



Tribunal do Comércio de Lisboa

1.ª Junta

Rua do Ouro, N.º 49 - 2.º - 1100-060 Lisboa
Telef: 213241510 Fax: 213325430 Mail: comco@tlisboa.com.mj.pt

200480-10081210



8 1 2 4 9 8 4 5 9 0 0 P T

Exmo(s). Senhor(a)
Autoridade da Concorrência
Rua Laura Alves, N.º 4 - 1.º
Lisboa
1050-335 Lisboa

Processo: 1648/05.2TYLSB	Recurso de Contra Ordenação	N/Referência: 1076245 Data: 15-02-2008
Recorrente: Cerealis - Produtos Alimentares, S.A. e outro(s)...		
Recorrido: Autoridade da Concorrência		

Assunto: Despacho

Fica notificado, na qualidade de Recorrido, relativamente ao processo supra identificado, do conteúdo do despacho a fls. 8497 a 8503 de que se junta cópia.

O Oficial de Justiça,

Ana Picado

Nota:

- Solicita-se que na resposta seja indicada a referência deste documento

8497



Tribunal do Comércio de Lisboa

1.º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2.º - 1100-060 Lisboa

Telef: 213241510 Fax: 213225430 Mail: concilio@lisboa.com.mj.pt

1072768

1648/05.2TYLSB

CONC. - 11-02-2008

-CLS-

Segue despacho processado e
computado.

12.02.08

MAN /



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Nestes autos de recurso (Contra-Ordenação), em que são Recorrentes Cerealis Moagens, SA, Ceralis Produtos Alimentares, Eduardo e Artur Grilo Pereira, Ld^o, Pitorro - Moagem de Cereais, SA, Abranches & Filhos, Ld^o, Catelas & Teorgas, Ld^o, Carneiro, Campos & Companhia, Ld^o, Gérmen - Moagem de Cereais, SA, Granel - Moagem de Cereais, SA, Moagem Ceres - A. Figueiredo & Irmão, SA e Farlis - Fábrica de Farinha dos Lis, SA e Recorrida a Autoridade da Concorrência, por economia processual e ao abrigo do disposto no artigo 311^o, n^o 1, do Código do Processo Penal, aplicável por força dos artigos 41^o, n^o 1, do Regime Geral das Contra-Ordenações e 22^o, n^o 1, do Regime Jurídico da Concorrência, cumpre proferir despacho a conhecer das nulidades invocadas e questões prévias.

De entre as questões suscitadas pelas Recorrentes, o Tribunal aprecia - de seguida - a questão da nulidade da denominada Nota de Licitude Complementar.

Nos exercícios dos seus poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência (AdC), instaura processos relativos a práticas proibidas, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respectivos agentes.

Nessas diligências de investigação, se incluem os seguintes poderes:

a) Inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos;

b) Inquirir os representantes legais de outras empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação;

c) Proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova;

d) Proceder à selagem dos locais das instalações das empresas em que se encontrem ou sejam susceptíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior;

e) Requerer a quaisquer outros serviços da Administração Pública, incluindo os órgãos de polícia criminal, através dos respectivos gabinetes ministeriais, a colaboração que se mostrar necessária ao cabal desempenho das suas funções.

Como se verifica desta enumeração constante do artigo 17^o do RJCO, são amplos estes poderes de investigação.

Terminado o Inquérito, das duas uma: a AdC arquiva ou dá início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas, sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infração às regras de concorrência.



Handwritten initials or mark.

8199

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Nessa notificação – a que se denomina Nota de Ilícitude – a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem convenientes.

A Autoridade pode recusar a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatatório, como também pode ordenar oficiosamente a realização de diligências complementares de prova, mesmo após a audição supra referida, desde que assegure às arguidas o respeito pelo princípio do contraditório.

