

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

SENTENÇA

* * *

1 - RELATÓRIO

1.1 - "NESTLÉ PORTUGAL, S.A" pessoa colectiva nº 500201307 com sede na R. Alexandre Herculano, nº 8, Linda-a-Velha, interpôs recurso de impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência (AdC) datada de 20 de Abril de 2006 que a condenou, como autora material, pela prática de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4º, nº 1 e 43º, nº 1, al. a), ambos da Lei 18/03 de 11 de Junho e, em consequência:

- lhe aplicou uma coima de € 1.000.000,00, ---

- lhe concedeu o prazo de 60 dias para cessar a prática considerada proibida e alterar os seus contratos de distribuição de café, suprimindo dos mesmos as cláusulas que impliquem, directa ou indirectamente, uma duração da obrigação de compra exclusiva por período superior a cinco anos ou a renovação para além dos cinco anos sem o consentimento expresso e livre de ambas as partes. ---

A referida decisão fundamenta-se, resumidamente, na seguinte factualidade:

- a arguida é uma empresa fornecedora de café torrefacto no canal Horeca; ---

- no exercício da sua actividade a arguida celebra com parte dos seus clientes (cerca de 9.500) contratos escritos de fornecimento de café, pelos quais estes se obrigam a comprar em exclusivo à Nestlé café de uma das quatro marcas que este comercializa; ---

- parte dos referidos contratos é celebrado por um período superior a cinco anos; ---

- parte dos mesmos contratos inclui uma cláusula nos termos da qual o contrato é prorrogável, por vontade da Nestlé, para além do período nele fixado, até que o cliente consuma a quantidade de fornecimento de café total acordada nos mesmos; ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- em todos os referidos contratos há uma cláusula que prevê a obrigação de o cliente indemnizar a arguida caso não consuma as quantidades de café que se compromete a consumir no contrato; ---

- a quantidade de café que o cliente fica obrigado a consumir é fixada pela arguida, não correspondendo em grande número de casos a quantidades mínimas de aquisição mas sim a quantidades máximas de aquisição ou mesmo a quantidades superiores àquelas que o cliente tem capacidade de consumir; ---

- o mercado de fornecimento do café no canal HORECA é o mercado relevante para a apreciação da infracção aqui em causa; ---

- a arguida tem neste mercado uma quota de 27%; ---

- existem quatro grandes empresas neste mercado, encontrando-se a arguida entre elas, mantendo-se as quotas das quatro relativamente constantes entre 2000 e 2004;---

- o mercado encontra-se fortemente concentrado; -

- as quatro maiores empresas que actuam neste mercado têm contratos idênticos aos da arguida; ---

- a inclusão de tais cláusulas nos contratos tem por objecto impedir e restringir a concorrência na medida em que impedem a entrada no mercado de novos fornecedores e impedem os já existentes de expandirem as suas quotas de mercado, ou seja, tem por efeito impedir ou restringir a concorrência; ---

- a arguida, conhecendo a proibição legal, agiu livre, consciente e voluntariamente, praticando de forma deliberada os actos supra descritos, ou seja, agiu com dolo; ---

- a conduta imputada à arguida não está abrangida pelo regulamento de isenção nº 2790/99 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999 nem se considera justificada ao abrigo do disposto no art. 5º da Lei 18/2003. ---

*

1.2 – Fundamentos do Recurso

Inconformada com a decisão a arguida interpôs o presente recurso de impugnação invocando estar a decisão inquinada dos seguintes vícios: ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- violação do princípio do caso julgado: uma vez que há várias sentenças cíveis que se pronunciaram sobre os seus contratos de distribuição e concluíram que os mesmos não violam as leis da concorrência, a AdC está obrigada a respeitar tais decisões, não podendo condenar a Nestlé com base nesses mesmos contratos; ---

- violação dos direitos de defesa da arguida: a AdC não deferiu à arguida a confiança do processo e indeferiu o seu pedido de fixação de prazo para junção de um parecer económico destinado a demonstrar que os seus contratos não afectam nem restringem a concorrência; a arguida não teve acesso a uma parte significativa do processo composta por dados fornecidos por outras empresas e que a AdC classificou como confidenciais; a decisão recorrida está expurgada de dados qualificados como confidenciais, indicados na decisão em intervalos de valor, não obstante a AdC se ter baseado directamente neles para alicerçar aspectos cruciais da decisão; ---

- violação do princípio da igualdade de tratamento na medida em que a AdC imputa aos concorrentes da arguida, designadamente ao líder de mercado, condutas similares sem que contra eles tenha, até à data, adoptado qualquer providência ou decisão condenatória. ---

- violação do princípio da igualdade de armas na medida em que a arguida não tem o mesmo acesso ao processo que tem a AdC; ---

- falta de fundamentação resultante de ter ignorado os argumentos que a arguida esgrimiou na resposta à nota de ilicitude; ---

- falta de fundamentação consubstanciada na não esclarecedora motivação concreta respeitante à não verificação dos requisitos do balanço económico positivo e na contradição entre a fundamentação e os termos da decisão final; ---

Quanto à questão de fundo, conclui a arguida não ter praticado a infracção que lhe é imputada, razão pela qual peticiona a sua absolvição ou, caso se entenda que a sua conduta integra o ilícito previsto no art. 4º da Lei 18/2003, que a coima seja substituída por uma admoestação ou seja substancialmente reduzida. ---

Em súmula alega, a este propósito, que: ---



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- as cláusulas consideradas ilícitas pela AdC não têm nem por objecto nem por efeito impedir ou restringir a concorrência, sendo que, ao contrário do que consta da decisão, não existe nenhum normativo legal que estabeleça que os contratos de distribuição não podem ter uma duração superior a cinco anos; ---

- os elementos essenciais dos seus contratos, designadamente as quantidades mínimas de consumo mensal, são negociados com os seus clientes e não impostos pela arguida, sendo certo que a quantidade de contratos que na realidade ultrapassam os cinco anos é mínima; ---

- a compra efectiva da quantidade acordada é a única garantia que a arguida tem de retorno do investimento feito com o cliente, sendo que a responsabilidade contratual em caso de incumprimento é um pilar fundamental de direito civil; a AdC não esclarece como seria possível assegurar a efectividade do cumprimento das obrigações de compra exclusiva, em caso de incumprimento, se o comprador não pudesse ser civilmente responsabilizado; ---

- a mera possibilidade teórica de prorrogação da vigência dos contratos não produz qualquer impacto no mercado nem qualquer efeito anti-concorrencial, ao que acresce que, admitindo a AdC a existência de contratos de exclusividade, não pode argumentar que há um efeito cumulativo de encerramento do mercado provocado pela existência de uma rede paralela de contratos similares celebrados pelos fornecedores de café pois, a verificar-se tal efeito, o mesmo seria provocado por todos os contratos, mesmo os que têm duração inferior a cinco anos; ---

- na análise do efeito cumulativo de encerramento só deveriam ser considerados os contratos que tivessem duração excessiva, não tendo a AdC efectuado tal análise; ---

- a Nestlé tem vindo a perder quota de mercado e a perder rentabilidade ao longo dos últimos anos e não tem uma posição dominante no mercado, mercado esse que é concorrencial o que propicia uma significativa mobilidade de quotas; o mercado em causa é altamente competitivo o que impede que as cláusulas em análise produzam efeitos negativos, não estando os clientes inibidos de mudar de fornecedor de café; ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- a AdC não demonstrou que as cláusula em apreciação tenham qualquer impacto em termos de preços, ou seja, que acarretem prejuízos, ficando assim por demonstrar que ocasionem um efeito restritivo da concorrência; ---

- a Nestlé pratica uma tabela de preços única em todas as suas relações de fornecimento, não tendo a existência de contratos escritos impacto sobre o preço de café matéria-prima; este factor, aliado às contrapartidas de que beneficiam os clientes que celebram contrato escrito, torna evidente que o saldo global a favor dos mesmos é positivo e que a conduta da arguida beneficia os seus clientes bem como o consumidor final, já que permite a abertura de mais postos de venda; ---

- mesmo que assim não fosse, sempre se teria de concluir que as práticas da arguida preenchem as condições do balanço económico positivo consagrado no art. 5º da Lei 18/2003 pelo que se encontram justificadas; ---

- a decisão enferma de erro sobre os pressupostos de facto na medida em que não atendeu a significativas quantidades de café torrefacto comercializadas para consumo no canal HORECA por outros operadores, subavaliando o mercado relevante e, conseqüentemente, sobreavaliando a posição da Nestlé no mesmo, viciando os cálculos respeitantes às quotas subordinadas dos principais operadores e ao grau de concentração do mercado; ---

- a conduta da arguida nunca poderia ser qualificada de culposa e, mesmo que o fosse, nunca seria passível de ser considerada como dolosa sendo evidente a sua convicção sobre a licitude da mesma, ou seja, sempre se teria de concluir que actuou com erro desculpável sobre a ilicitude; logo, a decisão recorrida ao ter considerado a conduta da arguida punível violou o art. 32º, nº 2 e 10 da Constituição da República e o art. 9º, nº 1, do RGCOG; ---

- caso se concluísse ser o referido erro censurável, sempre a coima aplicada deveria ser especialmente atenuada e, mesmo que assim não fosse, sempre se teria de concluir que a arguida agiu com negligência inconsciente pelo que, ao concluir que agiu com dolo, a decisão recorrida violou o disposto nos arts. 32º, nº 2 e 10 da Constituição da República, o art. 8º, nº 1, do RGCOG e o art. 14º do Cod. Penal; ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- ainda que se admitisse ter a arguida praticado a contra-ordenação que lhe é imputada, nunca lhe poderia ser aplicada uma coima por quatro ordens de razões: a decisão recorrida é a primeira decisão condenatória da AdC por restrição vertical; a infracção sempre seria negligenciável; a AdC não fez prova do elemento subjectivo; não houve até à data a nível nacional ou europeu qualquer decisão condenatória por uma infracção desta natureza; ---

- a AdC cometeu diversos erros e omissões na apreciação e preenchimento dos critérios estabelecidos nas al. a) a f) do art. 44º da Lei 18/2003

*

1.3 – Alegações da Autoridade da Concorrência

Nas suas alegações a AdC refuta a invocada excepção do caso julgado bem como as violações ao direito de defesa da arguida, referindo concretamente quanto à não consulta dos elementos classificados como confidenciais, que nunca a arguida, durante a fase de instrução do processo, requereu a sua consulta. ---

Sobre a alegada violação do princípio da igualdade de tratamento, diz a AdC que não é pelo facto de haver redes de contratos semelhantes que a arguida pode deixar de ser punida, que a AdC está obrigada, de acordo com o princípio da legalidade, a adoptar uma decisão quando haja uma infracção que preencha os pressupostos de uma contra-ordenação e que, por força do segredo de justiça, não pode ser dado conhecimento à arguida de outros processos contra-ordenacionais até neles ser proferida decisão final. ---

Refuta a AdC que haja qualquer vício na fundamentação da verificação do elemento subjectivo do tipo bem como na determinação da medida da coima. ----

Quanto à questão de fundo, reafirma as conclusões constantes da decisão recorrida. ---

* * *

Realizou-se audiência de discussão e julgamento com observância do formalismo legal.---

* * *

2 - SANEAMENTO

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

O Tribunal é competente.---

A arguida, no seu recurso invocou várias nulidades e questões prévias de que cumpre conhecer nesta sede. ---

2.1 - Do caso julgado

A arguida vem invocar a excepção do caso julgado. Alega, em suma, que o que está em causa nesta sede é, em primeira instância, a avaliação dos efeitos civis dos contratos ao abrigo das regras de concorrência. Assim, “tendo as cláusulas controvertidas em análise sido já declaradas civilmente válidas pelos Tribunais, por não violarem as regras de concorrência, daí não se poderão seguir para a Recorrente quaisquer consequências contra-ordenacionais, sob pena de serem colocados em causa os princípios fundamentais da segurança jurídica e do caso julgado”. Acrescenta que “a avaliação da compatibilidade das cláusulas controvertidas com as regras de concorrência foi já especificamente abordada pelas instâncias judiciais que invariavelmente declararam a respectiva validade”. Conclui que a AdC, ao aplicar-lhe uma coima de um milhão de euros por desconformidade de certas cláusulas dos seus contratos com a legislação da concorrência “violou explicitamente os princípios do caso julgado e da segurança jurídica, na medida em que exactamente o mesmo clausulado havia já sido objecto de reiterada apreciação pelos tribunais, incluindo por alegada violação das regras da concorrência, tendo sido declarado válido.”. ---

Responde a AdC que não se verificam, *in casu*, os requisitos de que o Cod. Proc. Civil faz depender o caso julgado (identidade de pedido, de sujeitos e de causa de pedir). ---

Decidindo. ----

De acordo com o disposto no art. 22º, nº 1, da Lei 18/2003 de 11 de Junho, aos processos de contra-ordenação instaurados no âmbito da mesma Lei por processos relativos a práticas proibidas aplicam-se as disposições dela constantes e, subsidiariamente, o regime geral das contra-ordenações. ---

O regime geral das contra-ordenações, por sua vez, dispõe que são subsidiariamente aplicáveis, no que respeita à fixação do regime substantivo das



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

contra-ordenações, as normas do Cod. Penal, e no que toca ao regime processual das contra-ordenações, os preceitos reguladores do processo criminal (arts. 32º e 41º do Dec.lei 433/82 de 27 de Outubro - RGCO). ---

Face à questão tal como é colocada pela arguida antes de mais há que analisar e distinguir o caso julgado penal do caso julgado civil. ---

O caso julgado penal tem essencialmente uma vertente negativa consagrada no princípio constitucional *ne bis in idem* (art. 29º, nº 5, da Constituição da República Portuguesa - CRP) isto é, no princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pela prática da mesma infracção. ---

A propósito deste princípio Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que "... comporta duas dimensões: (a) como direito subjectivo fundamental, garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, a possibilidade de se defender contra actos estaduais violadores desse direito (direito de defesa negativo); (b) como princípio constitucional objectivo (dimensão objectiva do direito fundamental), obriga fundamentalmente o legislador à conformação do direito processual e à definição do caso julgado material, de modo a impedir a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto" (in CRP anotada, I Vol., Cª Editora, 2007, p. 497). ---

A razão de ser deste princípio não é, pois, a consagração da certeza jurídica formal, ou seja, da certeza jurídica em si mesmo considerada, mas sim da segurança/certeza jurídico-penal individual face ao *ius puniendi* do Estado (cfr., neste sentido, Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais, Cª Ed., 1990, p. 181 e ses.). ---

No caso dos autos não invoca a arguida ter já sido julgada anteriormente pela prática de qualquer contra-ordenação por infracção às regras da concorrência, nomeadamente pela inclusão de cláusulas nos seus contratos que tornem a sua duração indefinida ou que prevejam a sua duração superior a cinco anos. Não estamos, pois, perante uma situação de caso julgado penal. ---

E poderá a arguida aqui invocar o caso julgado civil? Afigura-se-nos que não. ----

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

O processo civil é, por natureza, um processo de partes, um processo que se destina a regular um concreto conflito existente entre determinadas pessoas, sejam elas singulares ou colectivas. Sendo o conflito trazido a tribunal, este é chamado a dirimi-lo proferindo, a final, uma decisão destinada a regular a situação jurídica concreta objecto do litígio, definindo de determinado modo os direitos subjectivos e interesses juridicamente protegidos que estiverem em causa. Proferida a decisão pelo último tribunal de recurso, se for o caso, ou decorrido o prazo de interposição de recurso sem que o mesmo seja interposto, a decisão torna-se definitiva, isto é, forma-se, a partir de então, o caso julgado. ---

A *ratio* deste instituto é, sem sombra de dúvida, a salvaguarda dos valores certeza e segurança jurídica. A vida em sociedade apresenta-se repleta de relações jurídico-económicas, surgindo a certeza jurídica do caso julgado como fundamento de legítimas expectativas que, por sua vez, são indispensáveis à regulação dessas relações e à paz social. Aqui a certeza jurídica é, em si mesmo, uma exigência da própria justiça. ----

A figura do caso julgado surge quando se repete uma causa depois de a primeira ter sido decidida por decisão já transitada, considerando-se que uma causa se repete quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir (arts. 497º e 498º do Cód. Proc. Civil).---

Ora esta tríplice identidade necessária para que a excepção do caso julgado proceda não se verifica neste caso, nem se poderia nunca verificar dada a manifesta diferença de bem jurídicos tutelados e, conseqüentemente, de objecto do processo. Que não há identidade de sujeitos é evidente. Mas é de igual modo evidente que não há identidade de pedido nem de causa de pedir. ---

Nas várias acções cíveis a que a arguida se refere esta é a A., o pedido consiste essencialmente na condenação da R. no pagamento de uma determinada importância (e em alguns casos na restituição de determinados bens móveis), invocando como causa de pedir o incumprimento do contrato celebrado entre as partes (contratos de distribuição em regra idênticos aos que estão em causa neste recurso). Em alguns destes processos, foi suscitada pelos RR. A questão da nulidade

