



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

219072

CONCLUSÃO - 20-12-2018

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Helder Roseiro)

=CLS=

Considerando que o presente apenso e o apenso E versam sobre a mesma questão de direito e foram instaurados pelo mesmo Recorrente, ir-se-á proceder à decisão conjunta dos dois recursos, conforme se segue:

DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO:

*

TRAMITAÇÃO:

1. No presente apenso (D), [REDACTED] (doravante “Recorrente” ou “Visado”), visado no processo de contraordenação n.º PRC/2016/6, instaurado pela AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (AdC), veio impugnar judicialmente a decisão proferida pela AdC, com a referência S-AdC/2018/2205, de 10 de setembro de 2018, que indeferiu o seu pedido de tratamento confidencial para Co-visados, do valor da remuneração anual por si auferida nos anos de 2015 e 2017.
2. No apenso E, o Visado impugnou judicialmente a decisão proferida pela AdC, no mesmo processo de contraordenação, com a referência n.º S-AdC/2018/2292, de 17 de setembro de 2018, que indeferiu o seu pedido tratamento confidencial para Co-visados, do valor da remuneração anual por si auferida nos anos de 2014 e 2016.
3. As questões suscitadas pelo Recorrente nos dois recursos são iguais e resumem-se, no essencial, ao seguinte: (i) em primeiro lugar, entende que os despachos proferidos devem ser considerados inválidos, por falta de fundamentação e, consequentemente,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Iº Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

devem ser proferidos novos despachos que defiram a requerida confidencialidade; (ii) em segundo lugar e subsidiariamente, deverão ser revogados os despachos por violação do direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no artigo 26.º, da Constituição, do dever de proteção de segredos de negócio, previsto no artigo 30.º, n.º 1, da Lei da Concorrência e bem assim das normas relativas à proteção dos dados pessoais.

4. A AdC juntou alegações, pugnando pela improcedência do recurso, porquanto considera, em síntese, que as decisões impugnadas não padecem de qualquer irregularidade e não há lesão dos direitos invocados.
5. Nenhum dos sujeitos processuais intervenientes – Ministério Público, AdC e Recorrente – se opôs à prolação de decisão por simples despacho, não existindo qualquer questão prévia, nulidade ou exceção que obstrem ao conhecimento do mérito dos recursos.

*

FACTOS RELEVANTES:

6. Com relevo para a presente decisão importa considerar os seguintes factos, que não são controvertidos e se extraem dos atos processuais praticados no presente processo de contraordenação:
 - a. Por decisão proferida no dia 13.10.2016, cuja cópia consta a fls. 47 e 52, AdC decidiu a abertura de um processo de contraordenação contra as empresas Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A., Frutifer, Industrias Ferroviárias, S.A., Mota-Engil – Engenharia e Construção, S.A., Neopul – Sociedade de Estudos e Construções, S.A. e Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A., para investigar a existência de práticas proibidas pelo artigo 9.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (doravante “NRJC”), aprovado



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

pela Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, bem como pelo artigo 101.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante “TFUE”), sujeitando o inquérito a segredo de justiça;

- b. Por decisão proferida em 17 de maio de 2018, cuja cópia consta a fls. 54, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, a AdC decidiu proceder ao alargamento do âmbito subjetivo do referido processo, por indícios de infração ao disposto no n.º 1, do artigo 9.º, da Lei n.º 19/2012, às seguintes pessoas singulares: Recorrente; [REDACTED]
- [REDACTED]
- c. Em 21 de maio de 2018, 25 de junho de 2018 e 05 de setembro de 2018, através dos ofícios com a referência S-AdC/2018/1108, cuja cópia consta a fls. 56 a 64, S-AdC/2018/1478, cuja cópia consta a fls. 59 a 64, e S-AdC/2018/2133, do apenso “E”, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, a AdC notificou o Recorrente para indicar o valor da remuneração anual auferida no exercício de funções na Fergrupo, nos anos de 2014 a 2017 e a cópia da declaração de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, relativa aos rendimentos auferidos nos mesmos anos;
- d. Por requerimentos datados de 06 de junho de 2018, cuja cópia consta a fls. 66 a 72, de 03 de julho de 2018, cuja cópia consta a fls. 73 a 79, e de 12 de setembro de 2018, cuja cópia consta a fls. 57-verso e 58, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, o Recorrente prestou as informações referidas e requereu que se considerasse a informação prestada, relativamente à remuneração anual auferida no exercício de funções na Fergrupo, como sendo *“totalmente confidencial, uma vez que se trata de informação que, ..., não é de natureza pública nem é do conhecimento das demais visadas, exceto a Fergrupo”*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