Concluída a instrução, a AdC adopta, com base no relatório do serviço instrutor, uma decisão final, que pode ser de arquivamento, de declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência, de aplicação de coimas ou de autorização de um acordo nos termos e condições previstas no artº 5º do RGCO.

No caso concreto, a fls. 2800 e seguintes, com data de 26 de Agosto de 2004, foi elaborada a Nota de Ilícitude, com 55 artigos. Os primeiros dois referem-se à origem do processo, do 3º ao 14º procede-se à identificação das arguidas, do 15 ao 21º aborda-se o mercado do produto (mercado de moagens de farinha de trigo, milho e centeio), o 22º refere-se ao mercado geográfico e no 23º são enunciadas diligências de instrução. Entre os artigos 24º a 37º - catorze artigos - é feita uma análise factual quanto ao comportamento das arguidas, em que se limita a enunciar que cada uma das arguidas enviou uma circular aos respectivos clientes na qual lhes é comunicado um aumento extraordinário do preço de farinha por elas comercializada de 20 € por tonelada, com efeitos a partir do dia 2 de Dezembro de 2003. E, finalmente, dos artigos 38º a 54º procede-se à apreciação jurídica, onde se enuncia o conceito de prática concertada, chegando-se à conclusão que as arguidas levaram a cabo tal prática, com o objectivo de restringir de forma sensível a concorrência no mercado nacional da moagem de cereais através da fixação do preço da farinha, incorrendo, por isso, numa contra-ordenação punível com coima.

Esta a Nota de Ilícitude que foi notificada às arguidas, devendo estas se pronunciar sobre as acusações formuladas e demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas e requerer diligências probatórias complementares.

Abranches & Filhos, Ldª, veio defender-se impugnando a intenção – que lhe é atribuída – de restringir a concorrência deste mercado, mais dizendo que a Nota de Ilícitude não assenta em qualquer prova directa que comprove a existência de qualquer tipo de acordo ou de conluio em que tenha participado. Basicamente refere que aumentou o preço da farinha de centeio porque os seus fornecedores também aumentaram os seus preços.

Eduardo e Artur Grilo Pereira, Ldª - para além de suscitar uma questão prévia em que invoca a nulidade por mau procedimento administrativo e violação da lei - quase só se limita a impugnar as conclusões da Nota de Ilícitude.



Al.

8500

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Catelas & Teórgas, Ld^a, defende-se com a reduzida dimensão da empresa e justifica o aumento dos preços pelo necessário acompanhamento do mercado.

Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Ld^a (Moagem de Gondar) apresentou defesa pormenorizada, referindo-se à sua actividade e relevância no mercado, à evolução do preço das matérias primas (milho amarelo e milho branco) ao longo do ano de 2003 e conclui pela necessidade económico-financeira em aumentar o preço da farinha de amarelo e milho branco que produz.

Carneiro, Campos & Companhia, Ld^a, limita-se a impugnar as conclusões da AdC.

Farlis - Fábrica de farinhas do Lis, Ld^a, vem sustentar que a investigação da AdC devia ter início no designado aumento generalizado dos preços de venda de pão ao público, dirigindo tal investigação às sociedades que produzem e comercializam pão, e conclui pelo arquivamento dos autos após apreciação sobre o mercado do produto, quer a montante (cereais), quer quanto à oferta das farinhas.

Gérmen - Moagens de Cereais, SA, Ceres - Moagens de Cereais, SA e Granel - Moagem de Cereais, SA, impugnam as conclusões da AdC, abordando em pormenor as relações entre si e o respectivo posicionamento no mercado, bem como enquadram juridicamente os seus comportamentos, em cujos enquadramentos concluem que o paralelismo de comportamentos não se deveu a qualquer concertação entre os concorrentes no mercado. Para chegar a tal conclusão, estas arguidas abordam a ampla comunicação do aumento do preço das farinhas, o paralelismo dos preços anunciados, o universo dos produtos aumentados, a simultaneidade do anúncio de aumentos, a homogeneidade da data de produção de efeitos dos aumentos e do meio usado para comunicar os aumentos.

