a própria MEO utiliza para sua defesa.

CC. A informação em causa na nota de rodapé n.º 30 (referente ao parágrafo 491), não só diz respeito a considerações que a MEO tece sobre a co-Visada, como ainda é referida por referência a documentos de prova eletrónica pertencente à MEO (documentos esses que, após o procedimento de tratamento de confidencialidades levado a cabo e já confirmado pelos tribunais judiciais, não têm qualquer confidencialidade).

DD. Por último, vejam-se as informações em causa no parágrafo 530, que, de forma clara, se tratam de considerações que são tecidas pela MEO a propósito da co-Visada.

EE. Como é fácil concluir, a informação que está em aqui em crise é da maior relevância para as co-Visadas, sendo necessário que a AdC, se a esta informação recorre para contextualizar e retirar conclusões a propósito da prática de um ilícito jusconcorrencial, garanta a essas Visadas meios para tomar conhecimento e ter acesso a essa mesma informação, não sendo bastante, como pretende a Recorrente, que a AdC reflita na Decisão unicamente as conclusões a que chegou através dessa informação a que teve acesso e/ou o regime de acesso ao processo previsto no n.º 4 do artigo 33.º da LdC.

FF. Importa, em conclusão, dar ainda a nota de que a disciplina processual a que a AdC deve obedecer não pode (nem deve) ter uma base casuística tal como pretendido pela Recorrente. A AdC não pode sujeitar a imputação de alguns factos a resumos ou elementos truncados e a imputação de outros factos a transcrições integrais do respetivo meio de prova que o suporta em razão da classificação de confidencialidade por parte da empresa.

GG. A Decisão Final condenatória é o momento processual em que todos os elementos factuais, de prova e jurídicos são condensados e coligidos e que culminam na aplicação de uma coima, razão pela qual a empresa visada deve aceder a todo o seu conteúdo.



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

Recurso Penal

HH. Há então que concluir pela improcedência do pedido da Recorrente, devendo o douto Tribunal decidir pela legitimidade da Decisão recorrida, assim como pela não existência de qualquer inconstitucionalidade nas normas que ditam o regime jurídico em causa. (...)”

Terminou requerendo que se negue provimento ao recurso e, em consequência, que seja confirmada a deliberação do conselho de administração da AdC de 28 de outubro de 2020.

*

Remetidos os autos a este Tribunal da Relação, o Exmº Sr. Procurador Geral Adjunto emitiu parecer, aderindo aos fundamentos invocados pelo Magistrado da 1ª instância, o que determinou a desnecessidade do cumprimento do disposto no artigo 417º n.º 2, 2ª parte, do C.P.P..

*

São as seguintes as questões a decidir:

A) Da possibilidade de utilização e revelação a co-visados de informações classificadas como confidenciais pela AdC em sede de decisão final, para efeitos de imputação de responsabilidade contra-ordenacional;

B) Da inconstitucionalidade da norma contida nos artigos 29.º n.º 3 alínea a), 31.º n.º 3 e 33.º n.º 4 do RJC, se interpretada no sentido de que o visado pelo processo tem acesso directo a informação confidencial qualificada como segredo de negócio de outros co-visados ou de terceiros, designadamente mediante a respectiva reprodução na decisão final da AdC, tenha ela sido, ou não, usada para fundamentar essa decisão, por violação do direito à protecção do segredo de negócio, previsto nos artigos 62.º e 61.º n.º 1 da CRP.