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

do contrato por violação das regras da concorrência sendo certo que as decisões que apreciaram esta matéria todas concluíram pela conformidade do contrato com essas mesmas regras. ---

Nestas acções está em causa uma mera relação jurídica entre duas pessoas: a arguida, ali A., por um lado, um cliente da arguida que incumpriu o contrato com esta celebrado, por outro. A decisão proferida nestas acções é uma decisão que apenas vincula estas duas partes, ou seja, o caso julgado que se formou apenas a estas duas partes se impõe. Com efeito, e independentemente de se adoptar uma interpretação mais ou menos extensiva do alcance do caso julgado (matéria que aqui não interessa aprofundar), é indiscutível que a arguida, ali A., não pode nunca invocar a decisão que for proferida no processo "A" e que conclua que o contrato ali em apreciação não viola as regras da concorrência, no processo "B", em que está em causa uma relação jurídica diversa (partes diferentes e contrato diferente) pretendendo que neste a questão da violação das regras da concorrência não possa ser apreciada por força do caso julgado da primeira decisão! ---

Significa isto que decisões como as que a arguida vem agora invocar nem sequer fazem caso julgado entre acções cíveis. ---

Ora se assim é entre acções cíveis, por maioria de razão assim é, também, entre acções cíveis e uma acção de natureza contra-ordenacional onde, em caso algum, se pode considerar que as decisões cíveis já proferidas e que apreciaram os contratos da ora arguida têm qualquer eficácia nos termos por esta pretendidos. ---

Desde logo, como resulta já do *supra* exposto, estamos perante processos de natureza muito díspar. No processo civil estão em causa interesses meramente privados. Em acções como as invocadas pela arguida a causa de pedir assenta na existência de um dado contrato de fornecimento e no seu incumprimento pela parte contra quem a acção é proposta. A apreciação do tribunal vai incidir sobre o contrato específico que estiver em causa, sendo, a final, se for caso disso, declarada a nulidade da ou das cláusulas que se considerarem violadoras das regras da concorrência ou declarada a conformidade do contrato com tais cláusulas. A

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

análise/decisão do tribunal é feita numa única perspectiva: a de composição do litígio existente entre as duas partes no processo. ---

Já no processo contra-ordenacional estão em causa interesses de natureza pública dado que o direito das contra-ordenações é um direito sancionatório de carácter punitivo (daí que o direito penal seja o direito substantivo subsidiariamente aplicável). Contra-ordenações são violações de valores de ordenação que o Estado entende terem importância (por variadas razões, muitas vezes conjunturais) para uma boa e ordenada vivência social, violações essas que não têm a ressonância ético-jurídica do ilícito penal e por isso não constituem crimes. Estando essencialmente em causa violações de deveres impostos pelo Estado para satisfação do interesse público, incumbe à Administração, entendida em sentido lato, a investigação e punição deste tipo de ilícito, uma vez que é à Administração que cabe prosseguir o interesse público. ---

Não tem, pois, razão a arguida quando pretende que neste recurso o que está em causa em primeira instância é a avaliação dos efeitos civis dos contratos. Não, o que está aqui em causa em primeira instância é a avaliação da conformidade dos contratos com os valores de ordenação que o Estado entendeu impor neste domínio para satisfação do interesse público. ---

Nesta medida o papel da AdC é, sem dúvida, distinto do dos Tribunais Cíveis. A AdC é a entidade responsável por zelar pela observância do conjunto de valores de ordenação que o Estado entendeu dever consagrar no que respeita às regras da concorrência e por sancionar as condutas que violarem essas ordenações (art. 14º da Lei 18/2003 – *O respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente confiadas* e art. 1º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Dec.lei 10/2003 de 18 de Janeiro – *A Autoridade tem por missão assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal*). Ao fazê-lo a AdC está a actuar investida dos poderes sancionatórios que qualquer autoridade da Administração tem no que respeita aos ilícitos de mera ordenação social, executando a pretensão punitiva do Estado (art. 7º dos Estatutos). Os poderes conferidos à AdC têm como objectivo

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

permitir que esta cumpra a sua missão (velar pelo respeito das regras da concorrência), sendo manifesto que é de interesse público evitar as práticas anti concorrenciais, descobri-las e puni-las. ---

Ora é evidente que esta sua actividade não está limitada por decisões proferidas em processos judiciais de natureza cível que apenas regulam uma situação concreta do ponto de vista do direito civil, do ponto de vista dos efeitos civis dos concretos contratos que apreciaram. ---

Acresce que no processo contra-ordenacional não está em causa um contrato específico: o objecto do processo consiste no conjunto de contratos que a arguida celebra e nos quais inclui as cláusulas que a AdC entende infringirem as regras da concorrência. Os contratos concretos referidos na decisão não são mais do que exemplos incluídos na decisão para concretizar a imputação de carácter geral que é feita à arguida, *i.e.*, para ilustrar com casos concretos a sua actuação. Daí que seja de todo indiferente que um dos contratos referidos (e, de acordo com os documentos juntos pela arguida, dos três contratos usados exemplificativamente na decisão só um foi objecto de um processo e consequente decisão judicial) na decisão tenha já sido apreciado por um tribunal cível. ---

Em suma, a certeza e segurança jurídica que para a arguida resultam das decisões judiciais de natureza cível é tão só a certeza e segurança que resultam de qualquer decisão de natureza cível: aquela concreta relação jurídica não pode vir a ser objecto de outra decisão judicial. Nada mais pode a arguida pretender obter ou extrair do caso julgado cível. ----

Mas, mesmo que assim não se entendesse, ou seja, mesmo que se pudesse considerar aplicável o instituto do caso julgado civil nos presentes autos de recurso de impugnação, o certo é que nenhuma das decisões invocadas pela arguida faz caso julgado relativamente ao objecto deste processo. ---

A arguida juntou cópia de várias sentenças e acórdãos, todos proferidos em acções de natureza cível, em algumas das quais é apreciado o clausulado dos seus contratos de distribuição e a sua conformidade com as leis da concorrência. É o caso

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

das seguintes decisões (das quais se excluíram as decisões que homologam transacções dado que nestas não foi apreciado o mérito da causa): ---

a) Sentença da 5ª Vara Cível do Porto, proferida na acção com Processo Ordinário nº 179/02 em 17.6.03, na qual é A. a aqui arguida e R. a sociedade Campo Doce – Indústria de Comércio Alimentar, S.A., que condenou a R. a pagar à A. uma indemnização e absolveu esta do pedido reconvenicional que consistia na declaração de nulidade do contrato de distribuição invocado como causa de pedir (fls. 12509, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido); ---

b) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9.3.04, proferido no recurso interposto da decisão referida em a), que reduziu o montante da indemnização que havia sido fixado na sentença e manteve, quanto ao mais, o ali decidido (fls.12522, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido); ---

c) Sentença da 8ª Vara Cível do Porto, proferida na acção com Processo Ordinário nº 2034/04.7TVPRT em 6.01.06, na qual é A. a aqui arguida e R. a sociedade Carcafé – Sociedade Hoteleira do Marco de Canaveses, Lda., que, julgando improcedente a excepção da nulidade do contrato, condenou a R. a pagar à A. uma indemnização e absolveu esta do pedido reconvenicional de condenação no pagamento de uma indemnização (fls. 13664 cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido); ---

d) Sentença das Varas de Competência Mista Cível e Criminal de Sintra de 11.04.06, na qual é A. a aqui arguida e R. Marta Almeida Engrila, que condenou a R. a pagar à A. determinadas importâncias (fls. 13683, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido); ---

e) Sentença da 1ª Vara do Tribunal Cível da Comarca do Porto de 25.11.04, na qual é A. a aqui arguida e R. a sociedade Maria Helena Griff & Filhas, Lda., que condenou a R. a pagar à A. determinadas importâncias (fls. 13705, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido); ---

f) Sentença do 3º e 4º Juízos Cíveis do Porto de 13.12.04, na qual é A. a aqui arguida e R. José Marcos, que condenou o R. a pagar à A. determinadas importâncias (fls. 13728, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido); ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

g) Sentença da 8ª Vara Cível do Porto, proferida na acção com Processo Ordinário nº 4374/04 de 15.09.06, na qual é A. a aqui arguida e R. a sociedade Café da Palha, Lda., que, julgando improcedente a excepção da nulidade do contrato por violação das regras da concorrência, condenou a R. a pagar à A. uma determinada quantia (fls. 14258 cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido). ---

Nas decisões referidas nas alíneas d) e) e f) não há qualquer referência à legislação da concorrência, ou seja, as acções foram decididas total ou parcialmente procedentes sem que se tivesse feito qualquer subsunção dos factos ali em causa às regras da concorrência. Consequentemente, é manifesto que tais decisões não podem ser invocadas a propósito do caso julgado. A argumentação da arguida de que, como o caso julgado é de conhecimento officioso, o facto de as decisões nada referirem quanto à desconformidade dos contratos com as regras da concorrência significa que essa desconformidade inexistente, é de todo indefensável e não tem qualquer suporte legal. Tais decisões são, pois, inócuas nesta sede. ---

Nas restantes decisões é efectivamente apreciada a legislação da concorrência e a conformação dos contratos (em tudo similares aos que estão em causa neste recurso) a tal legislação. Sucede, porém, que em nenhum deles é analisado em particular o clausulado que a AdC entende ser ilícito. ---

Nas decisões referidas em a) e b) estava em causa um contrato de 48 meses não se fazendo qualquer referência na sentença, nem nos factos provados nem na fundamentação, à existência de uma cláusula que permita a prorrogação do contrato por vontade da arguida caso o comprador não adquira as quantidades contratadas. Significa isto que a apreciação que foi feita nas decisões em causa não incidiu sobre a concreta cláusula de prorrogação do prazo, sendo certo que o contrato inicialmente tinha o prazo de 48 meses (enquanto neste recurso estão em causa as cláusulas que prevêem uma duração superior a sessenta meses e que permitem a prorrogação do contrato por vontade da Nestlé caso não tenham sido adquiridas as quantidades contratadas dentro do prazo inicial).*-----



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Já na decisão referida em c), afasta-se a aplicação do art. 4º da Lei 18/2003 por se entender que o mesmo só é aplicável aos acordos horizontais, e analisa-se a eventual violação dos arts. 6º e 7º da mesma lei. Logo, é também esta uma decisão inócua para os efeitos pretendidos pela arguida na medida em que não cuidou de analisar a conformidade do contrato com a previsão do art. 4º que é precisamente a que está em causa nestes autos. ---

Por último, a decisão referida em g), que é a decisão proferida no processo intentado pela aqui arguida contra a sociedade que apresentou a queixa que deu lugar à abertura do presente processo, debruçando-se e apreciando a conformidade do contrato com a legislação da concorrência, não se pronuncia sobre a concreta cláusula que está em causa neste processo: a que permite a prorrogação do contrato por vontade unilateral da arguida (já que no mesmo contrato o prazo de vigência era de cinco anos). Consequentemente, também esta decisão é insusceptível de poder ser invocada como sustentação da exceção do caso julgado. ---

Em conclusão, nunca as decisões invocadas pela arguida poderiam impedir a AdC de investigar a conduta da arguida e de lhe aplicar as sanções consideradas justificadas. Aliás, a idêntica conclusão parece ter chegado Cruz Vilaça que, a propósito do papel dos tribunais nacionais na aplicação do direito comunitário da concorrência, nomeadamente dos tribunais cíveis, refere: "Diga-se, porém, que os efeitos das decisões dos tribunais, se são, por força do princípio da *res judicata*, definitivos entre as partes, não impedem necessariamente uma acção subsequente por parte das autoridades da concorrência ou de terceiros." (*in* "A Modernização da Aplicação das Regras Comunitárias de Concorrência Segundo a Comissão Europeia", Boletim da Faculdade de Direito, Vol. Comemorativo, Coimbra 2002, p. 30, n.86). ---

Face a todo o exposto, julgo improcedente a arguida exceção do caso julgado. ---

*

2.2 - Da violação do princípio da igualdade de tratamento e da proporcionalidade



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

No art. 771º do seu recurso invoca a arguida a violação do princípio da igualdade de tratamento e da proporcionalidade na medida em que a AdC imputa aos concorrentes da arguida, designadamente à líder de mercado, condutas similares sem que contra eles tenha, até à data, adoptado qualquer providência ou decisão condenatória, infringindo assim os seus deveres de imparcialidade. ----

Quanto ao princípio da igualdade, o mesmo está consagrado na CRP nos seguintes termos: *Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei* (art. 13º, nº 1, concretizando o nº 2 do preceito este princípio geral). A protecção conferida por este direito abrange a proibição do arbítrio (proíbe diferenciações de tratamento sem justificação objectiva razoável ou identidade de tratamento em situações objectivamente desiguais) e da discriminação (não permite diferenciações baseadas em categorias subjectivas ou em razão dessas categorias). --

O que a arguida alega é que foi violado o princípio da igualdade por haver referência a práticas idênticas às que lhe são imputadas por parte das suas concorrentes não tendo a AdC, até à data, tomado qualquer decisão relativamente a estas, ou seja, entende a arguida que a AdC violou a proibição do arbítrio: tratou arbitrariamente de forma desigual o que é essencialmente igual. ---

A argumentação da arguida carece em absoluto de fundamento. Num caso como o dos autos só haveria violação do princípio da igualdade se a AdC tivesse investigado paralelamente a arguida e uma ou mais das suas concorrentes, concluísse em todos os processos que as respectivas arguidas haviam cometido a infracção aqui e causa (nos seus elementos objectivo e subjectivo), e, a final, condenasse a arguida e absolvesse as demais arguidas, ou, eventualmente, condenasse a arguida numa coima de valor consideravelmente superior à que aplicasse às restantes arguidas sem que estas beneficiassem de circunstâncias atenuantes relevantes. ---

Não é, porém, esta a situação dos autos. O que se passa é que a AdC concluiu um processo de instrução, condenando a arguida pela prática da infracção que é objecto do presente recurso. Quanto às concorrentes da arguida, resulta do processo que estarão a correr termos na Autoridade processos similares a este, contra outras

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

empresas distribuidoras de café, não tendo sido ainda proferida decisão final nos mesmos. ---

Ora se a arguida sabe que tais processos existem, que estão a correr termos e que ainda não foram objecto de decisão final (cfr. fls. 12757 e 12758-A em que é a própria AdC que informa a arguida de que ainda não foi proferida tal decisão), não se percebe como é que pode vir suscitar a violação do princípio de igualdade. Como é que tal princípio pode estar violado se ainda não se sabe qual o desfecho dos outros processos? ---

Carece, pois, de razão a arguida ao invocar a violação do princípio da igualdade, sendo certo que a mesma, a este propósito, acusa a AdC de infringir os seus deveres de imparcialidade (art. 771º), fazendo-o sem qualquer suporte fáctico, ou seja, de forma meramente gratuita. ---

Quanto à invocação a este propósito do princípio da proporcionalidade não se alcança o sentido da mesma. O princípio da proporcionalidade não surge como corolário do princípio da igualdade, como pretende a arguida. Trata-se de um princípio autónomo e distinto e que nada tem a ver com o hipotético tratamento desigual de situações idênticas. ---

O princípio da proporcionalidade, também designado de princípio da proibição de excesso é uma emanção directa do art. 18º da CRP e desdobra-se em três sub-princípios: princípio da adequação (medidas restritivas devem ser adequadas para a prossecução dos fins visados), princípio da exigibilidade (medidas restritivas devem ser necessárias e sem elas não se conseguem alcançar os fins visados pela lei) e princípio da proporcionalidade em sentido restrito, (os meios restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo assim a adopção de medidas restritivas desproporcionadas e excessivas em relação aos fins obtidos. (cfr. Gomes Canotilho, *op. cit.* p. 392). ---

Este princípio não é, pois, chamado à colação quanto se invoca a diferença do tratamento dado à arguida relativamente às suas concorrentes. ---

Por conseguinte e sem necessidade de mais considerandos, conclui-se não haver aqui qualquer violação do princípio da proporcionalidade. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

*

2.3 - Da violação dos direitos de defesa

Invoca a arguida que no decurso do processo foram violados os seus direitos de defesa, em vários momentos e por várias actuações distintas da AdC, sendo que, por força de tal violação a decisão deve ser considerada nula por violação do disposto nos arts. 32º, nº 10 da Constituição da República, 50º do RGCO, 100º e 101º do Código de Procedimento Administrativo (CPA) e 26º, nº 1, da Lei 18/2003. ---

2.3.1 – Regime subsidiário aplicável

Antes de mais há que delimitar qual o regime subsidiário aplicável, se o RGCO ou o CPA. ---

O art. 19º da Lei 18/2003 dispõe que *Sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo ... bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social ...*

Por sua vez, o art. 22º, nº 1, do mesmo código determina, como já se referiu supra, que aos processos relativos a práticas proibidas se aplica subsidiariamente o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. ---

Extrai-se da conjugação destas duas normas que durante a denominada fase administrativa do processo se aplicam subsidiariamente as regras do Código de Procedimento Administrativo e que na fase de impugnação judicial se aplicam as regras do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social? Afigura-se-nos que não é esta a interpretação que se deve fazer das duas normas em apreciação. A aplicação subsidiária do CPA está pensada para determinadas situações e a aplicação subsidiária do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social está pensada para outras. ---

A este propósito A. Geraldês entende que "A razão de ser norma daquele artigo 19.º parece-nos, de facto, outra. Na verdade, o apelo ao código de



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

procedimento administrativo em sede de actividade sancionatória deriva da natureza das infracções em causa e do facto de muitas delas serem constatadas em procedimentos de natureza administrativa que seguem os termos do respectivo código. Esta circunstância justifica que se tenha pretendido aproveitar essa forma de procedimento e, sobretudo os actos já levados a cabo no contexto do mesmo para sancionar as infracções em causa, afastando, em relação a elas, o processamento típico das contra-ordenações." (comunicação proferida em 3.06.05 num Seminário sobre direito Europeu da Concorrência, promovido pela Procuradoria Geral da República, que teve lugar no CCB). ---

Significa isto que se estamos perante um processo de natureza sancionatória em que está em causa a prática de uma contra-ordenação, o direito subsidiário aplicável é o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. Se estamos perante um processo de natureza sancionatória em que não está em causa a prática de um ilícito contra-ordenacional, a AdC actua no campo do direito administrativo, sendo por conseguinte aplicável subsidiariamente o CPA. ---

Este entendimento é sufragado por Lacerda Costa Pinto que refere: "Do ponto de vista da autoridade administrativa a competência para processar contra-ordenações pode ter algo de peculiar: trata-se de Direito aplicável por uma entidade administrativa, mas que não é em rigor Direito Administrativo. (...) quando um acto de uma autoridade administrativa possa ser visto simultaneamente como um *acto administrativo* e um *acto integrador de um processo de contra-ordenação* o seu regime jurídico, nomeadamente para efeitos de impugnação, deverá ser em princípio o do ilícito de mera ordenação social e subsidiariamente o regime do processo penal, mas não o regime do Código de Procedimento administrativo. Uma solução diferente criaria o risco de um bloqueio completo da actividade sancionatória da administração por cruzamento de regimes e garantias jurídicas".