- e. Por decisão proferida em 17 de julho de 2018, com a referência, S-AdC/2018/1690, cuja cópia consta a fls. 81 e 82, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, e por decisão proferida em 17 de julho 2018, com a referência S-AdC/2018/1690, cuja cópia consta a fls. 63 do apenso E, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, a AdC deferiu o pedido de proteção de confidencialidade relativo ao valor da remuneração anual em relação a terceiros, mas, quanto aos co-visados, entendeu que “*a informação em causa não constitui segredo por não ter ficado demonstrado que a sua divulgação a Co-visados seja suscetível de lesar gravemente os interesses do Visado*”, tendo fixado o prazo de 10 dias úteis para o Recorrente, querendo, dizer o que tivesse por conveniente;
- f. O Recorrente respondeu por requerimento datado de 2 de agosto de 2018, cuja cópia consta a fls. 84-85, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, no qual reiterou o pedido de tratamento confidencial da informação em referência;
- g. A AdC proferiu as decisões impugnadas, cujas cópias constam a fls. 87 e 88 dos presentes autos e a fs. 5 do apenso E, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, indeferindo o requerido, no essencial por considerar que o Visado “*não procedeu à cabal demonstração de que a divulgação da informação do valor da remuneração anual auferida pelo Visado, como Administrador e diretor geral no exercício de funções na Fergrupo, no ano de 2015, seja suscetível de lesar gravemente os interesses do Visado*”;
- h. Em 13 de setembro de 2018, a AdC notificou aos Co-visados, incluindo o Recorrente, a nota de ilicitude e a decisão de levantamento do segredo de justiça – cf. fls. 90 a 98.

*

APRECIAÇÃO DO TRIBUNAL:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

7. Começando pela questão primeira da existência de um eventual vício relacionado com uma deficiente fundamentação da decisão impugnada, importa referir que tal vício – seja uma nulidade, seja uma irregularidade (enquadramento jurídico proposto pela Recorrente) – será sempre sanável, pois não se inclui no elenco previsto no artigo 119.º, do Código de Processo Penal (CPP), *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO.
8. Um vício desta natureza fica sanado se o participante processual interessado se *tiver prevalecido de faculdade a cujo exercício o ato anulável se dirigia* – cf. artigo 121.º, n.º 1, alínea c), do CPP, *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, aplicável por maioria de razão às irregularidades. A fundamentação da decisão impugnada dirigia-se, entre o mais, a dar a conhecer ao Recorrente as razões do indeferimento da sua pretensão, a fim do mesmo, querendo, as poder impugnar judicialmente do ponto de vista do seu mérito. Por conseguinte, uma das faculdades às quais se dirigia o ato potencialmente afetado era a impugnação judicial sustentada em fundamentos de mérito.
9. Ora, o Recorrente exerceu esta faculdade, pois, na sua impugnação judicial, não se limitou a invocar o vício, mas pronunciou-se sobre o mérito da questão objeto das decisões da AdC. Consequentemente, a conclusão a extrair é no sentido de que o Recorrente sanou qualquer vício de fundamentação que pudesse afetar as decisões impugnada. Nesta medida, improcede o vício de fundamentação e o que importa verdadeiramente apreciar e decidir é se as decisões da AdC, de não atribuição de um tratamento de confidencialidade, para os Co-visados, do valor das remunerações auferidas pelo Visado, como administrador e diretor geral no exercício de funções da Fergrupo, nos anos de 2014 a 2017, viola o direito à reserva da vida privada, previsto no artigo 26.º, da Constituição, o dever de proteção de segredos de negócio, consagrado no artigo 30.º, n.º 1, do NRJC, e as normas relativas à proteção dos dados pessoais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

10. Começando pela reserva da vida privada, constata-se que o NRJC não contém referências específicas à proteção deste direito, não lhe reservando – ao contrário do que sucede em relação aos segredos de negócio – um especial regime de confidencialidade. Nesta medida, a única possibilidade de proteção que se encontra no NRJC é o regime do segredo de justiça, especificamente por via do artigo 32.º, n.º 3, do NRJC, considerando que o direito à reserva da vida privada de um co-visado poderá ser um dos “direitos” aí genericamente referidos suscetível de justificar a sujeição do processo a esse regime especial.

11. Contudo, esta solução depara-se com dois problemas, do ponto de vista da pretensão do Recorrente. O primeiro consiste no facto do processo já não estar sujeito a segredo de justiça e de não ser a decisão que fez cessar este regime o objeto da presente impugnação. Aceita-se, no entanto, que não é uma razão decisiva para a falência do recurso, face ao seu cariz meramente formal. Impõe-se, por isso, avançar na análise.