*



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

Recurso Penal

IV. FUNDAMENTAÇÃO.

IV.1. Factualidade assente

É a seguinte a factualidade assente a considerar:

1. Por decisão do Conselho de Administração da AdC, datada de 16 Novembro de 2018, foi aberto inquérito no âmbito de um processo de contra-ordenação, tendo nomeadamente por visada a MEO, por alegadas práticas restritivas da concorrência subsumíveis no n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e que corre termos na AdC sob a referência interna PRC/2018/05 (vide Documento n.º 1 junto com as contra-alegações da AdC);

2. Em 20 de Dezembro de 2019, foi a MEO notificada da Decisão de Inquérito aprovada pelo Conselho de Administração da AdC, na qual se concluiu pela existência de indícios suficientes da prática de um comportamento ilícito, tendo sido concedido o prazo de 20 dias úteis para a apresentação de pronúncia por parte da Visada (vide Documento n.º 2 junto com as contra-alegações da AdC);

3. Após requerer a prorrogação do prazo para apresentação da sua Pronúncia a 7 de Janeiro de 2020, apresentou a MEO, em 19 de Fevereiro de 2020, uma versão corrigenda da Pronúncia à Decisão de Inquérito da AdC (vide Documento n.º 3 e Documento n.º 4 junto com as contra-alegações da AdC);

4. Em 5 Junho de 2020, a Recorrente apresentou uma primeira versão não



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

Recurso Penal

confidencial da sua Pronúncia para apreciação da AdC (vide Documento n.º 5 junto com as contra-alegações da AdC);

5. Em 30 de Junho de 2020, a AdC apresentou à MEO o seu sentido provável de decisão acerca dos pedidos de confidencialidade requeridos pela Recorrente, concedendo o prazo de 10 dias úteis para dizer o que tivesse por conveniente (vide Documento n.º 6 junto com as contra-alegações da AdC);

6. Em 15 de Julho de 2020, a MEO apresentou a sua pronúncia ao sentido provável de decisão da AdC, tendo, quanto a alguns dos pedidos requeridos, reformulado os descritivos e densificado a fundamentação (vide Documento n.º 7 junto com as contra-alegações da AdC);

7. Por ofício datado de 24 de Julho de 2020, a AdC notificou a MEO da sua decisão final quanto aos pedidos de confidencialidade requeridos (vide Documento n.º 8 junto com as contra-alegações da AdC);

8. Nessa sequência, a Recorrente apresentou uma versão não confidencial final da sua Pronúncia à Decisão de Inquérito em 24 de Agosto de 2020 (vide Documento n.º 9 junto com as contra-alegações da AdC);

9. Em 10 de Setembro de 2020, a AdC requereu à MEO que se pronunciasse acerca do levantamento da confidencialidade de algumas das informações constantes da Pronúncia da MEO à Decisão de Inquérito, para efeitos de uso dessa informação para imputação do ilícito, nos termos do n.º 3 do artigo 31.º do Regime Jurídico da Concorrência – ou RJC (vide Documento n.º 10 junto com as contra-alegações da AdC);



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

Recurso Penal

10. *Em 24 de Setembro de 2020, a MEO apresentou a sua pronúncia ao Ofício da AdC, referindo que: a) entre a data em que remeteu a versão não confidencial da sua Pronúncia à AdC e a data em que apresentou esta pronúncia, não se verificaram alterações que justifiquem uma revisita à qualificação das confidencialidades; b) não se justificava a apresentação de esclarecimentos adicionais quanto à natureza sigilosa da informação; c) o acesso à informação confidencial em causa deveria manter-se nos termos do n.º 4 do artigo 33.º do RJC (vide Documento n.º 11 junto com as contra-alegações da AdC);*

11. *Em 28 de Outubro de 2020, a AdC notificou a Recorrente acerca da sua Decisão final sobre a deliberação de levantamento de confidencialidades, mantendo a conclusão apresentada no seu sentido provável de decisão (vide Documento n.º 12 junto com as contra-alegações da AdC);*

12. *No seguimento desta decisão, a Recorrente apresentou um requerimento junto da AdC, em 5 de Novembro de 2020, onde requeria que fosse clarificado pela AdC se a Decisão recorrida “reflete, ou não, o entendimento de que o acesso da co visada a informação confidencial da MEO considerada necessária para fundamentar a Decisão Final será feito de acordo com o regime previsto no artigo 33.º n.º 4 da LdC.” (vide Documento n.º 13 junto com as contra-alegações da AdC);*