Harmonia, SA, e Nacional, SA, para além de invocarem a nulidade do processo, expõem factos que, na perspectiva de ambas, levam à conclusão, com segurança, que as circunstâncias específicas no mercado em causa, em especial os "dramáticos" aumentos dos preços dos cereais que ocorreram a partir de Julho/Agosto de 2003, até ao final desse ano, e as suas repercussões sobre os resultados das empresas, explicam, de forma objectiva e racional, os seus comportamentos.

A fls. 4175, datada de 28 de Dezembro de 2004, a AdC elabora uma denominada Nota de Ilicitude Complementar, dizendo-se o seguinte na introdução:

"Na sequência das respostas das arguidas à "Nota de Ilicitude", foram realizadas diligências complementares de prova (audições orais de testemunhas, conforme consta de fls. 3704 a 3711, 3720 a 3725, 3750 a 3765 e 3794 a 3806 e novos pedidos de informação, conforme consta de fls. 3766 a 3770, 3781, 3991 a 3997 e 4122 a 4128. Com a presente nota de Ilicitude Complementar visa-se complementar a Nota de Ilicitude anteriormente emitida, que aqui se dá por integralmente reproduzida para todos os legais efeitos, através da invocação de factos diferentes e da reformulação de toda a apreciação jurídica à luz dos mesmos".

A prova testemunhal produzida foi a requerida pelas defesas.



MJ

8501

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Os novos pedidos de informação foram solicitados às arguidas e limitam-se a pedir tabelas de preços de diversos anos ou diversos períodos.

A Nota de licitude Complementar surge então bem mais abrangente. Os factos estão nos artigos 1º a 72º e referem-se a (i) aumentos uniformes entre Dezembro de 2000 a Janeiro de 2001, (ii) aumentos uniformes em Agosto de 2001, (iii) aumentos uniformes entre Dezembro de 2001 e Janeiro de 2002, (iv) aumentos uniformes entre Dezembro de 2002 e Janeiro de 2003, (v) encontros e comunicações entre as arguidas no âmbito do aumento de preço ocorrido em Dezembro de 2003, (vi) descida uniforme de preços entre Julho e Agosto de 2004.

Tudo visto, cumpre decidir, sendo este Tribunal o competente.

Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos – artigo 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.

“A exigência de um processo equitativo, constante no artigo 20º, nº 4, se não afecta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo, importa, antes de mais, que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efectivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e partes entre as partes na dialéctica que elas protagonizam; um processo equitativo postula, por isso, a efectividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas” – CRP Anotada, Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2005, tomo I, pg. 192.

“O direito de acção ou o direito de agir em juízo terá de efectivar-se através de um processo equitativo; ... o *due process* positivado na Constituição portuguesa deve entender-se num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais; ... um dos princípios do processo equitativo é o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias” – CRP Anotada, Gomes Canotilho, Vital Moreira, 4ª Edição revista, Vol. I, pg. 415.

Não basta assim a defesa meramente formal, com a concessão de um prazo para acção, exige-se a materialidade da defesa. Como também a acusação - neste caso por entidade administrativa com poderes sancionatórios - não pode utilizar as suas prerrogativas legais de modo insidioso ou traiçoeiro.

A Lei é clara e o processo deve ser dirimido com Justiça.

A AdC, com os poderes de inquérito consagrados na lei – que são vastos (artigo 17º do RGCO) – pode inquirir, solicitar documentos, proceder a buscas, exame, recolha e apreensão de elementos probatórios, proceder à selagem de locais de instalações e até requerer a colaboração de órgãos de polícia criminal.



Hal.
8502

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

No fim do inquérito, depois de obtidos todos os elementos que entendeu como convenientes, a AdC notifica as arguidas que tem indícios suficientes de infração às regras de concorrência e concede-lhe prazo de defesa.