12. O segundo problema reside no facto do segredo de justiça, previsto no artigo 32.º, n.º 3, do NRJC, ter um âmbito externo e não interno, conforme se retira do artigo 33.º, n.º 2, *a contrario*, do NRJC, pois é impensável admitir que os direitos que justificam este regime de proteção se sobreponham sempre e, em qualquer caso, aos direitos de defesa dos demais co-visados, especialmente após a notificação da nota de ilicitude. Nesta medida, a ausência de qualquer referência, na norma, ao direito de acesso dos co-visados ao processo sujeito a segredo de justiça com fundamento no artigo 32.º, n.º 3, do NRJC, significa uma determinada forma de regular a questão, designadamente aquela que se indicou, no sentido de que este regime está vocacionado para o segredo externo e não interno.

13. Admite-se, contudo, que esta razão também não é fatal, pois uma interpretação conforme à Constituição, que nos obriga a ter presente o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º da Constituição, impõe que se vá um pouco



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

mais longe, pois pode suceder que a informação que justifica o regime de segredo não seja necessária para o exercício do direito de defesa dos demais co-visados nomeadamente na fase processual em que se encontra o processo. Em consequência, a limitação deste regime de segredo ao segredo externo poderia ser desproporcional, por violadora, desde logo, do subprincípio da necessidade.

14. É nesta linha de entendimento que culmina a alegação da Recorrente, fundada na reserva da vida privada, ao sustentar o seguinte: “*ainda que se compreenda a necessidade de, a determinado passo, dar a conhecer tais elementos aos Co-visados, o momento para tal relevação não é definitivamente o presente, uma vez que o processo ainda se encontra em fase de instrução, fase longínqua da determinação da sanção aplicável e em que vigora em toda a sua plenitude o princípio de presunção de inocência, previsto no art.º 32.º, n.º 2 da CRP*”.
15. Ainda que, em tese, se admita este tipo de ponderação mais profunda e específica, em nome de uma interpretação conforme à Constituição sustentada no artigo 18.º, em conjugação com os artigos 26.º e 32.º, n.º 10, do diploma fundamental, até porque a mesma tem apoio, na lei ordinária, no artigo 86.º, nº 7, do CPP, aplicável por maioria de razão e *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, do NRJC, discorda-se do juízo concreto efetuado pelo Recorrente.
16. Discorda-se porque já foi emitida a nota de ilicitude, que dá início à etapa contraditória da fase organicamente administrativa do processo, permitindo que os visados se pronunciem por *escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeira [m] as diligências complementares de prova que considere[m] convenientes* – artigo 25.º, n.º 1, do NRJC. As questões que podem interessar à decisão do processo incluem a sanção ou sanções em que incorre(m) – cf. artigo 50.º, do RGCO, *ex vi* artigo 13.º, do NRJC. Ora, a pronúncia sobre esta matéria pode implicar, na linha da argumentação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

expandida pela AdC nas suas alegações, alertar a mesma para a existência de fatores, relevantes para a determinação da medida da coima, que distinguem os visados uns dos outros, numa ponderação relativa, como é o caso da informação em discussão. E sem que com isto se belisque minimamente o princípio da presunção da inocência, pois não há qualquer inversão do ónus da prova. Nesta medida, o conhecimento, por todos os Co-visados, da informação em causa permite um exercício pleno e cabal do respetivo direito de defesa e a sua não divulgação afetaria este direito.

17. Dir-se-á: mas os argumentos de defesa que os demais Co-visados poderão apresentar com base na referida ponderação relativa entre todos os Co-visados dos fatores relevantes para a determinação da sanção, como é o caso da informação em causa, terá previsivelmente um impacto mínimo para os interesses processuais de cada um. Até pode ser que seja assim e que alguns Co-visados nem sequer tenham interesse em desenvolver esta linha de defesa. Contudo, não se pode excluir a relevância de tal informação para o efeito.

18. Dir-se-á ainda: mas o direito de defesa dos demais Co-visados não é absoluto. Evidentemente, que nenhum direito é absoluto. Contudo, a restrição que a proteção do direito de defesa implica para o direito à reserva da vida privada do Visado para além de ser adequada (porque garante o exercício pleno desse direito) e necessária (porque não se encontra outra maneira para atingir esse efeito), respeita a justa medida e não afeta o núcleo essencial do seu direito, pois a informação que o mesmo pretende salvaguardar - admitindo-se que é um tema da vida privada, em relação ao qual se deverá reconhecer uma *expectativa legítima de reserva*¹ – está muito longe daquele núcleo de segredo profundíssimo, que se encontra no centro da reserva da vida privada. Por conseguinte, improcede esta linha de argumentação invocada pelo Visado.