"A solução aqui sustentada (...) parece ser aquela que é ditada não só pelo enquadramento constitucional das garantias em processo de contra-ordenação, mas também pelo facto de o regime geral das contra-ordenações determinar a aplicação subsidiária do processo penal ... e equiparar os poderes instrutórios em processo de

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

contra-ordenação aos poderes da polícia de investigação criminal (art. 48º, n.º 2), negando implicitamente qualquer recurso subsidiário ao Direito Administrativo." (o Ilícito de Mera Ordenação Social e a erosão do princípio da subsidiariedade da Intervenção Penal", *in* RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, p. 81). ---

Também Simas Santos e Lopes de Sousa defendem esta posição: "Este artigo 41.º, insere-se nas normas gerais do processo contra-ordenacional e, por isso, as remissões nele feitas reportam-se tanto à fase de investigação da contra-ordenação, a que serão aplicáveis subsidiariamente as normas do processo de inquérito e instrução, como à fase de julgamento, no caso de recurso judicial da decisão administrativa de aplicação da coima." (*in* *Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral*, 2ª ed., Vislis, p. 267)¹. ---

Assim, no caso dos autos não há que recorrer às normas do CPA respeitantes à fundamentação das decisões (arts. 100º e 101º) mas sim às normas do RGCOC referentes a esta mesma matéria (art. 50º). ---

Aliás, o que nunca se poderia era entender, como faz a arguida, que se aplicam subsidiariamente o CPA e o RGCOC. As disposições que a arguida entende terem sido violadas são disposições paralelas, umas previstas para o procedimento administrativo e outras para o procedimento contra-ordenacional. Ora não pode aceitar-se que uma mesma decisão deva ser considerada nula ou anulável por violar o art. 100º do CPA e o art. 50º do RGCOC. Ambas as normas têm o mesmo objectivo: a salvaguarda do exercício do contraditório. Não faria, pois, qualquer sentido, concluir que ambas as disposições tinham sido violadas. ---

*

2.3.2 – O art. 50º do RGCOC

Antes de entrar na apreciação concreta de cada uma das apontadas violações ao direito de defesa da arguida há que explicitar qual o conteúdo deste direito nos ilícitos de mera ordenação social. ---

¹ Neste sentido ainda António Beça Pereira, no «Regime Geral das Contra Ordenações e Coimas», Almedina 2001, pág. 88; Teresa Beleza, no «Direito Penal», AAFDL, vol. I, 2.ª edição, pág. 131; José P. F. Cardoso da Costa, «O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas»,

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

O art. 50º do RGCOOC dispõe que *Não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.* ---

Este artigo visa garantir ao arguido no processo de contra-ordenação que é ouvido sobre os factos que lhe são imputados, permitindo-lhe assim organizar a sua defesa. Trata-se, pois, de um direito que decorre do princípio geral do contraditório, exigência fundamental de um Estado de Direito Democrático. Trata-se hoje de uma garantia consagrada de forma expressa na Lei Fundamental nos seguintes termos *Nos processos de contra-ordenação (...) são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa* (art. 32º, nº 10). ---

Em anotação a este preceito Jorge Miranda afirma que “O nº 10 garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.” (in *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Tomo I, 2005, p. 363). ---

A propósito da extensão e conteúdo deste direito, e da sua diferenciação face ao direito do arguido em processo penal, já o Tribunal Constitucional se pronunciou por diversas vezes, sempre concluindo que a diferente natureza dos ilícitos e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social fazem com que as garantias em ambos os regimes não tenham que ser iguais (cfr. Ac. TC 659/06 de 28.11.06 e demais jurisprudência aí citada), sem prejuízo de haver um núcleo essencial e intocável de respeito pelo princípio do contraditório. ---

Expressivo sobre o ponto de vista do Tribunal Constitucional é o Ac. 278/99 de 5 de Maio de 1999, posteriormente citado em abundância noutros arestos do

1991, pp. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, «Contra-Ordenações», CEJ, Set. 1995, pp. 46 e segs., s/ a «estrutura e conteúdo da decisão». ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

mesmo tribunal, onde se refere: "... A preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela observância do contraditório, de modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do nº 5 do artigo 32º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito. (...)

Ou seja, ressalvado esse núcleo essencial – que impede a prolação da decisão sem ter sido dada ao arguido a oportunidade de “discutir, contestar e valorar” (parecer nº 18/81 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, 16º vol., pág. 154) – não existe um espartilho constitucional formal que não tolere certa maleabilização do exercício do contraditório...”. ---

Tendo em mente este enquadramento há que analisar se a AdC violou este núcleo essencial e intocável do direito de defesa da arguida. ---

*

2.3.3 – Da confiança do processo

Alega a arguida ter requerido à AdC a confiança do processo, com vista a preparar a sua resposta à nota de ilicitude. O seu pedido foi negado por a autoridade recorrida ter considerado não ser a confiança legalmente admissível face ao disposto no art. 89º, nº 3, do Cod. Proc. Penal. Ao indeferir o seu pedido a AdC limitou o seu acesso aos autos. ---

Resulta efectivamente dos autos que a arguida, após notificada da nota de ilicitude, requereu a confiança do processo para exame fora das instalações da

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

autoridade e que a confiança lhe foi negada com o fundamento de ser legalmente inadmissível (cfr. fls. 12443 e 12449). ---

A questão que aqui se coloca é antes de mais a de saber se a confiança do processo, no momento em que foi pedida, era ou não admissível e, caso se conclua que não o era, se a recusa da AdC violou os direitos de defesa da arguida. ---

Uma vez que nem a Lei 18/2003 nem o RGCOOC contêm qualquer disposição sobre a consulta dos autos fora das instalações da autoridade administrativa (a usualmente denominada "confiança" do processo), há que recorrer às normas do processo penal respeitantes a esta matéria e que são subsidiariamente aplicáveis. ---

Nos termos do disposto no art. 89º, nº 3, do Cod. Proc. Penal, o arguido tem, *relativamente a processos findos, àqueles em que não puder ou já não puder ter lugar a instrução e àqueles em que tiver havido já decisão instrutória, direito a examiná-los gratuitamente fora da secretaria, desde que o requeiram à autoridade judiciária competente e esta, fixando prazo para tal, autorize a confiança do processo.* ---

Não sendo o processo de contra-ordenação um processo-crime, é manifesto que, quando é necessário recorrer à aplicação subsidiária do direito penal e processual penal, se impõe a adaptação destas normas à realidade subjacente às contra-ordenações. Assim, caberá agora analisar os dois regimes de processo (penal e contra-ordenacional) para então apreciar se, após a notificação da nota de ilicitude, o processo pode ou não ser "confiado" à arguida. ---

O processo-crime tem início com a abertura de um inquérito na sequência da notícia de um crime (art. 241º e 262º, ambos do Cod. Proc. Penal). No decurso do inquérito são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão sobre a acusação (citado art. 262º). Terminada a investigação e concluindo o titular da acção penal (Ministério Público) que há fortes indícios da prática de um crime, deduz a respectiva acusação contra o seu autor (art. 283º, nº 1, Cod. Proc. Penal). Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a acusação, requerer, no prazo de 20 dias contados da sua notificação, a abertura de instrução (art. 287º



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

do Cod. Proc. Penal), fase destinada a comprovar judicialmente a decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento (art. 286º do Cod. Proc. Penal). ---

Até ser proferida acusação o arguido só tem acesso aos autos de declarações e aos requerimentos por si apresentados, para além do direito a estar presente em determinadas diligências probatórias (art. 89º, nº 2, do Cod. Proc. Penal). Uma vez proferida a acusação o arguido passa a ter o direito de "consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele" bem como a examiná-lo gratuitamente fora da secretaria" (art. 86º, nº 2, al. c), e 89º, nº 1 e 3, ambos do Cod. Proc. Penal). A razão de ser deste direito é evidente: ultrapassados os motivos que levam à consagração do segredo de justiça (salvaguada da investigação e da prova recolhida e protecção dos envolvidos) há que salvaguardar o direito constitucionalmente consagrado de defesa (art. 30º, nº 1, da Lei Fundamental). ---

Feito o percurso do processo-crime até à acusação passemos ao regime contra-ordenacional. ---

O processo contra-ordenacional tem início officiosamente, mediante participação elaborada pelas autoridades policiais ou agentes de fiscalização ou por denúncia de particulares (art. 54º, nº 1º, do RGCO). Aberto um processo contra-ordenacional são praticados os actos de investigação reputados de necessários com vista à decisão final (citado art. 54º, nº 2º). Terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há fortes indícios da prática de uma contra-ordenação e de quem é o seu autor, profere uma decisão, designada de nota de ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável, e indica as sanções aplicáveis. Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável (citado art. 50º). ---

Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária ou pelo requerimento de realização de diligências de prova.

Exercido o direito de defesa e realizadas as provas que a autoridade reputar de necessárias, será proferida decisão final que tanto poderá ser de arquivamento do processo como de aplicação de uma coima (art. 54º, nº 2, do RGCO). Sendo proferida uma decisão condenatória pode o arguido interpor recurso judicial junto da entidade recorrida, que, se não revogar a decisão, enviará os autos ao Ministério Público junto do Tribunal competente (art. 59º e 62º do RGCO). Caberá então ao Ministério Público apresentar os autos a juízo, valendo este acto como acusação (art. 62º, nº 2, do RGCO). ---

Qual é a peça processual no direito contra-ordenacional equivalente à acusação no processo-crime? ---

A acusação tem como objectivo levar a julgamento um arguido que é suspeito da prática de um crime. Só com a notificação da acusação o arguido tem pleno conhecimento dos factos que lhe são imputados e do seu enquadramento jurídico e, só então, pode verdadeiramente exercer o seu direito de defesa, através do requerimento de abertura de instrução (fase processual que não existe no regime contra-ordenacional). ---

Qual é a peça processual que, nos processos de contra-ordenação, exerce tal função? É, desde logo, a nota de ilicitude. Com efeito, com a notificação da nota de ilicitude é dado conhecimento ao arguido dos factos que lhe são imputados e do respectivo enquadramento jurídico, tendo o arguido, a partir desse momento, o direito efectivo de apresentar a sua defesa, através do requerimento de resposta à nota de ilicitude (no sentido de que a nota de ilicitude equivale à acusação cfr. Ac. RL de 3/5/2001, consultado em www.dgsi.pt/jtrl). ---

Mas o certo é que, se for interposto recurso da decisão final, nos termos do art. 62º do RGCO a remessa dos autos a juízo pelo Ministério Público equivale a acusação. Significa isto que nos processos de contra-ordenação em bom rigor pode haver duas peças com as características e função da acusação crime. ---



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Na primeira fase do processo a nota de ilicitude equivale à acusação e a decisão final da autoridade administrativa corresponderá à sentença, no sentido em que aprecia a questão e decide a mesma definitivamente, caso não venha a ser interposto recurso de impugnação judicial. Na segunda fase, que só existe se for interposto recurso de impugnação judicial, a decisão recorrida, ao ser remetida a juízo pelo Ministério Público, equivale à acusação já que irá ser produzida (se necessário) prova sobre os factos dela constantes, a que se seguirá a sentença que apreciará a questão e decidirá a mesma, revogando, alterando ou mantendo a decisão recorrida (cfr. Assento 1/2003 de 16 de Outubro de 2002, pontos 10.6 e 11).

Podemos, pois, afirmar que, na fase administrativa do processo, a nota de ilicitude equivale à acusação, sem prejuízo de, se o processo vier a ser remetido a juízo, a decisão final recorrida valer como acusação. ----

Inexistindo a fase de instrução e, conseqüentemente a decisão instrutória, quando é que o processo passa a poder ser confiado? A resposta só pode ser uma: após proferida a decisão final pela autoridade recorrida. De facto, destinando-se a instrução a comprovar a decisão de acusar e não existindo esta fase de comprovação nos processos de contra-ordenação; sendo a acusação, em caso de recurso, a decisão final da autoridade administrativa; passando o processo, a partir do momento em que a decisão final da autoridade é proferida, directamente para a fase de julgamento, sendo certo que no processo penal só nesta fase que é permitida a confiança do processo (já que só é permitida após a decisão instrutória, i.e., quando o processo é remetido para a fase de julgamento), é para nós claro que só a partir deste momento é que a arguida pode consultar o processo fora das instalações da autoridade recorrida. ---

A posição da AdC de não permitir a confiança do processo, após a nota de ilicitude e antes de proferida a decisão final, não enferma, pois, de qualquer vício. --

Estando tal decisão correcta há que averiguar se o art. 89º do Cod. Proc. Penal viola, ele próprio, os direitos de defesa do arguido. A este propósito o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que: "Ora, nos termos do nº 1 do art. 89º do C.P.P. após a dedução da acusação, o arguido pode consultar o processo na

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

secretaria e obter elementos do mesmo, por cópia extracto ou certidão, para preparar a sua defesa. Não há, pois, impedimento à livre consulta, por parte dos defensores dos arguidos, de todo o conteúdo do processo, estando assim cabalmente asseguradas todas as garantias de defesa. Sendo certo que, não pode entender-se que, a simples limitação que obriga a tal consulta na secretaria não diminui de forma nenhuma direitos de defesa, dada a possibilidade de poderem os defensores dos arguidos obterem cópias, extractos e certidões do processo. Nem viola o princípio de igualdade de armas, pois, neste particular, da consulta do processo, e só esta questão está em causa, os arguidos não estão numa situação de desfavor em relação ao Ministério Público. Assim, admitindo-se que a consulta do processo pelo defensor do arguido se inscreve entre as garantias de defesa, tais garantias ficam asseguradas pelo teor do art. 89º do C.P.P.” (Ac. de 9.12.03, Proc.9469/03-5; no mesmo sentido cfr. Ac. STJ de 7.6.89, proc. 40007, 3ª secção e Ac RE de 18.10.94, CJ XIX, T. IV, p. 287). ----

A clareza com que a situação é explanada neste aresto dispensa quaisquer outros considerandos, sendo forçoso concluir que o facto de o processo só poder ser examinado fora da secretaria após a decisão instrutória não afecta minimamente os direitos de defesa dos arguidos. ---

Face a todo ao exposto, ao não deferir o pedido de exame do processo fora da secretaria a AdC não violou os direitos de defesa da arguida. ---

*

2.3.4 - Do indeferimento do pedido de fixação de prazo para junção de um parecer

Alega a arguida que solicitou à AdC a fixação de prazo para junção aos autos de um parecer económico destinado a demonstrar que os seus contratos não afectam nem restringem a concorrência, não fecham o mercado nem diminuem a liberdade de escolha dos consumidores, não prejudicam os consumidores finais nem afectam os preços. Tal pedido foi indeferido pela AdC com o fundamento de já ter sido adoptada a decisão final do processo. ---

6

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Diz a arguida que o seu requerimento foi apresentado antes da a decisão ter sido proferida e que o despacho que a indeferiu só lhe foi notificado cerca de um mês após a data que do mesmo consta, altura em que estava já praticamente decorrido o prazo de impugnação judicial. Com esta actuação a AdC violou os direitos de defesa da arguida. ---

Para apreciar a questão suscitada há que considerar os seguintes factos: ---

1 – Em 11 de Novembro de 2004 (cfr. fls. 29-verso) a arguida foi notificada pela AdC de que esta tinha procedido à abertura de um inquérito no mercado de fornecimento de café e para, em 10 dias, remeter determinados documentos e informações relativos aos anos de 1998 a 2003 (doc. fls. 29 que aqui se dá por reproduzido). ---

2 – Em 25 de Novembro de 2004 a arguida respondeu ao pedido de informações de 11 de Novembro (cfr. fls. 2199 e segs.). ---

3 – A AdC dirigiu à arguida pedidos de informação escritos em 10 de Janeiro, 9 de Fevereiro, 8 e 28 de Março de 2005 (cfr. fls. 11148, 11763, 11802 e 11996). ---

4 – Aos quais a arguida respondeu (cfr. fls. 11599, 11787, 11934, 12006, 12011 e 12015). ---

5 – Em 10 de Outubro de 2005 a AdC elabora a nota de ilicitude e concede à arguida o prazo de 30 dias para requerer meios de prova ao abrigo do disposto no art. 26º, nº 1, da Lei 18/2003 (cfr. fls. 12369). ---

6 – A nota de ilicitude foi notificada à arguida em 12 de Outubro de 2005 (cfr. fls. 12437-verso). ---

7 – Por fax datado de 17 de Outubro de 2005 a arguida solicitou à AdC a audiência oral dos seus, em complemento da audiência escrita a apresentar oportunamente, bem como a confiança do processo (cfr. fls. 12439). ---

8 – Por despacho datado de 19 de Outubro de 2005 e notificado à arguida no dia 21 do mesmo mês, a AdC informa que oportunamente será designado dia para a audiência oral e indefere o pedido de confiança do processo (cfr. fls. 12449 e 12450).