13. *Mediante a deliberação final do conselho de administração*



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

Recurso Penal

da AdC de 28.10.2020, com a referência S-AdC/2020/4925, foi decidido levantar as confidencialidades de algumas das informações constantes da Pronúncia à Decisão de Inquérito apresentada pela MEO no que tange às co-visadas [a informação constante nos parágrafos 420, 422, 434, 479, 480, 481, 483, 491 (concretamente, na nota de rodapé n.º 30), 498, 508, 515, 516, 530, 541, 549, 554, 623, 644, 646, 657, 658, 660, 661, 672, 699 e 700], para imputação da infracção, por a AdC considerar necessárias à correcta e completa fundamentação da Decisão Final do processo contra-ordenacional a adoptar nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 29.º do RJC, sendo que da decisão consta, designadamente, o seguinte:

“(…) 9. Recebida a referida pronúncia, importa que a Autoridade aprecie o teor da mesma. Neste contexto, verifica-se que a MEO não invoca fundamentos no sentido da não utilização da informação classificada como confidencial que foi objeto do sentido provável de decisão anteriormente identificado.

“10. Consta-se nomeadamente que a MEO, no essencial, reitera as confidencialidades já por si indicadas, não demonstrando prejuízo grave decorrente da utilização da informação objeto de classificação como confidencial, nos termos e para os efeitos referidos no referido Ofício.

“11. Neste contexto, importa clarificar que, de acordo com o n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade pode utilizar informação classificada como confidencial, sem prejuízo da garantia dos direitos de



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

Recurso Penal

defesa dos visados pelo processo, quando esteja em causa informação necessária para a demonstração, e conseqüente punibilidade, de uma infração às normas da concorrência previstas na Lei n.º 19/2012 ou no Direito da União Europeia.

“12. Em concreto, entende a Autoridade que a referência à garantia dos direitos de defesa dos visados no processo, ínsita no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, 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.

“13. Atendendo aos comentários da MEO, cumpre esclarecer que a Autoridade fará uso das referidas informações no estrito cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, na medida em que as mesmas se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Decisão Final a adotar nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 29.º da mesma Lei.

“14. Salienta-se ainda que o acesso aos documentos previsto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012 obedece a um conjunto de condicionalismos e garantias, uma vez que o acesso é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do 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.



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

Recurso Penal

“15. No que se refere ao receio da MEO de que, uma vez afastada a proteção dos seus segredos comerciais, qualquer terceiro poderia ter acesso a informações confidenciais, assinala-se que não tem fundamento porque o n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 procura garantir que as Visadas têm pleno conhecimento dos factos que constituem a infração e, por isso, não tem qualquer impacto na capacidade de terceiros poderem ter acesso a informações classificadas como confidenciais.

“16. Neste contexto, a proteção de informações confidenciais, nos termos do artigo 30.º da Lei n.º 19/2012, mantém-se relativamente a terceiros, **não sendo divulgada qualquer informação classificada como confidencial a terceiros que solicitem acesso ao processo nos termos do n.º 3 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012.**

“17. Assim, notifica-se a MEO, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência, da decisão final da AdC de utilizar, para efeitos de demonstração e imputação aos visados, dos factos que constituem a infração, e consequente punibilidade, do conjunto de informações classificadas como confidenciais pela MEO identificado no anexo ao presente Ofício, na medida em que as referidas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Decisão Final, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, conforme indicado no Ofício S-AdC/2020/4168, de 10 de setembro de 2020. (...)”.

IV.2. Enquadramento jurídico.

A defesa da concorrência constitui um bem público constitucionalmente consagrado na alínea f) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa



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

Recurso Penal

que cabe à Autoridade da Concorrência preservar numa perspetiva instrumental.

A Autoridade, pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio, nos termos dos artigos 1.º e 4.º do respectivo estatuto, tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores 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 afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores.