¹ Cf. acórdão Hannover v. Alemanha de 07.02.2012, § 97.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n° 249/18.0YUSTR-D

19. Incidindo, agora, sobre o segredo de negócio, a alegação do Recorrente é a seguinte:

“o valor da remuneração anual do Visado/Recorrente representa um custo relevante para a Visada Fergrupo, constituindo um verdadeiro segredo de negócio, nos termos e para os efeitos do art.º 30º da LdC, cuja divulgação representaria um risco efectivo para a empresa”.

20. De acordo com esta alegação, a informação em discussão será um segredo de negócio da Fergrupo não do próprio Recorrente, em nome próprio. Nesta medida, poder-se-ia afirmar, à partida, que o Visado não tem legitimidade para invocar o regime de proteção do segredo de negócio por não ser titular do direito. Contudo, esta razão não se pode ter como definitivamente decisiva, pois de acordo com a jurisprudência da União Europeia “[p]ara que as informações sejam, pela sua natureza, abrangidas pelo âmbito do segredo profissional, é necessário antes de mais, que sejam do conhecimento de um número apenas restrito de pessoas. Em seguida, deve tratar-se de informações cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiros. Por último, é necessário que os interesses que possam ser lesados pela divulgação da informação sejam objetivamente dignos de protecção” (sublinhado acrescentado) - § 71, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de maio de 2006, *Bank Austria Creditanstalt AG c. Comissão Europeia*.

21. De acordo com esta definição, o segredo de negócio parece poder ser invocado por terceiros. Contudo, não vamos tomar uma posição definitiva sobre este ponto. Iremos assumi-lo sem ponderação, uma vez que não é necessário para o caso um entendimento definitivo sobre a questão, pois a alegação da Recorrente não fornece elementos suficientes que permitam concluir pela verificação dos requisitos referidos. Efetivamente, não basta que a informação em causa consubstancie um custo de uma empresa, que também é visada no processo. É necessário que se trate de um custo cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à mesma. E, neste plano, nem a verificação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

deste requisito é de tal forma evidente, à luz de parâmetros de normalidade e razoabilidade, que dispense justificações adicionais, nem a alegação do Recorrente fornece tais justificações, na medida em que é conclusiva, pois alude a custo *relevante* e risco *efetivo*, mas sem esclarecer, em concreto, em que é que se traduz essa relevância e esse risco efetivo. Por conseguinte, improcede também esta linha de argumentação invocada pelo Visado.

22. Resta por fim o regime de proteção de dados pessoais, que nos remete para o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais (Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho), que se destina a tutelar o direito à autodeterminação informativa, consagrado no artigo 35.º, da Constituição. Admitindo que este diploma é aplicável, sem restrições, aos dados colhidos num processo de contraordenação (questão que não se tem por definitivamente resolvida, mas que se assume como pressuposto de decisão), considera-se que a AdC tem razão ao apelar para o artigo 6.º, n.º 1, alínea e), do diploma, cujo conteúdo é o seguinte: o tratamento é lícito *se for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento*.

23. Neste caso, a informação em causa é necessária para os efeitos referidos, pois a AdC apenas logrará cumprir a sua missão pública de defesa da concorrência – cf. entre o mais, artigo 5.º, n.º 1, do NRJC – se, no domínio sancionatório, garantir a regularidade do processo de contraordenação, com respeito pelos direitos e garantias fundamentais aplicáveis, como é o direito de defesa. Por conseguinte, improcede esta última linha de argumentação invocada pelo Visado e, em consequência, os recursos.

*

DISPOSITIVO:

24. **Em face de todo o exposto, julgo os recursos (presente apenso e apenso E) totalmente improcedentes.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 249/18.0YUSTR-D

*

CUSTAS:

25. O Recorrente deve ser condenado em custas, que incluem a taxa de justiça – cf. artigos 93.º, n.º 3 e 94.º, n.º 3, ambos do RCP.
26. No que respeita ao valor da taxa de justiça, verifica-se que o Recorrente já procedeu à liquidação, cada uma, de uma unidade de conta a título de taxa de justiça, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais (RCP). Importa proceder, nos termos do mesmo preceito legal, à correção da taxa de justiça, de acordo com os limites previstos na tabela III anexa ao diploma, designadamente 1 a 5 unidades de conta.
27. Neste âmbito, entende-se que a fixação da taxa de justiça em três e meia unidades de conta é suficiente, sendo certo que, tratando-se de uma atividade de correção da taxa de justiça, este valor final inclui a unidade de conta já liquidada. Quer isto dizer que o Recorrente apenas terá de pagar o remanescente.
28. **Em face do exposto, condena-se a Recorrente em custas, fixando-se a taxa de justiça em três unidade de conta, que inclui a unidade de conta já liquidada pelo Arguido ao abrigo do disposto no artigo 8.º, n.º 7, do RCP, faltando pagar duas unidades de conta.**

Deposite, notifique e comunique.

20.12.2018