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9 – No dia 14 de Novembro o mandatário da arguida consulta o processo pela primeira vez nas instalações da AdC e pede cópias de várias folhas do processo que lhe são facultadas (cfr. fls. 12452). –

10 – No dia 15 de Novembro o mandatário da arguida volta a consultar o processo nas instalações da AdC (cfr. fls. 12455). ---

11 – Nesse mesmo dia a arguida requer a prorrogação do prazo para responder à nota de ilicitude (cfr. fls. 12456). ---

12 – Pedido que foi indeferido por despacho datado de 16 de Novembro, notificado por fax ao mandatário da arguida nesse mesmo dia e por carta registada no dia 18 do mesmo mês (cfr. fls. 12460 a 12463). ---

13 – No dia 24 de Novembro de 2005 dá entrada na AdC a resposta da arguida à nota de ilicitude, com a qual são juntos 12 documentos e na qual a arguidas requer que a AdC realize as diligências probatórias que entender justificadas para fazer prova do mercado relevante, dos efeitos produzidos pela cláusula de exclusividade, pela duração dos acordos no mercado relevante e sobre a susceptibilidade desses acordos serem considerados justificados (cfr. fls. 12467 e segs.). ---

14 – No dia 6 de Dezembro de 2005 a arguida é notificada de que foi designado o dia 19 de Dezembro para realização da audição oral solicitada (cfr. fls. 12559-A). ---

15 – No dia 19 de Dezembro foram ouvidos representantes da arguida que apresentaram uma exposição por meios informáticos (power point) (cfr. fls. 12565 e segs.). ---

16 – No dia 20 de Abril de 2006 é proferido pelas instrutoras do processo um despacho ordenando a junção da decisão final e a sua notificação à arguida (cfr. fls. 12621-A). ---

17 – A decisão, datada de 20 de Abril de 2006, encontra-se junta a fls. 12622 e segs.). ---

18 – Tendo a arguida sido dela notificada em 24 de Abril de 2006 (cfr. fls. 12742 e 12743). ---



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

19 – Por fax datado de 18 de Abril de 2006 às 20.32 horas a arguida requer a fixação de um prazo para junção de um estudo, cuja preparação estava já em curso, que constitui uma importante análise pericial dos aspectos económicos do processo (cfr. fls. 12744). ---

20 – Tal requerimento foi junto ao processo após a decisão final. ---

21 – Por despacho datado de 26 de Abril de 2006 a AdC indeferiu à requerida fixação de prazo nos termos constantes de fls. 12755 cujo teor aqui se dá por reproduzido. ---

22 – Não resulta dos autos a data em que a arguida foi notificada do despacho referido em 21). ---

24 – Com o recurso de impugnação da decisão recorrida a arguida juntou aos autos um estudo da autoria do Prof. Pita Barros, datado de 23 de Março de 2006, mas que, segundo declarações do referido autor prestadas em audiência de julgamento, terá sido elaborado em Maio de 2006 (cfr. fls. 13561). ---

*

Conforme já explanado supra, o art. 50º do RGCOC confere ao arguido o direito de exercer o contraditório, estando incluído nesse direito o de oferecer os meios de prova que o arguido considere necessários. ---

Em consonância com este preceito e concretizando o mesmo, o art. 26º, nº 1, da Lei 18/2003 dispõe que *Na notificação a que se refere a alínea b) do nº 1 do artigo precedente, 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.* ---

O nº 3 do mesmo preceito acrescenta que *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 dilatório.* ---

Resulta do exposto que a arguida tem direito a requerer a realização de diligências probatórias, fundamentando devidamente o requerimento, direito esse a

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

exercer no prazo que lhe for fixado. Por sua vez a autoridade administrativa tem o poder de avaliar da necessidade e utilidade das diligências requeridas, deferindo ou indeferindo a sua realização em conformidade com o juízo que fizer (neste sentido Ac. RC de 21.6.00, Rec. 1186/00). ---

No caso dos autos a arguida, notificada da nota de ilicitude e do despacho que lhe fixou o prazo de 30 dias para apresentar os seus meios de prova (em 12 de Outubro de 2005), limitou-se a requerer a audição oral dos seus representante (em 17 de Outubro de 2005), a juntar prova documental e a requerer de modo absolutamente genérico que a própria autoridade proceda às diligências de prova que considere necessárias (isto em 24 de Novembro de 2005). ---

Foi admitida a junção da prova documental bem como a audição oral dos representantes da Nestlé, que teve lugar em 19 de Dezembro de 2005, tendo a arguida procedido a uma apresentação em "power point". ---

A arguida não requereu, no prazo que para tal lhe foi fixado pela AdC, a junção de qualquer parecer nem tão pouco a concessão de prazo para tal efeito. ---

Assim, o requerimento ora em apreço sempre terá de ser considerado como um requerimento de prova complementar. Admissível em abstracto, resta apreciar se, em concreto, o requerimento devia ser deferido. --

O pedido da arguida consistia em que lhe fosse concedido um prazo para apresentar um estudo, não tendo a arguida sequer indicado qual o prazo que pretendia para o efeito. Este requerimento apenas foi apresentado em 18 de Abril de 2006 (à noite), ou seja, seis meses depois de a arguida ter sido notificada da nota de ilicitude, cerca de cinco meses depois de ter apresentado a sua resposta à nota de ilicitude e quatro meses depois de a autoridade ter procedido à audição oral dos seus legais representantes. ---

É, pois, manifesto que o pedido ora em apreciação é extemporâneo. A arguida, assim que foi notificada da nota de ilicitude, ficou consciente da posição da AdC sobre os aspectos económicos em causa na infracção que lhe era imputada. Se entendia que as conclusões da AdC sobre o mercado relevante e sobre o impacto dos seus contratos na concorrência (designadamente que os mesmos não fecham o



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

mercado nem diminuem a liberdade de escolha dos consumidores, não prejudicam os consumidores finais nem afectam os preços) estava incorrecto ou incompleto, deveria, em sede própria, isto é, no prazo de 30 dias que a autoridade lhe concedeu, ter requerido a fixação de um prazo para apresentação de um estudo sobre tais matérias. Mesmo depois de decorrido tal prazo, teve ainda a arguida uma ampla oportunidade de fazer tal requerimento, conforme resulta dos factos *supra* referidos, não o tendo feito.---

Na decisão final a AdC não faz mais do que aprofundar a tese por si sustentada na nota de ilicitude. Não há, pois, qualquer justificação para que o pedido da arguida só em Abril de 2006 seja apresentado. Consultados os autos verifica-se que a AdC terminou as suas diligências probatórias em Dezembro de 2005, aquando da audição oral da arguida, tendo sido proferida a decisão final em Abril de 2006. ---

Acresce que, conforme resulta dos autos, o requerimento da arguida só foi junto ao processo após proferida a decisão. É certo que o mesmo deu entrada na autoridade dois dias antes da data em que a decisão foi proferida. Mas não é menos certo que a decisão já estava seguramente concluída nessa data, embora ainda não estivesse junta aos autos. ---

Seja como for, entende o tribunal que o momento em que a arguida apresentou o seu requerimento foi extemporâneo pelo que não recaía sobre a AdC a obrigação de o deferir, não violando essa sua recusa os direitos de defesa da arguida. A esta foi concedido o prazo de 30 dias para requerer o que tivesse por conveniente e o requerimento em questão só foi apresentado cerca de cinco meses depois de expirado o prazo sem que para tal houvesse, ou pelo menos fosse apresentada, qualquer justificação. É, por conseguinte, indiferente a data em que a arguida foi notificada do despacho de recusa pela AdC (que aliás não resulta dos autos), sendo certo que nunca a arguida poderia considerar que tal requerimento levaria à prorrogação do prazo de impugnação da decisão recorrida. Tendo sido notificada da decisão em 24 de Abril de 2006, cabia à arguida começar desde logo a preparar o seu recurso, não podendo vir agora invocar que a notificação tardia da

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

recusa de concessão de prazo para junção do parecer prejudicou de algum modo o seu direito de defesa (leia-se, o seu direito de preparar o recurso). ---

Por outro lado, o que a arguida pretendia não era a apresentação de prova, ao contrário do que agora sustenta. Como a própria arguida refere no seu recurso, o que pretendia juntar e agora juntou é um parecer (o documento em causa intitula-se “Análise dos fundamentos económicos da decisão”). Ora entre prova documental ou pericial e junção de um parecer há uma grande diferença. As primeiras destinam-se, como o próprio nome indica, a fazer prova da existência de determinados factos, ou seja, são um meio de prova em si mesmo. Já um parecer é um estudo que analisa a prova produzida e dela retira conclusões. ----

Significa isto que o que a arguida pretendia não era, em rigor, apresentar um meio de prova mas sim um estudo sobre a prova analisada e valorada pela autoridade, isto é, o que a arguida peticionou foi a fixação de prazo para juntar um parecer (documento de valoração da prova), não sendo este documento um meio de prova em si. Assim, também por esta razão não havia fundamento para a AdC deferir o seu requerimento. ---

Por todo o exposto é forçoso concluir que ao não deferir o requerimento de 18 de Abril de 2005 a AdC não violou os direitos de defesa da arguida. ---

*

2.3.5 - Da não consideração pela AdC dos argumentos e documentos por si apresentados

No art. 452º do seu recurso vem a Nestlé arguir a violação dos seus direitos de defesa alegando que requereu a sua audição oral e tinha, por isso, direito a que as provas e argumentos então apresentados fossem devidamente apreciados pela Autoridade. ---

A arguida parece incorrer em alguma confusão acerca do conteúdo e extensão do direito de defesa. Como já foi suficientemente explanado, estamos aqui a falar do direito que assiste ao arguido de não lhe ser aplicada uma punição sem que lhe seja dada uma concreta e efectiva possibilidade de se pronunciar sobre a

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

infracção que lhe é imputada, direito que abrange, sem dúvida, a possibilidade de se pronunciar em audiência oral e a de apresentar prova. ---

Mas, no que a este aspecto concerne, o direito não vai mais longe do que isto. A valoração que é depois dada à prova produzida pela arguida é questão de todo alheia aos direitos de defesa, é questão de julgamento. ---

Ora a arguida requereu a sua audiência oral e a mesma realizou-se. A arguida requereu a junção de determinada prova documental e a mesma foi admitida. O facto de a AdC não ter dado à argumentação da arguida a valoração que esta pretendia é, conforme referido, uma questão de julgamento da causa. Aliás, a aceitar-se o entendimento da arguida teríamos de concluir que sempre que o tribunal condena um arguido que nega a prática dos factos estaria a violar os seus direitos de defesa. ---

Assim, o facto de a AdC não ter “valorado” os argumentos apresentados pela arguida e considerado, com base nos mesmos, que esta não tinha praticado a contra-ordenação que lhe é imputada, não constitui qualquer violação dos seus direitos de defesa. ---

Aliás, a haver aqui qualquer vício o mesmo nunca relevaria em sede de violação dos direitos de defesa da arguida mas, quando muito, em sede de falta de fundamentação da decisão recorrida. Sucede que a este propósito a jurisprudência, quer nacional quer comunitária, é uniforme. “Não se verifica omissão de pronúncia quando o Tribunal não aprecia todos os argumentos invocados pela parte em apoio das suas pretensões que vem a conhecer, mas só quando o juiz deixa de se pronunciar sobre questões que lhe foram submetidas pelas partes ou de que deve conhecer officiosamente, entendendo-se por questões os problemas concretos a decidir e não os simples argumentos, opiniões ou doutrinas expendidos pelas partes na defesa das teses em presença” (Ac. STJ de 25.05.06, Proc. 06P1389 e demais jurisprudência nele citada); “Em particular, a Comissão não é obrigada, na fundamentação de uma decisão que rejeita uma denúncia por violação das regras da concorrência, a tomar posição sobre todos os argumentos que os interessados invoquem em apoio do seu pedido, mas basta que exponha os factos e as

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

considerações jurídicas que assumam uma importância essencial na economia da decisão” (Ac. do TPI de 12.12.06, Proc. T-155’04, § 118 e demais jurisprudência comunitária citada no referido aresto). ---

Ora a AdC, na decisão recorrida, expõe o seu entendimento sobre todos os factos relevantes para a imputação da infracção à arguida, sendo evidente que discorda desta quanto à apreciação que fez de vários factos e da respectiva subsunção jurídica. É, pois, indiscutível que a AdC conheceu das questões relevantes no processo. Se ao conhecê-las, apreciou ou não todos os argumentos invocados pela arguida, é irrelevante para este efeito. ---

Em suma, o facto de a AdC não ter apreciado e valorado os argumentos apresentados pela arguida no sentido por esta pretendido não constitui qualquer violação aos direitos de defesa da arguida. ---

*

2.3.6 - Da não atendibilidade de determinados factores relevantes em sede de elemento subjectivo do tipo

Por último, nos arts. 676º e 685º, 754º das suas alegações, refere a arguida que houve violação dos seus direitos de defesa por a AdC ter concluído que a mesma actuou com consciência da ilicitude e que agiu com dolo sem analisar determinados factores relevantes nesta sede. Tal violação resulta ainda do facto de a AdC não ter atendido à culpa e a outros factores a que a lei alude na determinação da medida da coima. ---

A este propósito invoca a violação não só dos seus direitos de defesa mas também do princípio da presunção de inocência consagrado no art. 32º, nº 2, da CRP. ---

Nas suas alegações a AdC alega que nem a Lei 18/2003 nem o RGCOOC contêm qualquer norma que imponha a qualificação do dolo não sendo aqui aplicável o Cod. Penal por não haver qualquer lacuna. ---

Decidindo. ---

No que toca a este último aspecto (necessidade de qualificar o dolo), a posição defendida pela Autoridade não é aceitável. É certo que não há nenhuma



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

disposição legal no RGCOOC que imponha às autoridades qualificar o dolo. Mas não o há pelo simples facto de ser de todo desnecessário. O dolo que está aqui em causa é, evidentemente, o dolo criminalmente relevante e não o dolo civilmente relevante. O facto de o RGCOOC não conter nenhuma norma similar ao art. 14º do Cod. Penal não significa que não haja aqui que considerar as três categorias de dolo existentes. Tal norma inexistente por manifesta desnecessidade face ao disposto no art. 32º do RGCOOC. ---

Ora em direito penal não há uma categoria genérica e única de dolo. O dolo tem três categorias, o que aliás também sucede com a negligência, e, quando se fala em dolo fala-se sempre de uma concreta modalidade de dolo, sendo certo que esta concretização é de facto fundamental designadamente para determinação da medida da pena. ---

Tal como sucede em direito penal, também em direito contra-ordenacional não há uma categoria genérica e única de dolo. Há sempre que apurar qual o grau de dolo ou de negligência com que o arguido actuou, tendo depois essa qualificação influência directa na medida concreta da coima. Há, pois, que descrever os factos relevantes e, em rigor, concluir pela forma de dolo que estiver em causa. ---

E o facto é que a AdC, não tendo embora qualificado o dolo em causa, descreveu da seguinte forma a conduta da arguida: “agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção, sabendo que a conduta que lhe é imputada é proibida por lei, tendo assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação”. Esta descrição corresponde ao dolo directo (art. 14º, nº 1, Cod. Penal). Significa isto que a argumentação da autoridade nas suas alegações é contraditória com a sua própria decisão dado que nesta define o dolo recorrendo à norma de direito penal que caracteriza o dolo directo. ---