No âmbito do exercício dos seus poderes sancionatórios, cumpre à Autoridade identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e europeia, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º, dos Estatutos supra mencionados.

Em paralelo com a concessão dos indispensáveis poderes de investigação, necessários para atingir as aludidas finalidades, e dos acessórios de inquirição, busca e apreensão previstos no artigo 18.º do NRJC, o legislador, no artigo 30.º, n.º 1 do mesmo diploma, ciente da importância da proteção do segredo de negócio, reconhecido como direito



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

Recurso Penal

fundamental e princípio do direito da União Europeia , atribuiu à AdC um dever de protecção do segredo de negócio.

Compreende-se facilmente o interesse das empresas em manter secreta informação comercial e industrial legitimamente obtida que lhes confira vantagens competitivas no mercado, em alguns casos porque ainda não tenham sobre ela um direito de exclusivo, porque evitam os limites temporais a que as patentes e os modelos de utilidade se subordinam, bem como os custos a estes inerentes, e em outros casos porque se trata de informação (ainda) não patenteável ou insusceptível de ser objeto de modelo de utilidade, mas cuja recolha e tratamento implicaram consideráveis investimentos, sendo mesmo, em alguns casos, o carácter secreto dessa informação, imprescindível à atividade industrial.

Em matéria de concorrência releva um conceito de segredo ligeiramente resultante do recorte que do mesmo fazem os artigos 30 a 34º do NRJC.

Importa ainda salientar que o artigo 43º, n.º 4 do NRJC estabelece que a informação respeitante à vida interna das empresas pode ser considerada pela AdC confidencial no acesso à informação administrativa quando a empresa demonstre que o conhecimento dessa informação pelos interessados ou por terceiros, lhe causa prejuízo sério.

Em causa estão, como facilmente se intui, informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber fazer, como métodos de cálculo dos custos, segredos e processos de produção, quantidades produzidas ou vendidas, quotas de mercado, listagens de clientes, distribuidores, fornecedores,



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

Recurso Penal

enfim, toda a informação que se relacione com uma atividade, que tenha valor económico efetivo ou potencial e cuja divulgação possa proporcionar vantagens financeiras a outras empresas .

Para além de consagrar o dever da AdC de acautelar os segredos de negócio, o legislador estabeleceu um complexo esquema de “colaboração” entre AdC e titular do segredo, regime que não perdeu de vista a necessidade de acautelar, por outro lado, o direito de defesa dos (co)visados, no qual se inclui o conhecimento dos factos que lhe são imputados, maxime, nos procedimentos de natureza sancionatória.

A ponderação do que constitui em cada caso segredo de negócio a proteger impõe um juízo de concordância prática, de conciliação com outros valores, que assumem máxima importância num processo, em que, como no presente, existem vários Visados.

Assim, a questão da protecção dos segredos de negócio num processo sancionatório suscita a necessidade de conciliar, fundamentalmente, o interesse da transparência e da publicidade do processo, o da protecção da confidencialidade das informações, cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro, o do pleno exercício do direito de defesa que pressupõe o conhecimento de toda a informação reunida pela AdC, todos interesses de dignidade constitucional, pelo que se impõe que a cedência de um deles seja efetivada apenas na estrita medida à salvaguarda dos outros (cf. artigo 18º da Constituição da República Portuguesa).



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

Recurso Penal

Constituindo a publicidade (cfr. artigo 32.º do NRJC) um princípio que subjaz ao processo, e podendo o direito de defesa ser compreendido como um corolário do valor da publicidade do processo, as razões que podem justificar uma restrição a tal publicidade são a tutela dos interesses da investigação, ou os direitos do visado.

O dever previsto no artigo 30.º, n.º 1 do NRJC funciona, pois, como uma excepção ou circunscricção desse livre acesso.

