

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Importa passar a proferir decisão sobre as **questões prévias** suscitadas pelas arguidas, começando-se pela análise da arguição de nulidade formulada pela arguida *Bayer*, a qual invoca a postergação do direito de defesa das arguidas e do princípio do contraditório, pela Autoridade da Concorrência.

Entende a arguida *Bayer* que a Autoridade da Concorrência, no âmbito deste processo, postergou o direito de audiência prévia das arguidas, que lhes assiste nos processos contra-ordenacionais.

Essa violação terá ocorrido em diversos momentos, que passam a ser sintetizados, nos aspectos essenciais:

- 1) As arguidas não foram ouvidas sobre as circunstâncias que fundaram a decisão condenatória, designadamente a evolução cronológica dos preços das arguidas, entre 2001 e 2004.
- 2) O objectivo adicional que terá presidido às alegadas práticas concertadas (elemento típico), ou seja: a adulteração do preço do reagente praticado no sector hospitalar, induzindo a sua subida.
- 3) O dano económico e a sua extensão, incluindo o ganho ilícito percebido pelas arguidas.
- 4) A duração dos efeitos dos pretensos ilícitos até ao tempo presente.

*

A questão que aqui se formula é a de saber se o Direito contra-ordenacional, um Direito sancionatório público infra-penal, deve obedecer a um padrão mínimo de garantias de defesa (princípio da audiência e defesa do arguido), designadamente na sua fase administrativa, e ainda se lhe são aplicáveis os preceitos que regem o procedimento administrativo.

Sobre esta matéria temos, como parâmetros normativos, o artigo 32.º, n.º 10, da **Constituição da República**, a nível constitucional-formal, e o artigo 50.º do **Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas**, a nível

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

infra-constitucional, e ainda o artigo 26.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (**Lei da Concorrência**).

À luz das normas citadas, julga-se que a resposta ao problema enunciado só poderá ser afirmativa, como de resto se estabelece no artigo 19.º da citada Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

A conclusão referida é a consagrada a nível constitucional-formal; Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem: «[...] há-de porém admitir-se que algumas das garantias de defesa fazem parte do cerne do princípio do Estado de direito democrático, pelo que não podem deixar de ter-se por inerentes a todos os processos sancionatórios qualquer que seja a sua natureza. É o que sucede pelo menos com o princípio da audiência e defesa do arguido» – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, anotação ao artigo 32.º, parágrafo XIII, pág. 208.

A presente conclusão não só se extrai da letra dos preceitos citados, isto é, do Direito positivo estrito, como ainda, em termos teleológicos, da circunstância de o Direito contra-ordenacional – designadamente o que se reporta à matéria da concorrência – ser susceptível de impor sanções de não despicienda relevância económica.

Referem, com interesse relativamente a esta norma, Jorge Miranda, e Rui Medeiros, em *Constituição Portuguesa Anotada*, que: «O n.º 10 garante ao arguido em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e de defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar, ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido e, possa defender-se das imputações que lhe são feitas [...]. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

arguido seja garantida a possibilidade de se defender» (tomo I, Coimbra Editora, pág. 363).

Se é certo que resulta da norma citada que o Legislador pretendeu uma aproximação ao Direito processual penal, a nível constitucional, essa aproximação foi restringida; tal como se retira da interpretação do normativo, que consagra “*apenas*”, constitucionalmente, nos referidos processos, directamente, os direitos de *audiência e defesa*, ou seja, o direito de o arguido ser previamente ouvido e o direito de se poder defender¹.

Em face das considerações anteriores, julga-se ser inteiramente razoável concluir que, terminada que seja a investigação levada a cabo pela Autoridade da Concorrência, esta comunique previamente (antes da prolação da decisão) ao arguido: a) Os factos objectivos que definem a contra-ordenação; b) Os factos que constituem a imputação subjectiva da contra-ordenação; c) e os elementos relevantes para a dosimetria da sanção que irá ser imposta.

Afirmam as arguidas que há violação da garantia constitucional-formal do **direito de audiência e defesa** do arguido – artigo 32.º, n.º 10 da Constituição da República. Segundo as arguidas, não lhes foi presente, nos termos do Código do Procedimento Administrativo, um *projecto da medida sancionatória*.

De harmonia com o número 10 do artigo 32.º da Constituição da República «Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de **audiência e defesa**».