Seja como for, o certo é que a Autoridade descreve os factos relativos ao elemento subjectivo do tipo e conclui que os mesmos correspondem a uma actuação dolosa. O facto de não qualificar o dolo não acarreta a nulidade da decisão, ao contrário do que sucederia se o qualificasse mas se se abstivesse de conformar os factos com essa qualificação. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Veamos então se a decisão padece de algum vício resultante da omissão de consideração de determinados factores para apurar a culpa e para determinar a medida concreta da coima. ---

Na sua decisão a AdC, perante os factos que considerou demonstrados, "entendeu que a arguida agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção, sabendo que a conduta que lhe é imputada é proibida por lei, tendo assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação. Do exposto resulta que a arguida agiu com dolo, e não, como invoca, com negligência, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, não se absteve de praticar de forma deliberada, os actos acima descritos, levando a cabo uma conduta que preenche todos os elementos de um tipo legal de contra-ordenação". ---

Significa isto que para a AdC a prova produzida no processo foi bastante para sustentar a condenação da arguida como autora material da contra-ordenação que lhe é imputada, cometida com dolo. Poderá extrair-se alguma consequência do facto de a AdC não ter qualificado o tipo de dolo? A resposta não pode deixar de ser negativa. A Autoridade não qualifica o dolo mas descreve-o e fá-lo de modo suficientemente claro para se poder concluir que se trata, quanto a si, de dolo directo (art. 14º, nº 1, Cod. Penal). ---

O facto de ter entendido que a arguida teve consciência da ilicitude ou que não actuou com negligência inconsciente resultou desde logo do facto de ter concluído que a arguida agiu com dolo directo (o que exclui a negligência) e que tinha conhecimento da norma infringida (ou seja, tinha consciência da ilicitude). Acresce que esta questão não tem nada a ver com os direitos de defesa da arguida, mas sim, uma vez mais, com o julgamento que a AdC fez dos factos. ---

Relativamente à fixação da medida concreta da coima e aos factores considerados pela AdC, não se pode dizer que a decisão recorrida seja exemplar. Se é indiscutível que a AdC atendeu, na fixação da medida concreta da coima, aos critérios estabelecidos no art. 44º da Lei 18/2003 (cfr. arts. 420º e ss.), tendo considerado os fins de prevenção subjacentes (cfr. arts. 416º e ss.), não é menos certo que não consta deste capítulo da decisão, de forma expressa, o factor culpa e a

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

ilicitude. Porém, ao referir no art. 424º da decisão, que a arguida é autora material da contra-ordenação, sendo-lhe imputável a prática em apreço tal como descrita na acusação, a AdC remete para a qualificação que fez do dolo (directo - art. 338º) e para a culpa (consciência da ilicitude com que actuou - art. 412º). A decisão, não sendo modelar, não se pode, pois, considerar totalmente omissa nesta matéria. ---

Mas, mesmo que assistisse razão à arguida quanto a não terem sido atendidos determinados factores na determinação da culpa e na fixação da medida concreta da coima, tal nunca importaria sequer a anulação da decisão recorrida e muito menos a sua nulidade por violação dos direitos de defesa. Nesse caso, e porque foi interposto recurso de impugnação judicial da decisão final, caberia ao Tribunal atender a tais circunstâncias e, caso as considerasse relevantes, concluir em conformidade (ou seja, absolvendo a arguida, reduzindo a coima ou substituindo a coima por uma admoestação). ---

Em suma, não se compreende porque é que a este propósito é invocado o art. 32º, nº 10 da CRP, sendo para nós perfeitamente claro que tais questões nada têm a ver com o direito de defesa. ---

Quanto à invocação do princípio da presunção de inocência nesta sede, afigura-se-nos ser a mesma despropositada. A presunção de inocência é um princípio que se impõe enquanto se está a apurar se determinada pessoa cometeu ou não uma infracção. Até ser provado que alguém cometeu uma infracção essa pessoa presume-se inocente. Ora a determinação da medida da coima é efectuada num momento subsequente, ou seja, só se entra na apreciação da sanção a aplicar depois de se ter concluído pela prática de um ilícito. Parece-nos, pois, evidente que na determinação da medida da coima nunca pode ser posta em causa a violação do princípio da presunção de inocência. ---

Falece, assim, também esta argumentação da arguida, não se vislumbrando aqui qualquer violação dos seus direitos de defesa. ---

*

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

2.3.7 - Do não acesso pela arguida aos documentos classificados pela Autoridade como confidenciais e da sua utilização como fundamento de parte da decisão recorrida

Pretende a arguida que os seus direitos de defesa, dos quais decorrem entre outros o princípio da igualdade de armas, foram violados na medida em que não teve acesso a vários volumes do processo, incluindo aqueles que contêm os contratos-tipo usados pelos seus concorrentes, classificados pela AdC como confidenciais. ---

Acrescenta que no confronto entre os direitos de defesa da arguida e o interesse de protecção de segredos comerciais, o primeiro pesa mais do que o segundo já que é um direito fundamental. ---

Alega ainda que não pode ser a AdC a decidir quais os documentos úteis á defesa das partes, sendo certo que nos documentos qualificados como confidenciais pode haver documentos de excepcional relevância para a defesa da arguida. Acresce que à arguida e ao tribunal fica vedada a possibilidade de sindicar ou controlar a análise feita pela autoridade dos ditos documentos, designadamente por não estar justificada no processo a confidencialidade. ---

Este comportamento da AdC é tanto mais grave quando a infracção que lhe é imputada é alicerçada num efeito de encerramento do mercado provocado pela alegada existência de redes paralelas de contratos similares e pela existência de quatro empresas que dominam o mercado, conclusões que a AdC retira dos documentos confidenciais. ---

Por tudo isto a defesa da arguida fica dificultada no que toca à impugnação da matéria de facto. ---

Respondeu a AdC que é a primeira vez que a arguida suscita tal questão já que durante a fase de instrução se limitou a pedir cópias de determinadas folhas do processo, que lhe foram entregues, não tendo posto em causa a qualificação dos documentos juntos aos autos como confidenciais nem a sua existência, o que nem sequer fez na resposta à nota de ilicitude, sede própria para levantar a questão caso

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

entendesse que lhe estava a ser coarctado um direito legítimo de acesso a documentos. Caberia à arguida requerer o acesso aos elementos para que a AdC ponderasse e avaliasse se o interesse da arguida deveria ou não prevalecer sobre o da protecção do segredo de negócio das empresas concorrentes. ---

Acrescenta que, por força do disposto no art. 36º do Dec.lei 10/2003 os membros da Autoridade estão obrigados ao sigilo profissional e por força do disposto no art. 26º, nº 5, da Lei 18/2003 a Autoridade está obrigada a proteger o segredo de negócio das empresas. ---

Entende ainda a AdC que nem a jurisprudência nem a doutrina alguma vez entenderam que, em abstracto, algum dos interesses em confronto pesasse mais, mas sim que, em caso de colisão, se impõe réalizar uma ponderação destinada a apurar qual, em concreto, deve prevalecer. ---

Diz também a Autoridade que está devidamente justificada a confidencialidade na medida em que na decisão recorrida sempre que é usada informação confidencial, é feita uma referência no sentido de esclarecer que são indicados intervalos de valores e não valores determinados para proteger a confidencialidade dos documentos. ---

Por último diz a AdC que o tribunal pode sindicar a análise de confidencialidade efectuada uma vez que dispõe de todo o processo contra-ordenacional. ---

Em bom rigor a arguida suscita a este propósito várias questões que se vão conhecer separadamente. ---

*

2.3.7.1 Os direitos de defesa da arguida versus os interesses de terceiros no segredo de negócio

A Lei 18/2003 consagra o actual Regime Jurídico da Concorrência, anteriormente regulado no Dec.lei 371/93 de 29 de Outubro que por sua vez havia substituído o Dec.lei 422/83 de 3 de Dezembro. Todos estes diplomas pretendem dar concretização ao disposto no art. 81º, al. f), da CRP que determina que incumbe

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, *Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.* ---

Porquê esta consagração a nível constitucional? Porque a defesa e promoção da Concorrência são fundamentais para assegurar o saudável funcionamento do mercado. Na realidade em que vivemos a concorrência perfeita (sistema em que grande números de pequenos fornecedores abastece o mercado com o mesmo tipo de produtos ou serviços, a preços idênticos, e sem qualquer tipo de colusão entre si) não existe. Vivemos num sistema em que se torna necessário organizar de modo eficiente a actividade económica, preservando sempre um certo grau de concorrência (i.e., uma dinâmica competitiva saudável), disciplinando a actividade dos vários agentes económicos, garantindo os direitos dos consumidores e em última *ratio* promovendo a convergência dos esforços na busca de melhor realização do interesse geral. ---

Tendo em mente estes princípios e orientações e sendo evidente que qualquer agente económico, pelo mero exercício do seu direito de liberdade contratual, corolário do princípio da autonomia privada, pode interferir com o regular funcionamento do mercado, impedindo ou dificultando a entrada/permanência de empresas concorrentes no mercado, influenciando a formação da oferta e da procura, ou seja, impedindo a livre circulação de mercadorias e de prestação de serviços, surge a nível nacional a regulação da concorrência, em moldes aliás muito semelhantes aos previstos no direito comunitário. ---

A AdC, constituída como pessoa colectiva de direito público, foi criada precisamente para *assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores* (art. 1º dos Estatutos da AdC). ---



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

No âmbito do exercício das suas funções a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7º dos Estatutos). No exercício dos primeiros cabe-lhe, designadamente, *Identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei* (art. 7º, nº 2, al. a), Dos Estatutos). ---

Para tanto, à AdC foram conferidos os mesmos direitos e faculdades, por um lado, e os mesmos deveres e obrigações, por outro, dos órgãos de polícia criminal, podendo designadamente (art. 17º, nº 1, als. a) e b) da Lei 18/2003): ---

- *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;* ---

- *Inquirir os representantes legais de outras empresas (que não a arguida) ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação.*

No que concerne aos processos relativos a práticas proibidas a AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios, procede à abertura de um inquérito e, se entender que há indícios suficientes de infracção, dá início à instrução do processo (arts. 24º e 25º da Lei 18/2003). Nesta instrução a autoridade procede às diligências de prova que entende necessárias, oficiosamente e a requerimento das arguidas, caso entenda que as diligências que efectuou na fase de inquérito são insuficientes ou podem e devem ser complementadas. ---

Quando a AdC, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo citado art. 17º, nº 1, al. b), solicita às empresas informações e documentos, deve informá-las de que *deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que considerem confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações* (art. 18º, nº 1, al. d), da Lei



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

18/2003), sendo certo que a falta de resposta das empresas ou a resposta falsa inexata ou incompleta está tipificada como contra-ordenação (art. 43º, nº 3, al. b), da Lei 18/2003). ---

Sobre a AdC incumbe o ónus de acautelar *o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio* (art. 26º, nº 5, da Lei 18/2003), ónus esse que está directamente relacionado com o sigilo a que os órgãos da Autoridade e o “seu pessoal” estão obrigados (art. 36º dos seus Estatutos: *Os titulares dos órgãos da Autoridade, bem como o seu pessoal, estão especialmente obrigados a guardar sigilo dos factos cujo conhecimento lhes advenha pelo exercício das suas funções e que não possam ser divulgados, nos termos da lei.*). ---

Da simples leitura das supra citadas disposições legais resulta à evidência que está expressamente prevista a possibilidade de num processo de contra-ordenação haver elementos que não podem ser disponibilizados à arguida, ou seja, que a confidencialidade é, em abstracto, admissível e lícita, estando a AdC obrigada a respeitá-la e a fazê-la respeitar. A questão que se coloca é a de determinar qual a extensão que tal confidencialidade pode ter. ---

Entende a arguida que, quando em confronto com os direitos de defesa, os interesses subjacentes à confidencialidade têm que ceder dado que aqueles, fazendo parte do núcleo dos direitos fundamentais, são sempre prevaletentes. ---

A situação não é, porém, tão linear como a arguida pretende. É indiscutível que os direitos de defesa da arguida fazem parte dos direitos fundamentais (art. 32º, nº 10, da CRP, inserido no Capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais - do Título II – Direitos, liberdades e garantias -, da Parte I – Direitos e Deveres Fundamentais). ---

Mas também é certo que a salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes das arguidas, é indispensável para que a AdC possa cumprir as suas funções (assegurar a aplicação das regras da concorrência) e, conseqüentemente, para que o Estado assegure a realização de uma das suas incumbências prioritárias: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

reprimir práticas lesivas do interesse geral (art. 81º, al. f), da CRP). Com efeito, só se pode exigir da parte dos operadores no mercado que colaborem com a AdC e lhe transmitam documentos e informações que são confidenciais, já que são elementos nos quais se baseiam as respectivas actividades económicas, se lhes for dada a garantia de que não vai ser dada publicidade a tais elementos, nomeadamente no que às suas concorrentes respeita. ---

Por conseguinte, entende o Tribunal que assiste razão à AdC quando defende que, quando os direitos de defesa e o interesse na não divulgação dos segredos de negócio estão em confronto, há que fazer uma "ponderação sobre a prevalência de um ou de outro desses interesses, face ao caso concreto". ---

A necessidade de ponderação tem também sido defendida pela jurisprudência comunitária, citando-se a título de exemplo o Ac. do TPI de 29.06.95, Proc. T-30/91: "A este respeito deve recordar-se em primeiro lugar que, segundo um princípio geral que se aplica no decurso do procedimento administrativo e de que o artigo 214. do Tratado bem como diversas disposições do Regulamento n. 17 constituem a expressão, as empresas têm direito à protecção dos seus segredos de negócios (V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1986. Akzo Chemie/Comissão, 53/85, Colect., p. 1965, n. 28, e de 19 de Maio de 1994, SEP/Comissão, C-36/92 P, Colect., p. I-1911, n. 36). O Tribunal considera, todavia, que este direito deve ser equilibrado com a garantia dos direitos de defesa."

Cita-se, ainda, a este propósito, o Despacho do Presidente da 5ª secção do TPI de 15.06.06, Proc. T-271/03 "para apreciar as condições em que pode ser atribuído um tratamento confidencial a certos elementos dos autos, é necessário ponderar, relativamente a cada peça processual ou excerto de peça processual para a qual seja pedido um tratamento confidencial, a preocupação legítima da recorrente de evitar que os seus interesses comerciais sejam afectados de forma grave e a preocupação, igualmente legítima, das intervenientes de dispor das informações necessárias para poderem cabalmente invocar os seus direitos e expor a sua tese perante o juiz comunitário". ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Em suma, casos haverá em que o interesse da salvaguarda do segredo de negócio tem que ceder perante o direito de defesa da arguida. Mas tal só em concreto pode ser aferido, *i.e.*, só procedendo a uma análise dos elementos considerados confidenciais e da sua relevância para o processo, quer enquanto elemento de prova a ser usado pela acusação, quer enquanto elemento que possa ser usado pela defesa, é que se pode concluir que, no caso concreto, o interesse legítimo dos terceiros tem de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida.