Assim, realizadas buscas, apreensões de documentos ou outro material, ou sempre que pretenda juntar documentos que contenham informação suscetível de ser qualificada como segredo de negócio, a AdC deve promover, com indispensável colaboração do visado, e através do mecanismo previsto no citado artigo 30º, a identificação dos documentos que possam enquadrar-se no conceito de segredo de negócio – concede, para o efeito, 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 - artigo 30.º, ns.º 2 e 3 do NRJC.

Naturalmente que, ponderados todos os interesses já mencionados na definição das confidencialidades num determinado processo, bem se compreende que a falta de colaboração ou motivação do visado determine a não confidencialidade das informações - artigo 30.º, n.º 4 do NRJC.

Como se decidiu no Acórdão desta Relação de 18.12.2019, , “a



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

Recurso Penal

decisão de classificação de um documento como confidencial está condicionada pelo cumprimento pelo visado de um triplo ónus a que se reportam as citadas normas, a saber: de identificação das informações que considera confidenciais, de fundamentação de tal entendimento e de fornecimento de cópia não confidencial dos documentos pertinentes, expurgado das informações confidenciais”, tudo sob pena de as informações serem consideradas não confidenciais.

A falta de concordância da AdC acerca da classificação e do pedido de confidencialidade formulado pelo titular da informação eventualmente coberta pelo segredo, encontra-se regulada no n.º 5 do mesmo preceito do NRJC.

Em face dos interesses em causa e a que se aludiu, tal decisão não poderá deixar de ser fundamentada, dela deverá ser dado conhecimento ao visado, permitindo-lhe que se pronuncie antes de a AdC tomar decisão final sobre essa matéria.

E a decisão final não pode, face aos interesses em “jogo”, deixar de se sindicável judicialmente, nos termos do disposto no artigo 84.º, n.º 1 do NRJC e depois do artigo 89.º do mesmo diploma, devendo garantir-se que tal controlo judicial tenha efeito útil no processo.

*

No caso dos autos não vêm postos em crise, nem o conceito de segredo de negócio, nem o facto de as informações em causa serem qualificáveis como confidenciais.



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

Recurso Penal

Na realidade, dado cumprimento ao disposto no artigo 30º do NRJC, a AdC concordou com a classificação dos documentos/informações em causa nestes autos de recurso como segredo de negócio/confidenciais.

Não se trata, pois, já de discutir a confidencialidade dos elementos em causa, pois essa é segura, mas sim de determinar os termos em que a informação classificada de confidencial pode ser utilizada/disponibilizada nos autos.

E também é seguro que não está em causa a disponibilização de tais elementos a terceiros, mas apenas a uma Co-Visada, centrando-se a divergência de entendimentos em apurar se devem os elementos ser disponibilizados à própria Co-Visada ou apenas ao seu Advogado ou Assessor económico externo (cf. artigos 31, n.º 3 e 34, n.º 3 do NRJC).

*Ora, a esse respeito, importa desde logo referir **que tendo a decisão final sido já proferida, não se vislumbra que do presente recurso possam ainda nascer efeitos úteis.***

Sempre se dirá, porém, que a análise da questão em causa nos autos se prende com a interpretação do disposto nos artigos 31º, n.º 3 e 33º, n.º 4 do NRJC, que consagram um procedimento especial para o caso de a AdC precisar de usar informações qualificadas como confidenciais sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa dos visados pelo processo, quando esteja em causa informação necessária para a demonstração, e conseqüente punibilidade, de uma infração às normas da concorrência



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

Recurso Penal

previstas na Lei n.º 19/2012 ou no Direito da União Europeia.

Nesse caso, o n.º 4 do artigo 33º prevê um regime de acesso restrito, claramente inspirado pelo regime europeu, segundo o qual apenas terão acesso aos documentos confidenciais o advogado ou o assessor económico externo do Visado e estritamente para efeitos do exercício do direito de defesa, nos termos do n.º 1 do artigo 25º e da impugnação judicial da decisão da AdC, sem que possam ser reproduzidos tais elementos, no todo ou em parte e por qualquer meio, nem usados para outro fim, sem prejuízo do n.º 7 do artigo 12º e nos artigos 14º e 16º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho¹.