Em obediência a um processo justo e equitativo, a AdC deve fazer constar da Nota de Ilícitude tudo o que tem contra as arguidas, quer quanto aos factos, quer quanto ao direito. Não há que "guardar cartas na manga". Para que a possibilidade de defesa seja efectiva e material.

Não foi o que sucedeu no caso em apreço.

Defenderam-se as arguidas, com as suas armas concentradas, e receberam como resposta, não a decisão final, mas uma Nota de Ilícitude Complementar, não prevista na lei, muito mais completa que a primeira, mais abrangente e com factos que eram do conhecimento da AdC já antes da elaboração da primitiva Notificação de Ilícitude.

O alargamento do âmbito desta Nota de Ilícitude Complementar resulta, por um lado, de factos carreados pelas defesas e, por outro, de matéria de que a AdC já conhecia.

Vejamos, por exemplo, os factos 44º a 61º desta Nota de Ilícitude Complementar. São referentes a encontros e comunicações entre as arguidas e todos eles assentam em documentos (circulares, cópias de agenda, faxes, extractos bancários e de cartões de crédito e recibos) que já constavam dos autos muito antes da primitiva Nota de Ilícitude, mas esta não lhes faz qualquer referência. São factos importantes, que revelam a existência de encontros e comunicações entre as arguidas e seus representantes relativos ao período de dois aumentos de 2003 - exactamente o mesmo a que se refere a Nota de Ilícitude primitiva - quiçá para concertar estratégias.

Se tais factos já eram do conhecimento da AdC, porque não foram levados à nota primitiva? Terão sido considerados meros elementos de prova? Se assim foi, porque foram carreados para a Nota de Ilícitude Complementar? Já são factos?

E a defesa, como fica? Opõe-se a uma Nota de Ilícitude referente aos aumentos de 2003. Em resposta leva com uma Nota de Ilícitude Complementar mais abrangente no tempo e com alguns factos importantes que já eram do conhecimento da AdC antes da elaboração da primitiva Nota de Ilícitude.

O processado seguido pela AdC nada tem de justo, de equitativo. Foi utilizado um método que não é aberto, nem franco, porque foram guardados elementos importantes, porventura a pensar já nesta Nota de Ilícitude complementar ou no recurso judicial. Era dever da AdC apresentar todos os factos que dispunha, para possibilitar uma defesa efectiva e material.

E, no plano das conjecturas, este procedimento da AdC, levado ao extremo, pode não ter fim. A cada nova defesa das arguidas, pode seguir-se uma nota complementar. Que caminhos terá a defesa? Quanto mais se defender, mais argumentos está a dar à parte contrária. Com o conseqüente esvaziamento da defesa, que fica sem armas para o recurso judicial.

8503



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

O RGCO está pensado para uma fase de inquérito, outra de defesa, a decisão e o recurso judicial. Voltar à fase de inquérito com a elaboração de nova Nota de Ilícitude, aproveitando-se de factos e elementos carreados pela defesa e, o que é mais grave, de factos que a AdC já tinha e não os utilizou na primitiva Nota de Ilícitude, é adoptar um comportamento processual assente em manifesta desigualdade de armas. É que não basta conceder novos prazos formais de defesa, pois, se as arguidas já esgotaram todos os "cartuchos", no convencimento que a acusação estava concentrada na primitiva Nota de Ilícitude, vão dizer o quê?

Pelo exposto, e por manifesta violação do princípio constitucional do direito a um processo equitativo e justo - assente em igualdade de armas, numa defesa materialmente efectiva e numa entidade administrativa que utilize os seus poderes sancionatórios de modo franco e não insidioso - consagrado no artigo 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa, declaro nula a denominada Nota de Ilícitude Complementar e todo o processado subsequente, com a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência.

Sem custas.

----- Notifique e registre.

Lisboa, 12 de Fevereiro de 2008