A argumentação da arguida é, pois, nesta parte, improcedente. ---

*

2.3.7.2 - Violação do princípio da igualdade de armas

A propósito do não acesso aos elementos confidenciais a arguida invoca ainda a violação do princípio da igualdade de armas. ---

O princípio da igualdade de armas constitui uma emanção do princípio da igualdade dos cidadãos perante os tribunais, consagrado no art. 13º da CRP e traduz a ideia de que as partes no processo têm os mesmos direitos e garantias. ---

Sobre este princípio ensina Figueiredo Dias: "Torna-se assim evidente que a reclamada «igualdade» de armas processuais – uma ideia em si prezável e que merece ser mantida e aprofundada – só pode ser entendida com um mínimo aceitável de correcção quando lançada no contexto mais amplo da estrutura lógico-material da acusação e da defesa e da sua dialéctica. Com a consequência de que uma concreta conformação processual só poderá ser recusada como violadora daquele princípio de igualdade quando dever considerar-se infundamentada, desrazoável ou arbitrária; como ainda quando possa reputar-se substancialmente discriminatória à luz das finalidades do processo penal, do programa político-criminal que àquele está assinado, ou dos referentes axiológicos que o comandam." (Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, *in* *O Novo Código de Processo Penal*, «Jornadas de direito processual penal», Ed. Almedina, Coimbra, 1988, p. 30-31). ---



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Que a diferenciação pode, em determinadas circunstâncias ser admitida resulta ainda da jurisprudência do Tribunal Constitucional: "Tudo está em saber se a pretensa diferenciação de tratamento dos sujeitos processuais se baseia em motivos subjectivos ou arbitrários, ou é materialmente infundada, e é este aspecto que releva para aferir a violação do princípio da igualdade, aqui na dimensão de igualdade de armas no mesmo processo, enquanto princípio vinculativo da lei, traduzindo a ideia geral de proibição de arbítrio" (Ac. 462/03, citado pelo Ac. 27/06 de 10.01.06). ---

Também a nível comunitário a jurisprudência aceita que haja documentos no processo da Comissão que não são comunicados às partes: "No âmbito da aplicação das regras de concorrência do Tratado CE, o acesso ao processo tem designadamente por objecto permitir aos destinatários de uma comunicação de acusações tomar conhecimento dos elementos de prova que constam do dossier da Comissão, a fim de que se possam pronunciar de forma útil, com base nesses elementos, sobre as conclusões a que a Comissão chegou na comunicação de acusações. Daí resulta que a Comissão tem a obrigação de tornar acessível aos destinatários da comunicação de acusações o conjunto dos elementos contra e a favor que recolheu no decurso das diligências de instrução, com a ressalva, porém, dos documentos com carácter confidencial..." (Ac. do TPI de 13.12.01, Colect. 2001, p. II-03757). ---

Ora no caso em apreço mostra-se perfeitamente justificada a limitação deste princípio face às considerações supra explanadas a propósito da salvaguarda dos legítimos interesses de terceiros. A existência de documentos confidenciais nestes casos, podendo abstractamente levar à limitação do princípio da igualdade de armas (consubstanciada na diferenciação de tratamento entre a acusação e a defesa), está na prática justificada de modo objectivo e materialmente fundado. ---

Acresce que tal limitação sempre seria relativa face à possibilidade de recurso jurisdicional. Com efeito, pedida pela arguida a consulta dos elementos confidenciais e sendo a mesma recusada, sempre a arguida pode recorrer ao tribunal



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

a fim de que este assegure que os seus direitos e garantias não são preteridos (art. 55º RGCO). Havendo tal possibilidade de controlo jurisdicional, não se pode aceitar a ideia da violação do princípio da igualdade de armas. ---

Conclui-se, pois, pela inexistência de violação do princípio da igualdade de armas. ---

*

2.3.7.3 - Falta de fundamentação da qualificação da confidencialidade e consequente impossibilidade de controlo da respectiva decisão

Entende a arguida que, por um lado, não pode ser a AdC a decidir quais os elementos que interessam, designadamente quais os que interessam à defesa, e, por outro lado, que a decisão de qualificar certos elementos como confidenciais tem de ser fundamentada. Não fundamentando a decisão a AdC impede a arguida e o tribunal de sindicá-la a sua “análise”. ---

Concluimos já que, nesta sede, pode haver interesses de terceiros a considerar: os interesses resultantes da protecção dos seus segredos de negócio. Para que estes interesses, legítimos, sejam efectivamente assegurados, é evidente que é a AdC quem, em primeira-mão, faz a análise dos elementos e os qualifica como confidenciais (uma vez que é ela a autoridade que está a proceder à investigação e que, por conseguinte, recebe os elementos enviados pelas empresas). Mas daqui não resulta que esta análise da Autoridade não seja sindicável. Em abstracto é-o, quer pela arguida quer pelo tribunal. Vejamos. ---

De acordo com o regime legal vigente as empresas, ao remeterem informações ou documentos relativamente aos quais pretendam que seja salvaguardada a confidencialidade, devem fazer tal indicação e fazê-lo de forma fundamentada (art. 18º da Lei 18/2003). Por sua vez a AdC tem que analisar os elementos que estiverem em causa e, se entender estar justificado o pedido, assegurar a requerida confidencialidade. Tal implica, no entender do Tribunal, que a AdC, ao “retirar” do processo que vai estar acessível à arguida determinados elementos, deve elaborar uma listagem que junta ao processo, na qual identifica os documentos que reputa de confidenciais. Dessa listagem devem constar as razões

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

que levaram a que os elementos em causa fossem qualificados como confidenciais, sendo certo que tal fundamentação muitas vezes resulta da própria natureza dos documentos (neste sentido Ac. TPI de 29-06-1995, Proc. T-30/91). ---

É certo que não há nenhuma disposição específica que imponha esta actuação mas, no entender do tribunal, trata-se de uma obrigação que resulta do dever geral de fundamentação dos actos, designadamente dos actos decisórios (equiparando-se aqui os despachos da Autoridade aos despachos do Ministério Público proferidos na fase de inquérito - art. 97º, nº 2 e 4, do Cod. Proc. Penal). ---

Se a Autoridade actuar desta forma assegura que as arguidas possam, até certo ponto, sindicar a análise que efectuou e que levou à qualificação das informações ou dos documentos como confidenciais. Com efeito, tendo a arguida conhecimento de quais os elementos que estão em causa (sendo junta aos autos uma listagem com a identificação dos documentos sabe-se de que documentos se está a falar, embora não se saiba o seu conteúdo) pode verificar se os mesmos deviam ou não ser qualificados como confidenciais, por um lado, e se podem conter informações para si relevantes (já que sabendo quais os elementos em causa, pode aferir se os mesmos são ou não importantes para a sua defesa e pode perceber a que tipo de prova em contrário se pode socorrer caso sejam elementos relevantes para a acusação), por outro. É, pois, a arguida quem, em 1ª mão, controla a actuação da Autoridade nesta matéria, embora seja um controle limitado. ---

Numa segunda fase surge o Tribunal a quem cabe o controle pleno e absoluto sobre esta matéria. ---

Caso a arguida pretenda ter acesso a um qualquer elemento que tenha sido qualificado como confidencial pela AdC, apresenta um requerimento solicitando o acesso aos elementos que entende poderem interessar-lhe. A AdC apreciará o requerimento e proferirá um despacho, devidamente fundamentado, deferindo ou indeferindo o pedido de levantamento da confidencialidade, decisão a que chegará depois de ponderar qual, no caso concreto, o interesse que deve prevalecer: se o da arguida se o dos terceiros. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Se a decisão da AdC for no sentido do indeferimento do pedido e a arguida não se conformar, restar-lhe-á recorrer para tribunal, nos termos previstos nos arts. 50º, nº 2, da Lei 18/2003 e 55º do RGCOC. Caso seja interposto recurso, a AdC remeterá a Tribunal certidão das partes relevantes do processo bem como os elementos confidenciais que estiverem em causa. Neste tipo de recursos o tribunal tem poderes de plena jurisdição, cabendo-lhe fazer não só um controle de legalidade mas também de mérito, no âmbito dos quais se insere, designadamente, o de examinar os meios de prova a fim de determinar se houve violação dos direitos de defesa (Ac. TJ 07.01.04, Proc. C-204/00). ---

Consequentemente, cabe ao tribunal proceder à análise dos documentos que foram qualificados pela Autoridade como confidenciais e verificar, por um lado, se a sua divulgação põe em risco o interesse legítimo dos terceiros na não divulgação dos seus segredos de negócio, e por outro lado, se o facto de a arguida não ter tido acesso aos mesmos violou os seus direitos de defesa. ----

Tem, pois, o tribunal que fazer a ponderação a que *supra* se referiu sendo indiscutível que, se o interesse dos terceiros for legítimo e não tiverem sido violados os direitos de defesa da arguida, cabe ao tribunal zelar pela protecção desses interesses e não levantar a confidencialidade dos mesmos, ou seja, este interesse, sendo legítimo, tem de ser salvaguardado também pelo tribunal. Este entendimento está aliás expresso na Comunicação da Comissão sobre a Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-membros (a propósito da aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado EU e do Reg. da Comissão nº 1/2003) que prevê expressamente que sendo solicitadas pelo Tribunal à Comissão informações ou documentos por esta qualificados como confidenciais, a Comissão só os envia se o Tribunal em questão garantir expressamente a protecção da confidencialidade (cfr. § 25º). ---

Se o tribunal entender que a confidencialidade não é justificada, decidirá em conformidade, determinando a que documentos deve ser dado acesso à arguida. ---

Do exposto resulta que o regime legal vigente não viola, em abstracto, os direitos de defesa da arguida e que o facto de ser a AdC quem analisa e qualifica os

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

documentos como confidenciais, não constitui qualquer violação desses mesmos direitos já que, para além da possibilidade que assiste à arguida de fazer um controle preliminar, tem sempre a garantia do controle jurisdicional. ---

Regressando ao caso concreto importa em primeira-mão apreciar o procedimento adoptado pela AdC neste capítulo. ---

Neste ponto não podemos deixar de concordar com a arguida nas críticas que lhe dirige. Efectivamente, compulsados os autos verifica-se que a AdC não cuidou de identificar no processo os documentos que considerou incluírem segredos de negócio e que por conseguinte qualificou como confidenciais. De facto, a AdC limitou-se a deixar no processo uma folha em que identifica os números das folhas confidenciais quando o que deveria ter feito era identificar os elementos ou documentos como tal qualificados. Mal andou, pois, a Autoridade. Não obstante, relativamente a grande parte dos documentos e informações, a arguida tem possibilidade de saber de que informações e documentos se trata dado que as empresas em regra identificaram os mesmos na resposta à AdC e esta resposta consta do processo. ---

Por outro lado, resulta dos autos que a AdC, embora não tenha proferido propriamente uma decisão relativamente aos elementos que lhe foram enviados com a nota de que deveriam ser considerados confidenciais, teve o cuidado de os analisar, não se limitando a retirar do processo tudo o que foi enviado sob a referida reserva. Tal conclusão extrai-se das notificações efectuadas pela AdC a algumas empresas solicitando-lhes esclarecimentos sobre o porquê do pedido de confidencialidade relativamente a alguns elementos por estas enviados e que, no entender da Autoridade, não continham segredos de negócio (cfr. fls. 12356, 12359 e 12361). ---

Significa isto que a AdC fez o seu trabalho, isto é, analisou os elementos enviados e ponderou da necessidade de os mesmos serem retirados da "parte aberta" do processo por conterem segredos de negócios merecedores de protecção. O que não fez foi materializar em despacho o seu procedimento. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Há que ver qual a consequência processual desta falha da Autoridade. No entender do Tribunal a arguida não coloca devidamente esta questão. Com efeito, e salvo melhor opinião, este problema concreto tem de ser resolvido a outro nível que não o da violação dos direitos de defesa. A violação dos direitos de defesa prende-se com a importância e relevância dos elementos que foram considerados confidenciais e que, por conseguinte, não constam do processo que se encontra à disposição da arguida. A existir qualquer irregularidade a este nível a mesma consubstanciará um vício de natureza material que vai ser apreciado adiante. ---

Mas este problema só se coloca a jusante. A questão aqui em apreciação é prévia: estamos neste momento a analisar quais as consequências da falta de elaboração de uma listagem identificando os elementos qualificados como confidenciais e respectiva fundamentação, i.e., estamos a analisar as irregularidades processuais no tratamento da qualificação dos elementos como confidenciais. Ou seja, estamos perante a existência de um vício de natureza processual. ---

E que vício é este? Em nosso entender estamos perante uma mera irregularidade. Recorrendo às regras do Cod. Proc. Penal (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer na Lei 18/2003 quer no RGCO), temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo *só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei*, sendo certo que *Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular* (art. 118º, nº 1 e 2 do Cod. Proc. Penal). ---

A decisão da Autoridade relativa à qualificação dos documentos como confidenciais equivale a um acto decisório do Ministério Público, ou seja a um despacho, e, por conseguinte, carece de fundamentação, i.e., deve especificar os seus fundamentos de facto e de direito (cfr. art. 97º, nº 2 e 4, do Cod. Proc. Penal). Sucede que não há nenhum preceito que comine a falta de fundamentação dos despachos do Ministério Público com a nulidade. Logo, vigorando em processo penal o princípio da taxatividade das causas de nulidade (citado art. 118º), é forçoso

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

concluir que tal falta de fundamentação equivale a uma mera irregularidade (neste sentido Ac. RL de 26.09.06, Proc. 6008/2006.5). ---

Ora a irregularidade *só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado* (art. 123º, nº 1, do Cod. Proc. Penal). ---

Regressando ao caso concreto há que considerar a este propósito, os seguintes factos: ---

1 – Na sequência da denúncia apresentada pela sociedade Café da Palha, Lda. a AdC enviou à arguida e a muitas outras sociedades um pedido de prestação de informações e de envio de documentos, dando-lhe conta da abertura de um processo de inquérito ao mercado de fornecimento do café (cfr. fls. 4 e 29 a 185). --

2 – Na sequência desses pedidos as empresas notificadas vieram aos autos prestar as informações requeridas e juntar documentos, tendo algumas solicitado que fosse garantida a sua confidencialidade (cfr. a título de exemplo fls. 421, 519, 716 e 1155). ---

3 – A arguida, ao responder à Autoridade, remeteu vários documentos, tendo relativamente a alguns deles referido conterem informação confidencial (cfr. a título de exemplo fls. 2319, 2326, 2338, 2340, 2418 e 2526). ---

4 - Nos dias 14 e 15 de Novembro o mandatário da arguida consultou o processo nas instalações da AdC e pediu cópias de várias folhas dos autos, que lhe foram facultadas (cfr. fls. 12452 e 12455). ---

5 – Na resposta à nota de ilicitude a arguida não questionou a qualificação dada aos documentos juntos como confidenciais nem solicitou a sua consulta ou pediu cópia dos mesmos (cfr. fls. 12467). ---

6 - Até à apresentação do recurso de impugnação a arguida nunca dirigiu à AdC nenhum pedido de consulta dos documentos por esta qualificados como

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

confidenciais ou de cópia dos mesmos nem qualquer requerimento solicitando esclarecimentos sobre a qualificação de confidencial dada a tais documentos. ---

Da factualidade descrita resulta que a arguida teve conhecimento da irregularidade pelo menos no dia em que o seu mandatário consultou o processo pela primeira vez, isto é, em 14 de Novembro de 2005. Com efeito, nessa data o processo foi consultado e a arguida constatou não só que não se encontravam disponíveis no processo inúmeras informações e documentos, como que a AdC não havia listado os elementos que retirou do processo nem fundamentado as razões pelas quais os havia qualificado como confidenciais. Tinha, pois, a arguida, que ter suscitado a irregularidade da falta de fundamentação da decisão da AdC no prazo de 3 dias a contar dessa data, ou seja, a irregularidade tinha que ter sido suscitada até 17 de Novembro de 2005. Não o tendo feito, a irregularidade cometida pela Autoridade considera-se sanada. ---

Aliás, tendo tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão (irregularidade processual) raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. "O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes ... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a *actos em* que estiveram presentes e de que, agindo com a prudência normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais «possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos *actos processuais em* que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado»" (João Conde Correia, Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, *in* *Studia Iuridica* 44, C^a Ed., p.148, n. 328). ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Acrescenta ainda este autor, a propósito da razão de ser do regime que permite a sanção dos vícios por falta de arguição, que tal regime se destina também a "evitar que o interessado, em vez de arguir de imediato a nulidade, guarde esta possibilidade para utilizar no momento mais oportuno, se e quando for necessário. Conduta processual que, para além de ser muito reprovável, teria como consequência necessária a inutilização de todo o processado posterior, muitas vezes apenas na sua fase decisiva e no fim de uma longa marcha, que só com muito custo poderá ser refeita." (op. cit. p. 179). ---

Estes considerandos têm inteira aplicação ao caso dos autos. A arguida constatou a irregularidade em 14 de Novembro de 2005, não a suscitou atempadamente e vem agora, em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final, requerer a anulação do processado por a AdC não ter fundamentado o despacho relativo à qualificação dos elementos confidenciais. ---

Em suma, a não inclusão no processo de uma listagem dos documentos retirados do processo por conterem informações confidenciais de terceiros e a falta da respectiva justificação constitui uma mera irregularidade que, por não ter sido arguida no prazo legal, se considera neste momento sanada. ---

*

2.3.7.4 - Não acesso aos elementos confidenciais

Ultrapassada a questão processual suscitada, cabe então passar à análise do vício de natureza substantiva invocado pela arguida: violação dos seus direitos de defesa por poderem estar incluídos nos elementos confidenciais elementos relevantes para sua defesa e por a decisão final ser parcialmente sustentada em elementos a que a arguida não teve acesso. ---

Nesta sede importa fazer uma distinção entre os elementos a que a arguida não teve acesso e que poderiam relevar para a sua defesa, dos elementos a que a arguida não teve acesso e que serviram de suporte à acusação. Com efeito, estão em causa situações distintas que, enquanto tal, têm de ser objecto de tratamento diferenciado, conforme aliás tem sido reconhecido pela jurisprudência comunitária: "há que distinguir (...) entre o acesso a documentos susceptíveis de ilibar a empresa

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

e o acesso a documentos que demonstrem a existência da infracção imputada." (Ac. TJ 07-01-04, Proc. 204/00; no mesmo sentido Ac. TPI de 29-06-95, Proc. T-37/91 e Ac. TPI de 29-06-95, Proc. T-30/91). ---

2.3.7.4.1 - Elementos que podiam ser usados na defesa da arguida

Relativamente aos elementos que pudessem ser úteis na defesa da arguida o entendimento do tribunal é o de que só pode concluir-se pela violação dos direitos de defesa se a Autoridade tiver negado à arguida o acesso aos mesmos, ou seja, o direito da arguida só se considera violado se, por qualquer forma, o seu exercício não foi permitido. A questão passa, pois, por apurar se a arguida pretendeu exercer o seu direito, i.e., pretendeu consultar os elementos confidenciais, e se a AdC lhe negou o exercício desse direito, i.e., lhe vedou o acesso aos mesmos elementos. ---