¹ Nos processos de contra-ordenação são igualmente assegurados aos arguidos os direitos de audiência e de defesa – acórdão da Relação de Lisboa, de 18 de Agosto de 2001, publicado na Colectânea de Jurisprudência, Ano XXVI-2001, tomo I, pág. 137.

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Quando, em cumprimento do preceituado no artigo 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria Administração ou judicialmente, no acto de impugnação da subsequente *decisão-acusação* administrativa (cfr. o Assento n.º 1/2003, de 16 de Outubro de 2002, publicado no Diário da República, I-A, de 25 de Janeiro de 2003).

De harmonia com o disposto no artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, após a redacção nele inserida pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, 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.

O *Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República*, em parecer publicado no Diário da República², defende que a audição da pessoa colectiva, na qualidade de arguida em processo contra-ordenacional, considera-se cumprida desde que o seu representante tenha a possibilidade de se pronunciar – ou o seu mandatário forense – sobre a *imputação concreta* que lhe é feita, por qualquer forma segura de comunicação.

Não pode também ignorar-se que o dever de fundamentação a cargo da autoridade administrativa é menos intenso, qualitativamente, do que o dever

² Cfr. o Diário da República, II série, número 99, de 28 de Abril de 1995 (processo número 10/94).

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

de fundamentação na sentença judicial. O que releva é que ao arguido sejam dadas as razões de facto e de direito que fundamentam a (eventual) condenação e que as mesmas permitam, na posterior sindicância da impugnação judicial, a avaliação do processo lógico de formação da decisão administrativa³.

A questão em apreço terá pois que ser dirimida de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a fim de determinar se foram ou não postergadas as garantias das arguidas.

À luz do que resulta destes autos, verifica-se que as arguidas não foram notificadas de elementos essenciais do tipo contra-ordenacional (a evolução cronológica dos preços das arguidas, entre 2001 e 2004; o objectivo adicional que terá presidido às alegadas práticas concertadas, ou seja: a adulteração do preço do reagente praticado no sector hospitalar, induzindo a sua subida; o dano económico e a sua extensão, incluindo o ganho ilícito percebido pelas arguidas; e a duração dos efeitos dos pretensos ilícitos até ao tempo presente). Tal circunstância significa que, em coerência com o que se disse acima, as arguidas não foram cabalmente ouvidas sobre a imputação concreta que lhes foi feita na fase administrativa deste processo contra-ordenacional, não tendo a Autoridade da Concorrência dado cumprimento integral ao dever de audição das pessoas colectivas ora arguidas.

Para comprovação da afirmação anterior, quer no processo originário com o n.º 406/05.9 quer no processo originário (antes da apensação de processos) julga-se suficiente a análise da nota de ilicitude no processo referido em primeiro lugar (fls. 79 e seguintes), e das subsequentes respostas (fls. 349 e seguintes); e ainda, no processo mencionado em segundo lugar, a apreciação da nota de ilicitude de fls. 6963. Tais elementos merecem ser

³ Cfr. o acórdão da Relação de Coimbra, de 4 de Junho de 2003, publicado na Colectânea de Jurisprudência, XXVIII, tomo III, pág. 40-42.

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

cotejados com as decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência – fls. 756 e 10 147, respectivamente.

A Autoridade da Concorrência, nas respectivas alegações, veio defender que deu integral cumprimento às normas que regem este processo, em especial aos artigos 22.º a 29.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho. Em síntese, a Autoridade da Concorrência entende que, nos processos relativos a infracções do Direito da concorrência, a nota de ilicitude deve coincidir com a notificação da abertura da instrução (artigo 26.º, n.º 1, da Lei da Concorrência), uma vez que, no acto da notificação, a Autoridade da Concorrência deve dar conhecimento das acusações formuladas. A Autoridade da Concorrência desvaloriza a nota de ilicitude nestes processos, por constituir «[...] apenas um dos elementos iniciais da instrução do processo».

Essa desvalorização da nota de ilicitude é patente, porque, enquanto na nota de ilicitude a Autoridade da Concorrência acusa a Bayer (por exemplo) da «*realização de 26 (vinte e seis) práticas concertadas*», com «o objecto de impedir a concorrência através da fixação de preços no quadro de 26 procedimentos públicos de aquisição de tiras-teste», na decisão final, a Autoridade da Concorrência acusa as arguidas de haverem «adultera[do] o preço do reagente praticado no sector hospitalar, induzindo a sua subida, de forma a [...] retirar qualquer possibilidade (ou margem negocial) do Ministério da Saúde para rever em baixa os preços do Reagente administrativamente fixados e aplicáveis ao sector farmacêutico» (§ 6, § 278 e § 327).