Assim, em face do disposto nos normativos citados, a AdC, perante a necessidade de utilização de informação classificada como confidencial para demonstração de uma das referidas infracções, deverá notificar a titular de tais informações para apurar da existência de oposição a tal utilização.

Não se trata já de se pronunciar sobre a confidencialidade, como se referiu, pois neste momento processual ela estará assente, mas antes de abrir ao titular a possibilidade de se pronunciar acerca da eventual concordância prática entre o direito à confidencialidade, os interesses enquanto Visado, que podem até ter interesse para garantia do respectivo de direito de defesa, sobretudo quando tiverem por si sido carreados para o processo.

E se não houver oposição, pode haver utilização.

¹ Cf. Miguel Moura e Silva, “Direito da Concorrência”, AAFDL, 2020 Reimpressão, pg. 434 e Luis Pais Antunes, in Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, Coimbra, 2ª Edição, Manuel Lopes Porto e outros Coord., pg. 480



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

Recurso Penal

Caso contrário, caberá à AdC fazer um juízo de proporcionalidade, por forma a fazer prevalecer o interesse na confidencialidade, ou na promoção do processo com o exercício pleno da defesa pelo visado/arguido.

Neste caso, o n.º 4 do artigo 33º destina-se a compatibilizar a protecção dos direitos de defesa com a eventual necessidade de a AdC ter de utilizar para a demonstração de uma infracção às normas da concorrência, de informação confidencial classificada como confidencial, prevendo-se a possibilidade de o advogado ou assessor económico externo acederem aos documentos em causa, exclusivamente para efeitos de resposta à nota de ilicitude, ou de impugnação da decisão da AdC, nos termos já explicitados.

*

No caso dos autos, reitera-se, depois de, nos termos do incidente previsto no artigo 30º do NRJC, ter sido aceite a confidencialidade dos elementos em causa, a AdC, ao preparar a decisão final, entendeu que tais informações, que a Recorrente havia vertido na resposta à NI, eram necessárias para efeitos de imputação do ilícito e como prova da mesma, pois que tais documentos “revelam, direta ou indirectamente um acordo entre concorrentes de fixação de preços e repartição de mercado, o que consubstancia uma violação do artigo 9º da Lei 19/2012 e do artigo 101º do TFUE, sendo necessários para a correta fundamentação da decisão final”, desde logo indicando que a utilização daqueles meios de prova seria limitada à necessidade de imputação às Visadas da infracção e à



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

Recurso Penal

*salvaguarda dos respectivos direitos de defesa, e nos termos do disposto no artigo 31.º, n.º 3 do Regime Jurídico da Concorrência, pelo que notificou a Meo, “**salvaguardando-se o acesso aos mesmos nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 33.º, n.º 4 da Lei n.º 19/2012, na versão da Lei 23/2018, de 5 de junho**” para se pronunciar em dez dias úteis (cf. folhas 365/366 destes autos.)*

*Ora, na resposta, a MEO, para além de reiterar o entendimento de que os elementos referidos constituíam informação confidencial (como a AdC já havia aceite), nada indicou que contrariasse a pretensão da AdC, designadamente não referiu qualquer entendimento no sentido de que tais elementos **não** eram necessárias para efeitos de imputação do ilícito ou como prova da mesma, designadamente que tais documentos não “revelam, direta ou indirectamente um acordo entre concorrentes de fixação de preços e repartição de mercado, e conseqüentemente, qualquer violação do artigo 9º da Lei 19/2012 e do artigo 101º do TFUE, ou que fossem desnecessários para a correta fundamentação da decisão final.*

A AdC considerou então que:

“(…)10. Constata-se nomeadamente que a MEO, no essencial, reitera as confidencialidades já por si indicadas, não demonstrando prejuízo grave decorrente da utilização da informação objeto de classificação como confidencial, nos termos e para os efeitos referidos no referido Ofício.