Ora, perante a factualidade supra descrita (2.3.7.3) é forçoso concluir que a AdC não vedou à arguida o acesso a quaisquer elementos dos autos pelo simples facto de que tal acesso não lhe foi solicitado (sendo que "vedar" implica, necessariamente, uma acção voluntária e consciente por parte de alguém com um propósito específico de impedir ou proibir algo). ---

Se a arguida nunca solicitou a consulta dos elementos qualificados como confidenciais, sabendo que os mesmos existiam, não pode vir agora dizer que lhe foi negada a sua consulta. Como diz a AdC, e bem, cabia à arguida ter pedido a consulta ou cópia dos documentos em causa para que a AdC pudesse efectuar a necessária ponderação e aferir se podia permitir à arguida a consulta dos documentos e em relação a quais o podia fazer. Só assim, e caso a AdC lhe indeferisse tal pedido, é que era legítimo à arguida invocar que lhe foi vedado o acesso ao processo e, com isso, violados os seus direitos de defesa. Se a arguida não pretendeu, no devido tempo e em sede própria, exercer o seu direito, não pode vir agora dizer que o mesmo foi violado. ---

Este mesmo entendimento é perfilhado no Ac. do TPI de 27.9.06, Proc. T-314/01 que sustenta que "quando os elementos de defesa em causa não constem do processo de instrução da Comissão, só se pode declarar a existência de uma

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

violação do direito de defesa se o recorrente tiver apresentado um pedido expresso à comissão de acesso a esses documentos durante o procedimento administrativo, sob pena de preclusão da possibilidade de invocar essa acusação num recurso de anulação da decisão definitiva". ---

Assim, não tendo a arguida solicitado que lhe fossem comunicados quaisquer elementos qualificados como confidenciais, é forçoso concluir que a AdC não negou à arguida o acesso a elementos que esta pudesse vir a usar em sua defesa. Consequentemente, relativamente a estes elementos, não foi violado o direito de defesa da arguida. ----

2.3.7.4.2 - Elementos usados na acusação

Relativamente aos documentos nos quais se baseia a acusação, a jurisprudência comunitária entende que: "O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem precisou, no entanto, que o respeito do princípio do contraditório, como o das restantes garantias processuais consagradas no art. 6º, nº 1, da CEDH, visa unicamente o processo jurisdicional num «tribunal», sem implicar nenhum princípio geral e abstracto segundo o qual as partes devem ter, em todos os casos, a faculdade de assistir às conversações ocorridas ou de receber a comunicação de todos os documentos tidos em conta, que comprometam outras pessoas ...

A não comunicação de um documento apenas constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para fundamentar a sua acusação relativa à existência de uma infracção ... e, por outro, que essa acusação só poderia ser provada por referência ao dito documento ...

Se existirem outras provas documentais de que as partes tomaram conhecimento ao longo do procedimento administrativo, que sirvam especificamente de apoio às conclusões da comissão, a eliminação, enquanto elemento de prova, do documento de acusação não comunicado não invalida a procedência das acusações formuladas na decisão impugnada ...

**TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA**

Assim, incumbe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou na sua decisão teria sido diferente se devesse ser afastado, enquanto meio de prova de acusação, um documento não comunicado no qual a Comissão se baseou para incriminar essa empresa." (Ac. TJ de 07.01.04, Proc. C-204/00). ---

Também o Ac. do TPI de 27-09-06, Proc. T-43/02 vai no mesmo sentido: "A partir do momento em que a Comissão tenciona basear-se numa passagem de uma resposta à comunicação de acusações ou num documento anexo a essa resposta para concluir pela existência de uma infracção num processo de aplicação do art. 81º, nº 1, CE, deve ser dada às outras partes no processo a possibilidade de se pronunciarem sobre esse elemento de prova. Nestas circunstâncias, a passagem em questão de uma resposta à comunicação de acusações ou o documento anexo a essa resposta constitui, na verdade, um elemento de acusação contra as diferentes partes que participaram na infracção. (...) Assim, incumbe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou na sua decisão teria sido diferente se for rejeitado como meio de prova da acusação um documento não comunicado no qual a Comissão se tenha baseado para incriminar essa empresa". ---

Da jurisprudência citada podem extrair-se duas conclusões. Em primeiro lugar, a falta de comunicação de documentos que sustentam a acusação só justifica uma eventual anulação do processado, por violação dos direitos de defesa da arguida, se, para além deles, não existirem no processo outras provas que sirvam de apoio às conclusões da Autoridade. Se existirem, eliminam-se os não comunicados como meio de prova mas tal não invalida a procedência das acusações imputadas na acusação (neste sentido também Ac. TJ 09-11-83 Proc. 322/81; Ac TJ 25-10-83, Proc. 107/82 e Ac. TJ 07-06-83, proc. 100/80 a 103/80). ---

Em segundo lugar, se se provar que a falta de comunicação dos elementos em questão pode ter influenciado o decurso do processo e a decisão acusatória, em detrimento da arguida, conclui-se pela violação dos seus direitos de defesa. ---

Note-se que aqui o que está em causa é a eventual violação dos direitos de defesa da arguida por a acusação ser parcialmente sustentada em elementos aos

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

quais a mesma não teve acesso, questão que nada tem a ver com a irregularidade de que falámos supra relativa à não fundamentação da decisão de qualificação dos elementos como confidenciais nem com a existência de elementos confidenciais que a arguida pudesse usar em sua defesa. ---

Para apreciar esta questão há que, previamente, definir quais são os factos essenciais para o presente processo o que implica proceder à análise do tipo legal aqui em causa. Só então é possível determinar se, dos factos relevantes imputados à arguida, há alguns que estejam suportados em elementos confidenciais e só em elementos confidenciais---

À arguida é imputada a violação do art. 4º, nº 1, da Lei 18/2003. Dispõe este preceito que *São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional ...*

Face ao tipo legal, para se poder concluir pela prática da contra-ordenação há que apurar: ---

- se a arguida é uma empresa tal como definida na lei da concorrência e se, por conseguinte, está sujeita ao regime da concorrência; ---
- se os contratos que a arguida celebra com os seus clientes são acordos de empresas; ---
- qual o mercado relevante; ---
- se os referidos contratos têm por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado relevante. ----

A noção de empresa é-nos dada pelo art. 2º da Lei 18/2003: *qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento*. Trata-se de um conceito muito amplo de empresa que

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

abrange qualquer agente económico empresarial, independentemente da forma jurídica que reveste ou do seu modo de financiamento (cfr. Ac. TJ de 21-09-99, Proc. C-67/96 e Ac. TJ de 23-04-91, Proc. 41/90). ---

A noção de acordo não resulta expressamente da Lei da Concorrência mas quer a doutrina quer a jurisprudência, nacional e comunitária, são unânimes no conteúdo a dar a este conceito: está em causa uma noção muito ampla que abrange todos os contratos de que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes bem como os simples acordos, independentemente da forma que revistam, estejam as partes envolvidas situadas no mesmo estágio de produção ou da cadeia de distribuição (acordos horizontais) ou em diferentes estádios de produção ou da cadeia de distribuição (acordos verticais). ---

Um acordo relevante para efeitos da lei da concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expesso ou tácito, simétrico ou assimétrico (implica obrigações diferentes para as várias empresas envolvidas).

A definição do mercado é um passo essencial para determinação da infracção dado que ela existe sempre por referência a um dado mercado. É, pois, fundamental, determinar o produto que está em causa (mercado de produto) e a zona geográfica a considerar (mercado geográfico). ---

O mercado de produto pode ser determinado em duas ópticas: a óptica da procura (mercado identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços substituíveis entre si) e a óptica da oferta (mercado identificado pela existência de um conjunto de produtos oferecidos por empresas que estão no mercado mas que pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em qualquer custo suplementar significativo). A óptica da procura, sendo um critério mais seguro porque mais restritivo, é economicamente menos perfeito. Na análise do mercado relevante para o efeito que aqui nos interessa as duas ópticas devem ser tidas em consideração. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

O mercado geográfico apura-se tendo em consideração a zona territorial em que as empresas concorrem em condições homogêneas.

A este propósito diz Lopes Rodrigues que "O principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa, susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva. É nesta óptica que a definição de mercado permite subseqüentemente calcular as quotas de mercado, o que representa uma informação essencial em relação ao poder de mercado para apreciar a existência de uma posição dominante (art. 82º) ou para efeitos de aplicação do art. 81º às estratégias cooperativas/colusivas." (in O Essencial da Política de Concorrência, INA, 2005, p. 95-96). ---

É, pois, essencial determinar o mercado relevante para se poder aferir se um determinado acordo tem por objecto ou por efeito restringir de algum modo a concorrência (neste sentido Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03, ponto 2). ---

E quando é que acordo tem por objecto ou por efeito uma restrição da concorrência? ---

O preceito em análise refere que a infracção se considera cometida desde que o acordo tenha por objecto *ou* por efeito restringir a concorrência de forma sensível. A introdução da disjuntiva "ou" é perfeitamente clara e unívoca: não é necessário que o acordo tenha por efeito restringir a concorrência, basta que tenha por objecto essa restrição. Assim, são consideradas restritivas da concorrência quaisquer cláusulas que, por elas mesmas ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos, desde que tal limitação seja significativa, tendo o legislador consagrado expressamente a cláusula *de minimis*: os acordos de menor importância beneficiam de uma isenção genérica - *restringir de forma sensível*. ---



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Face à forma como o tipo é descrito afigura-se-nos claro que estamos perante uma infracção de perigo uma vez que não se exige a verificação do resultado. Considerados os interesses relevantes, a lei não exige a sua lesão efectiva, basta-se com o colocar desses interesses em perigo, ou seja, "o criar-se uma situação tal que seja possível a sua lesão" (Eduardo Correia, *in* Direito Criminal I, Almedina, p. 287). ---

Se estiver em causa um acordo que tenha por objecto restringir a concorrência, não há que ir analisar os seus efeitos (efectivos ou potenciais). Porém, para se concluir que um acordo tem por objecto restringir de forma sensível a concorrência temos sempre de dar por assente que se trata de uma empresa e de um acordo para efeitos do art. 4º, bem como delimitar o mercado relevante – mercado de produto, mercado geográfico e quota de mercado. Temos ainda de concluir que o acordo afecta de modo significativo a concorrência. ---

No caso dos acordos verticais, face ao regulamento de Isenção por Categoria 2790/1999 da Comissão de 22-12-99, em vigor desde 1 de Junho de 2000, e aplicável directamente na ordem jurídica nacional dos estados-membros, a necessidade de determinação da quota de mercado é ainda essencial dado que só as empresas que tenham uma quota inferior a 30% do mercado relevante é que podem beneficiar da isenção prevista no art. 2º do regulamento (cfr. art. 3º do mesmo reg.).

Se estiver em causa um acordo que tenha por efeito restringir a concorrência, é sempre necessário tomar em "consideração o contexto económico e jurídico no qual aquele se enquadra e onde pode contribuir, conjuntamente com outros, para um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência (...) a avaliação dos efeitos de um acordo sobre a concorrência implica a necessidade de ter em consideração o contexto económico e jurídico em que este se insere e onde pode concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo no jogo da concorrência. Para apreciar se vários contratos entram o acesso a um dado mercado, é necessário analisar a natureza e a importância do conjunto dos contratos similares que vinculam aos diversos produtores nacionais um número importante de estabelecimentos. A este respeito, a incidência desses feixes de contratos no que

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

respeita ao acesso ao mercado depende, designadamente, do número de estabelecimentos desse modo vinculados aos produtores, em relação ao número dos que não estão, da duração desses vínculos e das quantidades de produtos que são objecto desses vínculos" (Ac TJ de 28-09-06, Proc. C-552/03 P; no mesmo sentido Ac. TJ de 23.11.06, P C-238/05). -----

Esta análise dos efeitos é necessariamente mais aprofundada do que a análise do objecto, e é-o designadamente no que toca às restrições verticais e dentro destas aos acordos de compra exclusiva. É que estes acordos têm, por regra, não só efeitos negativos na concorrência mas também efeitos positivos, tais como permitir a entrada de novos agentes no mercado, permitir aos fornecedores amortizar investimentos específicos realizados para determinado cliente, etc. Por regra será a própria estrutura do mercado que permite determinar se um acordo vertical restringe efectivamente a concorrência ou se os seus benefícios superam os efeitos negativos, razão pela qual se terá de fazer um exame individual. ---

Por outro lado nestes casos o acordo não pode ser analisado isoladamente, tem sempre de ser enquadrado no seu contexto. "Para o efeito importa examinar a natureza e a importância do conjunto dos contratos similares que vinculam um importante número de pontos de venda a diversos fornecedores e tomar em consideração, entre os outros elementos do contexto económico e jurídico em que os contratos se inscrevem, os que determinam as possibilidade de acesso ao mercado de referência... Há que igualmente ter em conta as condições em que se desenrola o jogo da concorrência no mercado de referência. ... Os contratos celebrados por fornecedores cuja contribuição para o efeito cumulativo seja insignificante não caem, portanto, no âmbito da proibição do nº 1 do art. 85º do Tratado. Para apreciar a importância da contribuição dos contratos celebrados por um fornecedor para o efeito cumulativo de bloqueio, é necessário ter em consideração a posição das partes contratuais no mercado." (Ac. TJ de 07-12-00, Proc. C-214/99). ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Analisado o tipo legal em apreço, há que regressar ao caso *sub iudice* e verificar se assiste ou não razão à arguida quando suscita a violação dos seus direitos de defesa. ---

A AdC imputa à arguida a prática de uma contra-ordenação que tem, em seu entender, por objecto e por efeito restringir de forma significativa a concorrência. --

Os factos relativos aos dois primeiros requisitos - empresa e acordo - não são aqui postos em causa dado que se baseiam em elementos juntos aos autos pela própria arguida, ou seja, relativamente a estes não se coloca qualquer questão ao nível da violação dos direitos de defesa da arguida. ---

Relativamente ao mercado de produto e ao mercado geográfico também não se suscita qualquer problema, aceitando a arguida que está em causa o mercado do café e o território nacional. -

Diversa é, porém, a situação no que respeita ao apuramento da quota de mercado da arguida, relevante, como se disse *supra*, quer esteja em causa um acordo que tenha por objecto restringir a concorrência quer esteja em causa um acordo que tenha por efeito restringir a concorrência. A arguida põe em causa quer a forma como a AdC calculou a sua quota de mercado quer a forma como determinou a concentração do mercado, a quota subordinada de mercado e o efeito cumulativo resultante das redes paralelas de contratos. ---

Diz a arguida que relativamente a todos estes itens a AdC se baseou unicamente em dados confidenciais que não viu nem pôde, por conseguinte, contraditar. ---

A análise que se impõe fazer se, em termos abstractos, parece simples, na verdade não o é. Com efeito, seria simples se a decisão recorrida, em obediência ao preceituado no art. 58º, nº 1, al. b), do RGCO, tivesse indicado as provas obtidas. Indicar as provas obtidas não é descrever as diligências probatórias encetadas (referidas no art. 2º da acusação). Indicar as provas obtidas é especificar, relativamente a cada facto, qual o meio probatório que o sustenta ou, pelo menos, indicar de modo genérico para cada grupo de factos qual o respectivo probatório. Ora, compulsada a decisão recorrida verifica-se que da mesma constam factos com

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

indicação da prova (cfr. a título exemplificativo arts. 55º, 57º a 59º, 63º, etc.), mas dela constam igualmente muitos outros factos sem indicação da prova respectiva (cfr. a título de exemplo arts. 79º, 80º, 86º, 105º a 110º, 124º, 128º a 133º, etc.). ---

Assim, da simples leitura da decisão não é possível aferir quais os factos que se baseiam em documentos/elementos confidenciais e quais os que se baseiam em documentos que constam da parte do processo acessível à arguida. ---

Por outro lado nem sempre é explicada a razão pela qual se referem intervalos de valores a propósito de factos relativos a empresas concorrentes da arguida (cfr. arts. 80º, 86º e 110º), o que se admite tratar-se de um lapso já que a propósito dos mesmos elementos é dada, noutros artigos, a devida explicação (cfr. arts. 216º, 232º, 246º e 249º). ---

Sucede que tal explicação se resume a esclarecer que: “Nesta tabela, são utilizados intervalos de valores, com vista a assegurar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 26.º da Lei n.º 18/2003.”, ou seja, dela não resultam indicados os concretos meios de prova mas apenas a justificação para o facto de os números apresentados estarem indicados em intervalos de valores. Cabia à AdC identificar os documentos que usou, sendo certo que tal em nada poria em causa a salvaguarda do segredo de negócio das concorrentes da arguida. Não se pede à Autoridade que dê os documentos em que se baseou por reproduzidos mas apenas que os identifique, o que não foi feito. ---