A situação referida, de desvalorização da nota de ilicitude, não se harmoniza com o ordenamento jurídico público no seu todo – que deveremos

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

considerar como um sistema –, quer se trate de uma *acusação* no termo do inquérito, de uma *nota de ilicitude*, ou de uma *nota de culpa*⁴.

Para a Autoridade da Concorrência, após a recepção daquela nota, as arguidas poderão exercer plenamente o seu direito de defesa: pronunciando-se por escrito sobre as imputações; pedindo a realização de diligências de prova; ou requerendo a sua audição oral. Conclui a Autoridade da Concorrência que, no caso de as arguidas tomarem tais iniciativas (de exercício do seu direito de defesa), as diligências requeridas serão realizadas antes da prolação da decisão final, não ocorrendo, em consequência, as arguidas nulidades adjectivas.

A argumentação da Autoridade da Concorrência assenta em que, no fundo, o cabal cumprimento das garantias de defesa das arguidas em processo de contra-ordenação depende da acção das próprias arguidas, que assim poderão assegurar que, até à decisão, foram realizadas as diligências necessárias à instrução (e que a decisão administrativa foi adequadamente instruída).

Contudo, a argumentação expendida refere-se ao requerimento de novas diligências mas obnubila a outra face do exercício da defesa, a saber: a da pronúncia sobre os factos imputados e a interpretação das normas jurídicas. Para que essa pronúncia seja substancial tem que ter um objecto, constituído pelos factos que são imputados como infracções ao Direito da concorrência. A

⁴ «Quanto à violação do direito de defesa do recorrente, então arguido, tendo em atenção a matéria constante do relatório final, elaborado pelo instrutor do processo disciplinar, nos termos do disposto no artigo 65.º do ED, designadamente que do mesmo consta que «[...] Na pronúncia considerou-se que o arguido violou o dever de correcção para com um seu superior hierárquico, previsto na alínea f) do n.º 4 do artigo 3.º do E.D., ao responder-lhe na sequência de ordem legítima que lhe deu e pela forma que o fez, acrescentando-se agora também a forma pouco correcta, como se referiu a esse superior na comunicação que fez ao Exm.º Director-Geral. (...)», e que dos artigos da acusação deduzida contra o recorrente não consta o facto referente à «forma pouco correcta, como se referiu a esse superior na comunicação que fez ao Exm.º Director-Geral», tal expressão, ou afirmação apresenta-se como ampliativa da matéria de facto constante da acusação, pois tal afirmação contém em si referência a acto praticado pelo recorrente que não consta da *nota de culpa*, sendo certo que o mesmo concorreu para a punição e sua dosimetria» (decisão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 22 de Setembro de 2005, publicada em www.datajuris.pt).

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

construção desse objecto incumbe à Autoridade da Concorrência – não incumbe às arguidas! – e tal objecto deverá conter os elementos essenciais da infracção, sob pena de ocorrer menoscabo do direito de audição e do princípio do contraditório.

E salienta-se que a outra face do direito de defesa é obnubilada porque não é adequado afirmar que as arguidas podem pronunciar-se sobre os elementos integradores das infracções quando, com isso, se pressupõe que essa oportunidade de pronúncia depende da sua própria iniciativa, no sentido de demonstrar a sua não culpabilidade (em sentido lato).

Mais defende a Autoridade da Concorrência que a nota de ilicitude compreendia todos os elementos, objectivos e subjectivos, da prática concertada: a Autoridade da Concorrência, ao imputar uma prática concertada, afirmando que as arguidas se coligaram, imputou-lhes aquela prática a título de dolo. Entende a Autoridade da Concorrência que tal elemento subjectivo teria sempre que se entender presente nessa imputação.

Quanto a este ponto das alegações da Autoridade da Concorrência, deve reconhecer-se que o dolo supõe sempre dois elementos – o conhecimento e a vontade. O conhecimento traduz-se na consciência dos factos e das leis naturais que os regem (causalidade); a vontade traduz-se no elemento volitivo que, prevalecendo-se desses factos, e conhecendo as suas conexões, os dirige para um certo objectivo da vontade.