11. Neste contexto, importa clarificar que, de acordo com o n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade pode utilizar informação



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

Recurso Penal

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 n.º 19/2012 ou no Direito da União Europeia.

12. Em concreto, entende a Autoridade que a referência à garantia dos direitos de defesa dos visados no processo, ínsita no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, 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.**

13. Atendendo aos comentários da MEO, **cumpre esclarecer que a Autoridade fará uso das referidas informações no estrito cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012**, na medida em que as mesmas se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Decisão Final a adotar nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 29.º da mesma Lei.

14. Saliencia-se ainda que **o acesso aos documentos previsto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012 obedece a um conjunto de condicionalismos e garantias, uma vez que o acesso é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício do direito de defesa, não sendo permitida a sua reprodução, total**



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

Recurso Penal

ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.

15. No que se refere ao receio da MEO de que, uma vez afastada a proteção dos seus segredos comerciais, qualquer terceiro poderia ter acesso a informações confidenciais, **assinala-se que não tem fundamento porque o n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 procura garantir que as Visadas têm pleno conhecimento dos factos que constituem a infração e, por isso, não tem qualquer impacto na capacidade de terceiros poderem ter acesso a informações classificadas como confidenciais.(...)**” (o destacado é nosso).

Ora, como se vê, da decisão da AdC, perante a falta de alegação pela MEO de motivos que contrariassem a utilização dos elementos em causa (v.g. a ora alegada desnecessidade de divulgação de tais informações à Nowo para exercício do seu direito, ou superioridade dos danos resultantes do segredo de negócio, relativamente aos da não revelação à Co-visada de tais elementos), nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 31.º, n.º 3 citado, a AdC entendeu, quer no ofício que dirigiu à MEO para se pronunciar sobre tal eventualidade, quer na decisão proferida, que foi objecto de recurso, “que o acesso aos documentos previsto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012 obedece a um conjunto de condicionalismos e garantias, uma vez que o acesso é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do 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”. De resto, nesta última decisão refere-se expressamente que notifica-se a MEO, nos termos e para os efeitos



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

Recurso Penal

do disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência, da decisão final da AdC de utilizar, para efeitos de demonstração e imputação aos visados, dos factos que constituem a infração, e conseqüente punibilidade, do conjunto de informações classificadas como confidenciais pela MEO identificado no anexo ao presente Ofício, na medida em que as referidas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Decisão Final, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, conforme indicado no Ofício S-AdC/2020/4168, de 10 de setembro de 2020.”

A decisão não enferma pois, do vício, quer da ilegalidade de interpretação dos preceitos legais que lhe vem imputada, quer da inconstitucionalidade que vem arguida e deve ser mantida.

Coisa diversa consiste na forma concreta como a AdC utilizou os citados elementos classificados de confidenciais. Essa utilização, ainda que tenha sido realizada de forma desconforme ao decidido, não constitui já objecto do presente recurso, em que se aprecia apenas a referida decisão e os vícios que lhe vêm imputados.

E tanto basta para que, sem necessidade de mais considerações, se conclua pela manifesta improcedência do recurso, porquanto o que está em apreciação é a decisão citada, e não a utilização que dela veio a fazer a AdC.

E perante tal constatação, desnecessário se mostra apurar se o artigo 33º, n.º 4 é suficiente para assegurar os direitos de defesa, se podem ser elementos confidenciais notificados directamente aos visados, pois sobre nenhuma destas questões incidiu a decisão recorrida proferida pela AdC.



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

Recurso Penal

*

V. Decisão.

Em face do exposto, acordam em conferência, em julgar improcedente o recurso e, em consequência, em manter a decisão recorrida.

Custas, a cargo da Recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 4 UC's e demais encargos legais.

*

Notifique.

Lisboa, 2024-02-24

Ana Pessoa

Paula Doria Pott