Impõe-se, pois, ao Tribunal, o trabalho acrescido de verificar relativamente aos factos essenciais e relevantes para a decisão da causa, ou seja, aos factos nos quais se baseia a imputação do ilícito à arguida, quais os que são sustentados, em exclusivo, por documentos constantes da parte não confidencial do processo. ---

Analisando a decisão recorrida vemos que a AdC dá como assentes os factos *infra* descritos, deles retirando as conclusões que se passam a expor: ---



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Artigo	Factos e conclusões deles extraídas pela AdC
79º	Universo de empresas do mercado de fornecimento de café ao canal HORECA
80º	volume de vendas em Kg. das empresas que actuam no mercado de fornecimento de café ao canal HORECA
81º/110º	volume total de vendas em Ton. no canal HORECA
84º	empresas que celebram contratos com obrigações de compra exclusiva
86º / 187º/j)	Vol. vendas e nº de clientes da arguida, Delta, Nutricafés e Segafredo, repartido entre clientes com e sem contrato de compra exclusiva
119º	Contratos de fornecimento de café contêm em regra uma obrigação de consumo mínimo mensal
124º a 127º	Quantidades mínimas de café contratadas e efectivamente consumidas em 11 pastelarias; percentagem dos casos em que não se atingiram as quantidades acordadas e respectiva evolução; constatação de que os mínimos correspondem na prática a máximos
216º a 218º	Quotas de mercado das empresas que actuam no mercado de fornecimento de café ao canal HORECA que levam à conclusão de que as posições estão cristalizadas e que o mercado é maduro
229º a 240º	Determinação da concentração de mercado a partir das quotas das empresas calculadas no art. 216º
241º a 252º	Determinação da quota de mercado subordinada a partir do vol. de vendas e nº de clientes da arguida e das sociedades Delta, Nutricafés e Segafredo referidos no art. 86º
305º a 312º	Quota de mercado da arguida e da Delta, concluindo-se que há um elevado nível de concentração e que se regista estabilidade das quotas de mercado desde 2002
313º a 324º	Redes paralelas de acordos: análise dos contratos da arguida e das sociedades Delta, da Nutricafés e da Segafredo para concluir pela verificação do efeito cumulativo

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

331º	Conclusão de maturidade do mercado com base na evolução das quantidades totais vendidas de café entre 2000 e 2003, da constância dos concorrentes e do crescimento pouco significativo do nº de clientes
------	--

Em primeiro lugar há que apurar se estes factos e respectivas conclusões resultam das informações constantes do processo como confidenciais e que, por conseguinte, não foram comunicadas à arguida. ---

Artigo	Fonte
79º	Consta do processo a notificação pela AdC às empresas bem como as respostas destas atestando que actuam no mercado relevante
80º	Excepto no que respeita à arguida os volumes de vendas em kg. das empresas foram retirados de elementos qualificados como confidenciais
81º/110º	O volume total de vendas é a soma dos dados constantes no facto 80º
84º E 119º	Excepto no que respeita à arguida, os dados relativos aos contratos celebrados pelas empresas (obrigação de compra exclusiva e fixação de quantidades mínimas) constam dos próprios contratos que foram qualificados como confidenciais e de várias respostas de empresas notificadas pela AdC para prestar informações
86º / 187º/j)	Excepto no que respeita à arguida, o volume de vendas e nº de clientes das empresas foram retirados de elementos qualificados como confidenciais
124º a 127º	Excepto no que respeita a duas empresas, clientes da arguida, os dados relativos às restantes foram retirados dos contratos respectivos, qualificados como confidenciais
216º a 218º 229º a 252º 305º a 312º	As quotas de mercado das empresas (e consequentemente os dados relativos à cristalização e maturidade do mercado, à sua concentração, à sua estabilidade e à quota de mercado subordinada) foram calculadas com base nos elementos relativos aos seus vol. de vendas em kg., elementos qualificados como confidenciais, com excepção dos respeitantes à arguida

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

313° a	A conclusão da existência de uma rede paralela de acordos resulta da análise dos contratos celebrados pela arguida e pelas suas mais directas concorrentes, contratos esses qualificados como confidenciais, com excepção dos respeitantes à arguida.
324°	

Como se pode constatar da enunciação efectuada, os factos relativos à quota de mercado da arguida e das suas concorrentes, bem como todos os factos dependentes dessas quotas estarão sustentados em dois grupos de documentos: uns relativos aos volumes de vendas das empresas concorrentes da arguida e outros relativos aos contratos que essas empresas celebram com os seus clientes (incluindo-se aqui as próprias listagens de clientes). ---

Ora é indiscutível que relativamente a todos estes documentos está justificada a confidencialidade dado que são, sem sombra de dúvida, elementos nos quais as concorrentes da arguida baseiam as respectivas actividades (e tanto assim é que a própria arguida ao responder à AdC solicitou que fosse salvaguardada a confidencialidade dos documentos que juntou relativos ao seu volume de vendas, contratos e listas de clientes). ---

Mas a questão que aqui se coloca é outra. É a de saber se pode a acusação basear-se, para concluir pela existência de uma infracção, em determinados meios de prova sem dar à arguida a possibilidade de sobre eles se pronunciar, não existindo no processo outros elementos que sirvam de apoio à imputação. --

Ora resulta evidente da enunciação *supra* que uma parte relevante da acusação surge sustentada por elementos confidenciais, elementos que não foram comunicados à arguida e sobre os quais a mesma não pôde exercer o contraditório. Então, há que verificar se tais factos estão também apoiados por outros elementos constantes da parte não confidencial do processo e a que, por conseguinte, a arguida teve acesso. ---

No que concerne à existência de uma rede paralela de contratos, não obstante os contratos dos concorrentes da arguida não lhe terem sido comunicados, o certo é que resulta de vários elementos do processo que há de facto várias empresas que

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

celebram contratos de exclusivo e com fixação de quantidades mínimas. Para além de referido por várias empresas do sector, nas respostas à Autoridade (cfr. fls. 1060, 8707, 10694, 11657) e por clientes (fls. 10845, 10864, 10962) a própria arguida, na sua resposta ao pedido de informações bem como na resposta à nota de ilicitude (fls. 2201 e 12472) afirma que as suas concorrentes celebram contratos deste tipo. ---

Assim, entende o tribunal que há outros elementos no processo que servem de apoio à conclusão da AdC relativa á existência de uma rede paralela de contratos de fornecimento de café com cláusulas de exclusividade e de obrigação de compra de quantidades mínimas. ---

Por conseguinte, quanto a esta factualidade, o facto de a arguida não ter tido acesso aos contratos dos seus concorrentes não violou os seus direitos de defesa. ---

Diversa é a situação relativa aos volumes de vendas em kg. das várias empresas que actuam no mercado de fornecimento de café bem como ao seu número de clientes. Analisemos. ---

A AdC fez juntar aos autos a fls. 12088 um recorte de jornal contendo um artigo referente ao mercado do café. Dele consta que a Nestlé e a Delta repartem 2/3 do mercado, seguindo-se-lhes as marcas Nicola e Chave D'Ouro (Nutricafés) com 10%. A fls. 12089 refere-se que as quatro maiores empresas têm 90% do mercado, cabendo à Delta e à Nestlé 70%. Não consta dos artigos nem a data a que se reportam os dados avançados nem tão pouco qual a fonte noticiosa. ---

Fora estes documentos várias empresas, nas respostas aos pedidos de informações que lhes foram dirigidos, referem-se a este assunto. Mas fazem-no em termos tais que não é possível deles extrair qualquer conclusão, nem muito menos considerar que são suficientes para sustentar os factos constantes da acusação. ---

A Nutricafés (fls. 1163) refere que há mais de cem empresas a actuar neste mercado e que as maiores são a Delta, a Nestlé, a Segafredo, a Lavazza, a Unicer e a Torrié, não indicando quaisquer percentagens. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

A Bicafé (fls. 2915) refere que as quatro maiores são a Delta (com uma quota de 30%), a Nestlé, a Nutricafés e a Segafredo, sendo que nos últimos anos surgiram duas grandes marcas no mercado: a Lavazza e a Bogani (Unicer). ---

A Sotocal (fls. 3640) refere que a Delta e a Nestlé têm entre 65% a 70% do mercado, a Nutricafés, a Segafredo e a Torrié têm cerca de 20%, sendo o restante repartido por cerca de 70 outras marcas.

A Segafredo (fls. 3948) limita-se a indicar ter uma quota de mercado de cerca de 6% a 7%. ---

A Fábrica Estrelas da Beira (fls. 8060) diz que as maiores empresas são a Nestlé, a Delta, a Nutricafés, a Torrié e a Segafredo, que juntas têm cerca de 90% do mercado, sendo os restantes 10% repartidos por mais cem marcas. ---

A Tenco (fls. 8707) limita-se a referir que as duas maiores empresas no sector são a Delta e a Nestlé). ---

A Nandi (fls. 9065) refere ter uma quota de mercado de 2% e que as duas maiores empresas do sector, que não identifica, têm 60%. ---

A Negritas (fls. 9284) limita-se a indicar a sua quota de mercado: 0,57%. ---

A Unicer (fls. 9499) indica as suas quotas de mercado (2,1% em 2002, 2,6% em 2003 e 3,1% em 2004) e esclarece que as duas maiores empresas repartem entre si 70% a 75% do mercado. ---

A A. Esteves (fls. 9944) limita-se a indicar ter uma quota de mercado de 0,01%. ---

A Lavazza (fls. 11035) refere que a delta e a Nestlé têm 60% do mercado, a Nutricafés 10% e ela própria 2%. ----

A Candelas (fls. 11657) indica apenas a sua quota de mercado como sendo inferior a 4%. ---

Por sua vez a arguida e o Grupo Delta invocam um estudo de mercado efectuado pela empresa AC. Nielsen, do qual juntam partes, que contém as quotas de mercado de algumas empresas. Do referido estudo resulta que as quotas de mercado foram apuradas tendo em conta o produto café, misturas e sucedâneos. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Poderão estes elementos no seu conjunto ser considerados provas documentais de que a arguida tomou conhecimento e que servem especificamente de apoio às conclusões da AdC? A resposta não pode deixar de ser negativa. ---

Desde logo estes "documentos" não contêm factos mais sim conclusões: a indicação de uma percentagem traduz em si mesmo uma conclusão - uma percentagem é uma proporção calculada a partir de determinados valores numéricos, ou seja, é uma conclusão extraída de factos, sendo aqui factos os concretos números que servem de base ao cálculo efectuado. No caso, a quota de mercado é o peso que uma empresa tem num determinado mercado, expresso num valor percentual, obtido considerando por um lado o volume total de vendas realizado no mercado em consideração (facto) e por outro lado o volume das suas vendas nesse mesmo mercado (facto). O que se tem que provar são estes dois volumes, sendo depois o apuramento da quota respectiva o resultado de uma mera operação aritmética. ---

Por outro lado não são referidas as fontes que permitem indicar as percentagens referidas, o que impede o tribunal de as considerar como meios de prova, sendo certo que é de presumir que as empresas se baseiem no citado estudo da AC. Nielsen dado que é o único estudo de que se dá notícia no processo. ---

Sucedede que no estudo da AC Nielsen, não só as quotas de mercado nele referidas não são totalmente coincidentes com os intervalos de valores indicados pela AdC no art. 216º da acusação, como do referido estudo resulta que as quotas de mercado foram apuradas tendo em conta o produto café, misturas e sucedâneos, quando a AdC parece ter tido em consideração apenas o produto café. ---

Significa isto que não pode o referido estudo servir de base aos cálculos efectuados pela AdC. ---

Face à forma recorrente como as empresas do sector identificam em termos semelhantes as maiores empresas do sector, aceita-se que corresponda à realidade que sejam de facto aquelas que a AdC indica como tais, independentemente da quota concreta que cada uma tem. O problema é que não se trata aqui de aceitar ou não que tal corresponda à verdade. Trata-se sim de saber se constam do processo

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

elementos probatórios que sirvam de apoio às conclusões factuais da AdC relativas aos volumes de vendas totais e aos individuais de cada empresa e a esta questão a resposta não pode deixar de ser negativa. É que não basta saber quem são as quatro maiores empresas no mercado relevante. É preciso saber quais as concretas posições que essas empresas ocupam no mercado. ---

Significa isto que uma parte essencial da acusação (determinação das quotas de mercado e factores dela dependentes), relevante para efeitos de imputação de uma prática que tem por objecto restringir a concorrência e mais ainda para imputação de uma prática que tem por efeito restringir a concorrência, se baseia unicamente em elementos confidenciais que não foram comunicados à arguida, que esta não conhece e que, por conseguinte, se viu impossibilitada de contraditar. ---

Ou seja, fica demonstrado não só que parte da acusação é sustentada em elementos confidenciais a que à arguida não foi dado acesso, como que a decisão teria sido diferente se não se tivessem considerado como meios de prova da acusação esses documentos não comunicados: sem eles ficaria por provar um elemento sem o qual não é possível concluir pela prática do ilícito: a quota de mercado da arguida e das suas concorrentes e factores dependentes dessa determinação. ---

É certo que a Autoridade não pode violar o interesse da salvaguarda do segredo de negócio das empresas concorrentes da arguida e que esse interesse, sendo legítimo, tem de ser protegido. Mas é igualmente certo que a AdC não pode acusar a arguida partindo de elementos que esta não conhece e relativamente aos quais não se pôde defender. Se há situações em que a prova de alguns elementos do tipo é bastante difícil, como sucede designadamente com os cartéis, em que não há prova directa e a concertação de estratégias raramente tem suporte documental, no caso em apreço a prova relativa à definição do mercado é de grande simplicidade: com a realização de um estudo de mercado ficam definidos os números e valores das empresas que exercem actividade no mercado de fornecimento de café. Ou seja, com um simples estudo de mercado a AdC pode tomar a sua decisão salvaguardando os interesses legítimos de terceiros e sem violar os direitos de

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

defesa da arguida (neste sentido Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03, pontos 53 a 55 e Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do nº 1 do Tratado que institui a Comunidade Europeia – 2001/C 368/07, ponto 10).

No caso dos autos, perante a constatação de que a AdC fundou parte da acusação em elementos confidenciais não comunicados à arguida, de que não existem no processo outros elementos probatórios que sirvam de apoio às conclusões da Autoridade, e que se não tivesse atendido a estes elementos a decisão não teria sido proferida nos termos em que o foi, impõe-se concluir que foram violados os direitos de defesa da arguida na medida em que não foi ressalvado o núcleo essencial deste direito que impede que seja proferida uma decisão sem que à arguida seja dada a possibilidade de "discutir, contestar e valorar". ---

Resta apurar quais as consequência desta violação. ---

O art. 119º, al. c), do Cod. Proc. Penal, dispõe que a ausência do arguido nos casos em que a lei exige a sua comparência constitui uma nulidade insanável. Quando se fala em ausência do arguido está-se a referir não só a sua ausência física mas também a sua ausência processual, ou seja, a sua não intervenção processual por não lhe ter sido formulada, como devia, a comunicação de elementos integrantes do processo e considerados relevantes para a imputação que lhe é feita, a fim de tomar posição sobre os factos que lhe são imputados. É essencial que o arguido tenha possibilidade de se pronunciar sobre o caso, só assim se exercendo os direitos constitucionalmente consagrados de defesa (Ac. RE de 24 de Março de 1992, CJ 1992, II, p. 308).---

No referido aresto pode ler-se: “se ao direito de audiência do arguido passou a ser conferível dignidade constitucional, a postergação de tal direito só tem protecção adequada se tal omissão se considerar nulidade insanável, na mesma linha do que sucede com a ausência do arguido nos casos em que a lei exige a respectiva comparência.”. Também no sentido de que a violação do direito de defesa

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

consagrado no art. 50º do RGCOOC constitui uma nulidade se pronunciou o Ac. da RC de 10-01-07, Proc. 2059/06.8YRCRB. ---

Assim sendo, a decisão recorrida sofre de nulidade insanável por ter sido preterido um direito fundamental do arguido. No caso há que decretar a nulidade do processado a partir da última diligência probatória efectuada nos autos, ou seja, a partir da audição oral da arguida, dado que a nulidade em apreço não afecta a validade das diligências probatória levadas a cabo pela AdC. -----

* * *

3 - DECISÃO

Face ao exposto, julgando procedente a nulidade suscitada nas alegações de recurso de violação do direito de defesa da arguida, resultante de parte da acusação se fundamentar em elementos confidenciais a que a arguida não teve acesso, declaro a nulidade de todo o processo a partir da última diligência probatória encetada pela autoridade recorrida, isto é, a partir da audição oral dos representantes da arguida (exclusive) e determino a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência a fim de ser sanada a nulidade de que padece a decisão em conformidade com o supra exposto. ---

Sem tributação. ---

Notifique e Deposite.---

Cumpra o disposto no art. 70º, nº 4, do Dec.lei 433/82 de 27 de Out.-----

Oportunamente remeta os autos à Autoridade da Concorrência. ---

* * *

Da decisão que antecede foram todos os presentes devidamente notificados.-

Para constar se lavrou a presente acta que depois de lida e achada conforme vai ser assinada.---