Mas este é o modelo teórico do dolo. Os elementos subjectivos do tipo não podem ser extraídos por mera dedução lógica, ou suposição: têm que ser directamente afirmados. Exemplo desse método dedutivo da Autoridade da Concorrência é a afirmação por esta feita em sede de alegações: «Os factos descritos na nota de ilicitude e na decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência, designadamente a total uniformidade dos preços propostos

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

pelas cinco concorrentes, não podem ser explicados de forma plausível a não ser através da existência de uma prática concertada, já que os concorrentes não podiam ter tido conhecimento das decisões individuais, adoptadas no domínio dos preços a propor na fase de candidatura/apresentação de propostas a um concurso público». Não se pode assim estar de acordo com a afirmação segundo a qual haveria uma densificação posterior do elemento subjectivo da contra-ordenação, o que significa que não é possível, na situação dos autos, a sanção da nulidade nos termos do artigo 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal (como admite a Autoridade da Concorrência, em sede de alegações).

Não é, pois, aceitável que a afirmação segundo a qual «As arguidas concertaram-se entre si de uma forma livre e consciente, com a clara intenção de fixarem os preços dos produtos por elas comercializados, levando deliberadamente a cabo uma conduta que preenche, em todos os seus elementos, um tipo legal de contra-ordenação» (alegações da Autoridade da Concorrência) deva ser tirada por dedução lógica, com o sentido de que ela não teria que ser, prévia e directamente, afirmada.

A conclusão extraída neste domínio pelas arguidas, e designadamente pela Bayer, é correcta: «A Autoridade recorrida não respeitou, senão de forma deficiente e incompleta, antes da adopção da decisão final ora em crise, o direito de audiência prévia que assiste aos arguidos em sede de procedimentos contra-ordenacionais, assim afectando as garantias de defesa [...], tal como consagradas pelo legislador ordinário e constitucional».

Com o regime enunciado visa-se assegurar que o arguido seja devidamente informado sobre «todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de factos e de direito» (cfr. o Assento n.º 1/2003 do Supremo

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Tribunal de Justiça, Diário da República, n.º 21, Série I-A, de 25 de Janeiro de 2003). Só nesses termos o arguido estará em condições de exercer, de forma cabal e completa a sua defesa, pois só assim se poderá pronunciar esclarecidamente «sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre».

Por todo o exposto, julga-se que a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência, e todo o processo contra-ordenacional, estão feridos de nulidade.

Nos termos do artigo 122.º do Código de Processo Penal: «1 - As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar. 2 - A declaração de nulidade determina quais os actos que passam a considerar-se inválidos e ordena, sempre que necessário e possível, a sua repetição, pondo as despesas respectivas a cargo do arguido, do assistente ou das partes civis que tenham dado causa, culposamente, à nulidade. 3 - Ao declarar uma nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela».

Resta assim determinar quais as *consequências jurídicas da nulidade* apurada. A fase administrativa do processo de contra-ordenação corresponde, *mutatis mutandis*, ao inquérito no processo penal, já que mais não é do que «o conjunto de diligências que visam investigar a existência de uma contra-ordenação, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação e posterior aplicação de uma coima».

A consequência da declaração de nulidade consiste na necessária repetição de todos os actos praticados, visto nenhum deles poder ser aproveitado, e determina, no caso *sub judice*, a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência, a fim de ser suprida a apontada omissão do

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

direito de audiência e defesa das recorrentes, nos termos acima expostos. Face ao exposto, fica prejudicado o conhecimento das restantes questões invocadas pelas recorrentes e arguidas.

Decisão

Nestes termos e pelo exposto, de harmonia com o n.º 1 do artigo 338.º do Código de Processo Penal, concede-se provimento, na parte referente às questões prévias analisadas acima, aos recursos interpostos por todas as arguidas e, conseqüentemente, ordena-se a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência, a fim de ser suprida a apontada omissão do direito de audiência e defesa das recorrentes, expresso nos artigos 32.º, n.º 10 da Constituição da República, e 50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

Não é devida taxa de justiça.

Notifique e, após trânsito, remeta os autos à Autoridade da Concorrência.

Proferido em audiência

Sessão de 26 de Abril de 2007